

Lawrence Richard Hape *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. HAPE

Neutral citation: 2007 SCC 26.

File No.: 31125.

2006: October 12; 2007: June 7.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Searches and seizures outside Canada — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to extraterritorial searches and seizures conducted by Canadian police officers — If not, whether evidence obtained abroad ought to be excluded because its admission would render trial unfair — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(d), 24(2), 32.

Legislation — Interpretation — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Scope of extraterritorial application of Charter — Presumption of conformity with international law.

RCMP officers commenced an investigation of the accused, a Canadian businessman, for suspected money laundering activities. They sought permission from the Turks and Caicos Islands authorities to conduct parts of their investigation on the Islands where the accused's investment company is located. Detective Superintendent L of the Turks and Caicos Police Force, who was in charge of criminal investigations on the Islands, agreed to allow the RCMP to continue the investigation on Turks and Caicos territory, but warned the officers that he would be in charge and that the RCMP would be working under his authority. During a one-year period, the RCMP officers conducted searches of the accused's office on the Islands and on each occasion L was with them. At trial, the

Lawrence Richard Hape *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. HAPE

Référence neutre : 2007 CSC 26.

N^o du greffe : 31125.

2006 : 12 octobre; 2007 : 7 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l'étranger par des policiers canadiens — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à ces mesures? — Dans la négative, la preuve obtenue à l'étranger doit-elle être écartée au motif que son admission rendrait le procès inéquitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11d), 24(2), 32.

Législation — Interprétation — Charte canadienne des droits et libertés — Portée de l'application extraterritoriale de la Charte — Présomption de conformité au droit international.

Soupçonnant un homme d'affaires canadien de blanchiment d'argent, des agents de la GRC ont entrepris une enquête à son sujet. Ils ont demandé aux autorités des îles Turks et Caicos la permission de mener une partie de leur enquête dans l'archipel, la société d'investissement de l'accusé y étant établie. Responsable des enquêtes criminelles, le commissaire L du service de police de l'endroit a autorisé la GRC à poursuivre son enquête sur le territoire, mais il a précisé aux agents qu'il en conserverait la responsabilité et que la GRC serait soumise à son autorité. Sur une période d'un an, les agents de la GRC ont fouillé et perquisitionné les locaux de l'accusé dans l'archipel, toujours en présence de L. Au procès, le ministère public a déposé les éléments

Crown adduced documentary evidence that the police had gathered from the records of the accused's office. The RCMP officers testified that they were aware there were no warrants authorizing the perimeter searches of the accused's office but that they had relied on L's expertise and advice regarding the legalities of investigations conducted on the Islands. They also testified that they had understood warrants to be in place for the covert entries and had read a document they understood to be a warrant authorizing the overt entries. However, no warrant was entered into evidence at trial. The accused sought to have the documentary evidence excluded, pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, on the basis that the evidence was obtained in violation of his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. He submitted that the *Charter* applies to the actions of the RCMP officers in the course of their searches and seizures at his office, notwithstanding that those actions took place outside Canada. The trial judge held that the *Charter* did not apply, dismissed the application and convicted the accused of two counts of money laundering. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.: The *Charter* does not generally apply to searches and seizures in other countries. Rather, the only reasonable approach is to apply the law of the state in which the activities occur, subject to the *Charter's* fair trial safeguards and to the limits on comity that may prevent Canadian officers from participating in activities that, though authorized by the laws of another state, would cause Canada to be in violation of its international obligations in respect of human rights. [88] [90]

While Parliament has clear constitutional authority to pass legislation governing conduct by Canadians or non-Canadians outside Canada, its ability to pass extraterritorial legislation is informed by the binding customary principles of territorial sovereign equality and non-intervention, by the comity of nations, and by the limits of international law to the extent that they are not incompatible with domestic law. By virtue of parliamentary sovereignty, it is open to Parliament to enact legislation that is inconsistent with those principles, but in so doing it would violate international law and offend the comity of nations. Since it is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law, in interpreting the scope of application of

de preuve documentaire alors recueillis. Les agents de la GRC ont témoigné qu'ils avaient été conscients qu'aucun mandat n'autorisait la perquisition périphérique des locaux de l'accusé, mais qu'ils s'étaient fiés à l'expertise et au dire de L quant aux exigences juridiques applicables à une enquête dans l'archipel. Ils ont ajouté avoir cru que des mandats avaient été décernés pour les entrées clandestines et avoir pris connaissance d'un document qu'ils ont cru être un mandat autorisant les entrées à découvert. Cependant, aucun mandat n'a été mis en preuve au procès. L'accusé a demandé que la preuve documentaire soit écartée en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* au motif qu'elle avait été obtenue au mépris de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'art. 8 de la *Charte*. Il a soutenu que la *Charte* s'appliquait aux agents de la GRC lorsqu'ils avaient soumis ses locaux à la fouille, la perquisition et la saisie, même si l'opération s'était déroulée à l'étranger. Le juge du procès a conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas, il a rejeté la requête et il a reconnu l'accusé coupable des deux chefs de blanchiment d'argent. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish et Charron : La *Charte* ne s'applique généralement pas aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies hors frontières. En fait, la seule solution raisonnable consiste à appliquer le droit de l'État où ont eu lieu les actes, sous réserve du droit constitutionnel à un procès équitable et des limites de la courtoisie susceptibles d'empêcher un policier canadien de prendre part à une mesure qui, même si elle est autorisée par le droit de l'autre État, ferait en sorte que le Canada manque à ses obligations internationales quant au respect des droits de la personne. [88] [90]

La Constitution autorise clairement le Parlement à adopter des lois régissant la conduite de Canadiens ou de non-Canadiens à l'étranger, mais les principes coutumiers contraignants de l'égalité souveraine et de la non-intervention, la courtoisie entre les nations et les règles du droit international compatibles avec le droit interne éclairent l'application de ce pouvoir. Le principe de la souveraineté du Parlement lui permet d'adopter des lois contraires à ces principes mais s'il le fait, il contrevient au droit international et manque à la courtoisie entre les nations. Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international, de sorte que lorsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des

the *Charter*, a court should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction. [53] [56] [68]

Canadian law, including the *Charter*, cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent. This conclusion is consistent with international law and is also dictated by the words of the *Charter* itself. Section 32(1) puts the burden of complying with the *Charter* on Parliament, the government of Canada, the provincial legislatures and the provincial governments. The provision defines not only to whom the *Charter* applies, but also in what circumstances it applies to those actors. The fact that a state actor is involved is not in itself sufficient. The activity in question must also fall within the "matters within the authority of" Parliament or the legislature of each province. A criminal investigation in the territory of another state cannot be a matter within the authority of Parliament or the provincial legislatures because they have no jurisdiction to authorize enforcement abroad. Under international law, each state's exercise of sovereignty within its territory is dependent on the right to be free from intrusion by other states in its affairs and the duty of every other state to refrain from interference. In some cases, the evidence may establish that the foreign state consented to the exercise of Canadian enforcement jurisdiction within its territory. Where the host state consents, the *Charter* can apply to the activities of Canadian officers in foreign investigations. In such a case, the investigation would be a matter within the authority of Parliament and would fall within the scope of s. 32(1). [45] [69] [94] [106]

While *Charter* standards cannot be applied to an investigation in another country involving Canadian officers, there is no impediment to extraterritorial adjudicative jurisdiction pursuant to which evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial, as this jurisdiction simply attaches domestic consequences to foreign events. Individuals in Canada who choose to engage in criminal activities that cross Canada's territorial limits should expect to be governed by the laws of the state in which they find themselves and in which they conduct financial affairs, but individual rights cannot be completely disregarded in the interests of transborder co-operation. Where the Crown seeks at trial to adduce evidence gathered abroad, the *Charter* provisions governing trial processes in Canada ensure that the appropriate balance is struck and that due consideration is shown for the rights of an accused being investigated abroad. Moreover, in an era characterized by transnational criminal activity, the principle of comity cannot be invoked to allow Canadian authorities to participate

obligations du Canada en droit international. [53] [56] [68]

Le droit canadien, y compris la *Charte*, ne peut être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause. Cette conclusion découle non seulement du droit international, mais aussi du texte même de la *Charte*. Le paragraphe 32(1) oblige le Parlement, le gouvernement du Canada ainsi que les législatures et les gouvernements des provinces à se conformer à la *Charte*. Il détermine non seulement les acteurs auxquels s'applique la *Charte*, mais précise les circonstances dans lesquelles elle s'applique à ces acteurs. Leur participation ne suffit pas. L'acte considéré doit aussi appartenir à l'un des « domaines relevant » du Parlement ou des législatures provinciales, ce qui ne saurait être le cas de l'enquête criminelle menée à l'étranger, car ceux-ci n'ont pas le pouvoir d'autoriser l'application de la loi dans un autre pays. En droit international, l'exercice de la souveraineté tient au droit d'un État d'échapper à toute ingérence étrangère et à l'obligation des autres États de s'abstenir de s'ingérer dans ses affaires. Il peut arriver que la preuve établisse le consentement de l'État étranger à l'exercice, sur son territoire, de la compétence d'exécution du Canada. La *Charte* peut s'appliquer aux actes d'agents canadiens lors d'une enquête à l'étranger si l'État d'accueil y consent. L'enquête appartient alors à un domaine relevant du Parlement et tombe sous le coup du par. 32(1). [45] [69] [94] [106]

Les exigences de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à une enquête menée dans un autre pays par des policiers canadiens et étrangers, mais il n'y a pas d'obstacle à la compétence juridictionnelle extraterritoriale suivant laquelle un élément de preuve alors obtenu peut être écarté par un tribunal canadien, car l'exercice de cette compétence ne fait qu'attacher des conséquences intérieures à des événements survenus à l'étranger. L'individu qui, au Canada, se livre à une activité criminelle non confinée au territoire canadien doit s'attendre à être régi par les lois du pays où il se trouve et dans lequel il effectue des opérations financières, mais on ne peut écarter complètement les droits individuels au nom de la collaboration transfrontalière. Lorsque, au procès, le ministère public dépose en preuve un élément recueilli à l'étranger, les droits constitutionnels régissant la procédure judiciaire au Canada font en sorte qu'un juste équilibre soit établi et que les droits d'un accusé ayant fait l'objet d'une enquête à l'étranger soient dûment pris en considération. De plus, à une époque où l'activité

in investigative activities sanctioned by foreign law that would place Canada in violation of its international obligations in respect of human rights. Deference to the foreign law ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin. [52] [96] [99-101]

The methodology for determining whether the *Charter* applies to a foreign investigation can be summarized as follows. The first stage is to determine whether the activity in question falls under s. 32(1) such that the *Charter* applies to it. At this stage, two questions reflecting the two components of s. 32(1) must be asked. First, is the conduct at issue that of a Canadian state actor? Second, if the answer is yes, it may be necessary, depending on the facts of the case, to determine whether there is an exception to the principle of sovereignty that would justify the application of the *Charter* to the extraterritorial activities of the state actor. In most cases, there will be no such exception and the *Charter* will not apply. The inquiry would then move to the second stage, at which the court must determine whether evidence obtained through the foreign investigation ought to be excluded at trial because its admission would render the trial unfair. [113]

In the instant case, the police officers were clearly government actors to whom, *prima facie*, the *Charter* would apply, but the searches carried out in Turks and Caicos were not a matter within the authority of Parliament. It is not reasonable to suggest that Turks and Caicos consented to Canadian extraterritorial enforcement jurisdiction. The trial judge's findings clearly indicate that Turks and Caicos controlled the investigation at all times, repeatedly making it known to the RCMP officers that, at each step, the activities were being carried out pursuant to their authority alone. [103] [115-116]

The circumstances do not demonstrate that this is a case where admission of the evidence would violate the accused's right to a fair trial. The documents obtained from the accused's office were not conscriptive evidence, and the actions of the RCMP officers were not unreasonable or unfair as they were acting under the authority of the Turks and Caicos police and they had a genuine and reasonable belief that they were complying with Turks and Caicos law. The RCMP officers acted in good faith at all times and their actions were not improper. The way in which the evidence was obtained in no way undermines its reliability. Moreover, since the accused had chosen to conduct business in Turks and

criminelle revêt souvent un caractère transnational, la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à une activité d'enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. Le respect envers le droit étranger cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. [52] [96] [99-101]

La méthode grâce à laquelle on peut déterminer si la *Charte* s'applique à une enquête à l'étranger peut être résumée comme suit. La première étape consiste à se demander si l'acte considéré tombe sous le coup du par. 32(1) et est soumis à la *Charte*. Vu les deux alinéas du par. 32(1), deux sous-questions se posent alors. Premièrement, l'acte a-t-il été accompli par un acteur étatique canadien? Deuxièmement, dans l'affirmative, il peut se révéler nécessaire, selon les faits de l'espèce, de déterminer si une exception au principe de souveraineté justifie l'application de la *Charte* aux activités extraterritoriales de l'acteur étatique. Dans la plupart des cas, aucune ne vaudra, et la *Charte* n'aura pas d'effet. Le tribunal passe alors à la seconde étape — déterminer si la preuve obtenue à l'issue de l'enquête à l'étranger doit être écartée au motif qu'elle est de nature à compromettre l'équité du procès. [113]

Dans la présente affaire, les policiers étaient clairement des acteurs étatiques auxquels s'appliquait à première vue la *Charte*, mais les mesures prises aux îles Turks et Caicos n'appartenaient pas à un domaine relevant du Parlement. On ne saurait prétendre que les îles Turks et Caicos ont consenti en l'espèce à l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution du Canada. Il ressort des conclusions du juge du procès que cet État a conservé la responsabilité de l'enquête du début à la fin, rappelant maintes fois aux agents de la GRC qu'à chacune des étapes, les mesures étaient prises sous sa seule autorité. [103] [115-116]

Il ne s'agit pas d'un cas où l'admission des éléments de preuve porterait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Les documents saisis dans les locaux de l'accusé ne constituent pas une preuve obtenue par mobilisation contre soi-même. Les agents de la GRC n'ont pas agi de manière abusive ou inéquitable : ils sont demeurés sous l'autorité du service de police des îles Turks et Caicos et ont véritablement et raisonnablement cru respecter le droit applicable dans l'archipel. Ils ont toujours agi de bonne foi. Leurs actes n'ont pas été abusifs. Le mode d'obtention de la preuve ne diminue en rien sa valeur. De plus, en choisissant d'exercer ses activités aux îles Turks et Caicos, l'accusé devait

Caicos, his reasonable expectation should have been that Turks and Caicos law would apply to the investigation. Although no search warrants were admitted at trial, no evidence was adduced indicating that the searches and seizures were conducted in a manner inconsistent with the requirements of Turks and Caicos law. There is no basis for concluding that the procedural requirements for a lawful search and seizure under Turks and Caicos law fail to meet basic standards commonly accepted by free and democratic societies. [120-121]

Per Bastarache, Abella and Rothstein JJ.: While the terms of s. 32(1) do not extend the application of the *Charter* to the actions of foreign officials, they do not imply that the *Charter* cannot apply to Canadian police officials acting abroad. Section 32(1) defines who acts, not where they act. Since s. 32(1) does not distinguish between actions taken on Canadian soil and actions taken abroad, it includes all actions of Canadian police officers. Canadian officers conducting an investigation in another country must abide by standards set for actions taken in Canada where the foreign state takes no part in the action and does not subject the action to its laws. Where the host state takes part in the action by subjecting Canadian authorities to its laws, the *Charter* still applies to Canadian officers and there will be no *Charter* violation where the Canadian officers abide by the laws of the host state if those laws and procedures are consistent with the fundamental principles emanating from the *Charter*. The *Charter* thus applies extraterritorially, but the obligations it creates in the circumstances will depend on the nature of the right at risk, the nature of the action of the police, the involvement of foreign authorities and the application of foreign laws. Since there is obviously consent by a foreign authority to the participation of Canadian officers in all cases where they operate in another country, consent is not a useful criterion to determine *Charter* application. [159-161] [176] [178]

In any challenge to the conduct of Canadian officials investigating abroad, the onus will be on the claimant to demonstrate that the difference between fundamental human rights protection given by the local law and that afforded under the *Charter* is inconsistent with basic Canadian values; the onus will then shift to the government to justify its involvement in the activity. In many cases, differences between protections guaranteed by *Charter* principles and the protections offered by foreign procedures will simply be justified by the need for Canada to be involved in fighting transnational crime and the need to respect the sovereign authority of foreign states. On account of this, courts are permitted to apply a rebuttable presumption of *Charter* compliance where the Canadian officials were acting pursuant to valid foreign

raisonnablement s'attendre à ce que le droit de l'archipel régie l'enquête. Même si aucun mandat n'a été admis en preuve au procès, il n'a pas été établi que les fouilles, les perquisitions et les saisies ont été effectuées sans que les exigences du droit étranger ne soient respectées. Rien ne permet de conclure que les exigences procédurales applicables à ces mesures dans l'archipel ne sont pas équivalentes à celles qui s'appliquent généralement à leur égard dans les sociétés libres et démocratiques. [120-121]

Les juges Bastarache, Abella et Rothstein : Le libellé du par. 32(1) n'étend pas l'application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires étrangers, mais il n'écarte pas son application aux policiers canadiens en mission à l'étranger. Le paragraphe 32(1) précise l'identité de l'acteur et non le lieu où il agit. Comme il ne distingue pas entre les mesures prises au Canada et celles prises à l'étranger, il vise tous les actes des policiers canadiens. Ceux qui enquêtent à l'étranger doivent satisfaire aux exigences applicables au Canada lorsque l'État étranger ne participe aucunement à l'opération ni ne l'assujettit à ses lois. Lorsque l'État d'accueil participe à l'opération et soumet les autorités canadiennes à ses lois, la *Charte* continue de s'appliquer aux policiers canadiens, qui n'y portent pas atteinte s'ils se conforment aux règles de droit et de procédure de l'État d'accueil et que celles-ci sont en adéquation avec les principes fondamentaux issus de la *Charte*. Même si elle a une application extraterritoriale, la *Charte* crée des obligations qui dépendent de la nature du droit en jeu et de la mesure policière, de la participation des autorités étrangères et de l'application des lois étrangères. Étant donné que la participation de policiers canadiens à une opération à l'étranger suppose nécessairement le consentement de l'État d'accueil, le critère du consentement ne permet pas vraiment de déterminer si la *Charte* s'applique. [159-161] [176] [178]

La personne qui conteste un acte d'un fonctionnaire canadien enquêtant à l'étranger devra démontrer que l'écart entre la protection des droits fondamentaux de la personne par le droit étranger et celle prévue par la *Charte* est incompatible avec les valeurs fondamentales canadiennes. Il incombera alors au gouvernement de justifier sa participation à l'acte en cause. Dans bien des cas, l'écart entre la protection assurée par les principes qui sous-tendent la *Charte* et celle offerte par la procédure étrangère sera simplement justifié par la nécessité que le Canada participe à la lutte contre la criminalité transnationale et respecte l'autorité souveraine des États étrangers. C'est pourquoi le tribunal peut appliquer la présomption réfutable du respect de la *Charte* lorsque le fonctionnaire canadien a agi conformément aux règles

laws and procedures. Unless it is shown that those laws or procedures are substantially inconsistent with the fundamental principles emanating from the *Charter*, they will not give rise to a breach of a *Charter* right. This is the most principled and practical way to strike an appropriate balance between effective participation by Canadian officers in fighting transnational crime and respect for fundamental human rights. [174]

In this case, the *Charter* applied to the search and seizures conducted by the RCMP in the Turks and Caicos Islands, but the accused has not established a breach of s. 8 of the *Charter*. The Canadian authorities were operating under L's authority and the local laws applied to the investigation. The accused led no evidence to suggest there were any differences between the fundamental human rights protections available under Turks and Caicos search and seizure laws and the *Charter* protections guaranteed under Canadian law that would raise serious concerns. The seizure of documents was thus reasonable in the context. [126] [179]

Per Binnie J.: This appeal must fail because the accused cannot bring his case within the requirements from *Cook*, namely (1) that the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter* and (2) that the application of the *Charter* to the actions of the Canadian police in the Turks and Caicos Islands does not, in this particular case, interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect. The searches and seizures of the accused's bank records in the Islands were carried out under the authority of the local police in conformity with local powers of search and seizure. No prejudice to the accused's right to a fair trial in Canada has been demonstrated. The accused, having chosen to do his banking in the Islands, can be taken to have accepted the degree of privacy afforded by the law of that jurisdiction. It is clear from the record that superimposing the Canadian law of search and seizure on top of that of Turks and Caicos would be unworkable. [181]

To hold that any extraterritorial effect of the *Charter* is objectionable would effectively overrule *Cook* and would further limit the potential extraterritorial application of the *Charter*. Premature pronouncements that restrict the application of the *Charter* to Canadian officials operating abroad in relation to Canadian citizens should be avoided. *Cook*'s "objectionable extraterritorial effect" principle should be retained, while leaving

de droit et de procédure étrangères. Il n'y aura atteinte à un droit garanti par la *Charte* que si une incompatibilité importante entre les règles de droit et de procédure étrangères et les principes fondamentaux de la *Charte* est établie. C'est le moyen le plus rationnel et le plus pratique d'établir un juste équilibre entre la participation efficace des policiers canadiens à la répression de la criminalité transnationale et le respect des droits fondamentaux de la personne. [174]

En l'espèce, la *Charte* s'appliquait aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies de la GRC aux îles Turks et Caicos, mais l'accusé n'a pas prouvé la violation de l'art. 8 de la *Charte*. Les autorités canadiennes ont agi sous l'autorité de L, et l'enquête était assujettie aux lois de l'État étranger. L'accusé n'a présenté aucune preuve de différences préoccupantes entre, d'une part, la protection des droits fondamentaux de la personne et les dispositions régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies aux îles Turks et Caicos et, d'autre part, les garanties prévues par la *Charte*. La saisie des documents n'était donc pas abusive dans le contexte. [126] [179]

Le juge Binnie : Le pourvoi doit être rejeté parce que l'accusé n'a pu prouver le respect en l'espèce des exigences établies dans l'arrêt *Cook*, à savoir, premièrement, que l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte* et, deuxièmement, que l'application de la *Charte* aux actes des policiers canadiens aux îles Turks et Caicos ne constitue pas, dans ce cas particulier, une atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable. La fouille, la perquisition et la saisie des documents bancaires de l'accusé a eu lieu sous l'autorité du service de police de l'archipel conformément aux pouvoirs conférés par le droit étranger en la matière. Nulle atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable au Canada n'a été établie. En choisissant d'exercer ses activités financières aux îles Turks et Caicos, l'accusé est présumé avoir accepté le degré de protection assuré par le droit de l'archipel en matière de vie privée. Il appert du dossier que la superposition du droit canadien et du droit des îles Turks et Caicos en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies poserait des problèmes insurmontables. [181]

Conclure que tout effet extraterritorial est inacceptable revient à infirmer dans les faits l'arrêt *Cook* et à limiter davantage l'application extraterritoriale éventuelle de la *Charte*. Il faut s'abstenir de formuler prématurément des énoncés qui limitent l'application de la *Charte* à l'égard des fonctionnaires canadiens exerçant leurs activités à l'étranger relativement à des citoyens canadiens. Il convient de s'en tenir au principe de

the door open to future developments in assessing the extraterritorial application of the *Charter*. [182-183] [189]

Cases Cited

By LeBel J.

Distinguished: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; **considered:** *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; **referred to:** *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529; *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385; *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] S.C.R. 483; *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Saint John (Municipality of) v. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] S.C.R. 263; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. vi; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xiii; *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Customs Régime between Germany and Austria* (1931), P.C.I.J. Ser. A/B, No. 41; *Island of Palmas Case (Netherlands v. United States)* (1928), 2 R.I.A.A. 829; *Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, [1986] I.C.J. Rep. 14; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Canadian Foundation for*

l'« effet extraterritorial inacceptable » établi dans l'arrêt *Cook* et de laisser la voie libre à une évolution ultérieure quant à la question de l'application extraterritoriale de la *Charte*. [182-183] [189]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; **arrêts examinés :** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; **arrêts mentionnés :** *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529; *The Ship « North » c. The King* (1906), 37 R.C.S. 385; *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483; *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Saint John (Municipality of) c. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] R.C.S. 263; *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, autorisation de pourvoi refusée, [2005] 1 R.C.S. vi; *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737, autorisation de pourvoi refusée, [2003] 1 R.C.S. xiii; *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (1931), C.P.J.I. sér. A/B, n° 41; *Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)* (1928), 2 R.I.A.A. 829; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 14; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Canadian Foundation for*

Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By Bastarache J.

Considered: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; **referred to:** *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.

By Binnie J.

Applied: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; **referred to:** *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 to 14, 8, 9, 10(a), (b), 11(d), 24, 32.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 9.
Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, ss. 6(1), 8.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 6(2), 7, 7(3.7) to 7(3.75), (4.1), 117.02(1), (2), 199(2), 254(2) to (4), 269.1(1), 462, 487 to 489, 495(1), (2).
Statute of Westminster, 1931 (U.K.), 22 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 27], s. 3.

Treaties and Other International Instruments

Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, art. 2(1).
 United Nations. General Assembly. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.

Authors Cited

Akehurst, Michael. "Jurisdiction in International Law" (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge Bastarache

Arrêt examiné : *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; **arrêts mentionnés :** *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; **arrêts mentionnés :** *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 à 14, 8, 9, 10(a), (b), 11(d), 24, 32.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 6(2), 7, 7(3.7) à 7(3.75), (4.1), 117.02(1), (2), 199(2), 254(2) à (4), 269.1(1), 462, 487 à 489, 495(1), (2).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 9.
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, art. 6(1), 8.
Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 Geo. 5, ch. 4 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 27], art. 3.

Traités et autres instruments internationaux

Charte des Nations Unies, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 2(1).
 Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

Doctrine citée

Akehurst, Michael. « Jurisdiction in International Law » (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

- Bentley, Eric. "Toward an International Fourth Amendment: Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez*" (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 329.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Canada. Royal Canadian Mounted Police. *International Peacekeeping Branch Review, 2004/2005, 2006* (online: www.rcmp-grc.gc.ca/peace_operations/review2004-2005_e.pdf).
- Canada. Royal Canadian Mounted Police. *RCMP Fact Sheet, International Operations Branch*, October 2005 (updated February 2007) (online: www.rcmp-grc.gc.ca/factsheets/fact_job_e.htm).
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Coughlan, Stephen, et al. "Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization" (2007), 6 *C.J.L.T.* 29.
- Currie, Robert J. "Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms" (2004), 27 *Dal. L.J.* 235.
- Harvie, Robert A., and Hamar Foster. "Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a 'Silver Platter'" (2001), 59 *Advocate* 71.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2006, release 1).
- Kindred, Hugh M., and Phillip M. Saunders. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2006.
- Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Mann, F. A. "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years". In W. Michael Reisman, ed., *Jurisdiction in International Law*. Brookfield, Vermont: Ashgate/Dartmouth, 1999, 139.
- Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London: Longman, 1996.
- Pechota, Vratislav. "Equality: Political Justice in an Unequal World". In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 453.
- Reydams, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Bentley, Eric. « Toward an International Fourth Amendment : Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez* » (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 329.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford : Oxford University Press, 2003.
- Canada. Gendarmerie royale du Canada. *GRC Fiches documentaires, Sous-direction des opérations internationales*, octobre 2005 (révisé février 2007) (en ligne : www.rcmp-grc.gc.ca/factsheets/fact_job_f.htm).
- Canada. Gendarmerie royale du Canada. *Revue de la Sous-direction du maintien de la paix internationale, 2004/2005, 2006* (en ligne : www.rcmp-grc.gc.ca/peace_operations/review2004-2005_f.pdf).
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2005.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Coughlan, Stephen, et al. « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007), 6 *C.J.L.T.* 29.
- Currie, Robert J. « *Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms* » (2004), 27 *Dal. L.J.* 235.
- Harvie, Robert A., and Hamar Foster. « Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a "Silver Platter" » (2001), 59 *Advocate* 71.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (loose-leaf updated 2006, release 1).
- Kindred, Hugh M., and Phillip M. Saunders. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7th ed. Toronto : Emond Montgomery, 2006.
- Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford : Oxford University Press, 2001.
- Mann, F. A. « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years ». In W. Michael Reisman, ed., *Jurisdiction in International Law*. Brookfield, Vermont : Ashgate/Dartmouth, 1999, 139.
- Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed. By Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. London : Longman, 1996.
- Pechota, Vratislav. « Equality : Political Justice in an Unequal World ». In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 453.
- Reydams, Luc. *Universal Jurisdiction : International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford : Oxford University Press, 2003.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Wildhaber, Luzius. "Sovereignty and International Law". In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 425.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman and LaForme JJ.A.) (2005), 201 O.A.C. 126, [2005] O.J. No. 3188 (QL), upholding the accused's convictions entered by Juriansz J., [2002] O.J. No. 5044 (QL). Appeal dismissed.

Alan D. Gold and Vanessa Arsenault, for the appellant.

John North and Robert W. Hubbard, for the respondent.

Michal Fairburn, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

A. *Overview*

At issue in this appeal is whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to extra-territorial searches and seizures by Canadian police officers. The appellant, Lawrence Richard Hape, is a Canadian businessman. He was convicted of two counts of money laundering contrary to s. 9 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. At his trial, the Crown adduced documentary evidence that the police had gathered from the records of the appellant's investment company while searching its premises in the Turks and Caicos Islands. The appellant sought to have that evidence excluded, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, on the basis that the *Charter* applies to the actions of the Canadian police officers who conducted the searches and seizures and that the

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Wildhaber, Luzius. « Sovereignty and International Law ». In R. St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1983, 425.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman et LaForme) (2005), 201 O.A.C. 126, [2005] O.J. No. 3188 (QL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé inscrit par le juge Juriansz, [2002] O.J. No. 5044 (QL). Pourvoi rejeté.

Alan D. Gold et Vanessa Arsenault, pour l'appellant.

John North et Robert W. Hubbard, pour l'intimée.

Michal Fairburn, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish et Charron rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

A. *Aperçu*

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l'étranger par des policiers canadiens. L'appellant, Lawrence Richard Hape, un homme d'affaires canadien, a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation de blanchiment d'argent suivant l'art. 9 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Au procès, le ministère public a présenté des éléments de preuve documentaire recueillis aux îles Turks et Caicos lors de fouilles et de perquisitions effectuées dans les locaux de la société d'investissement de l'appellant. Ce dernier a demandé le rejet de ces éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il a fait valoir que la *Charte* s'appliquait aux actes des

evidence was obtained in violation of his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. For the reasons that follow, I would affirm the convictions and dismiss the appeal.

B. *Background*

2 In the spring of 1996, the RCMP commenced an investigation of the appellant for suspected money laundering activities. Sergeant Nicholson, an undercover operative, contacted the appellant in October 1996 posing as someone interested in laundering proceeds of narcotics trafficking. On February 2, 1998, Sergeant Nicholson provided C\$252,000 of “sting money” to the appellant on the understanding that the funds would be laundered through the appellant’s investment company, the British West Indies Trust Company (“BWIT”), located in the Turks and Caicos Islands, and transferred to an account in the Netherlands. Unbeknownst to the appellant, the RCMP had set up the account. Sergeant Nicholson gave the appellant a further US\$80,000 on November 11, 1998, instructing him to send the funds to the same account in the Netherlands. The RCMP hoped to obtain documentation confirming the transfers and determine whether the BWIT was involved in other money laundering activities.

3 RCMP officers sought permission to conduct parts of their investigation in Turks and Caicos. Detective Superintendent Lessemun of the Turks and Caicos Police Force was in charge of criminal investigations on the Islands. In November 1997, he met with the two Canadian officers in charge of the RCMP’s investigation, Detective Sergeant Boyle and Corporal Flynn. He agreed to allow the RCMP to continue the investigation on Turks and Caicos territory, but warned the officers that he would be in charge and that the RCMP would be working under his authority. Because the appellant was well known on the Islands and Detective Superintendent Lessemun was concerned that he could not trust all Turks and Caicos police officers, the Canadian officers dealt exclusively with him while planning and preparing their operations.

policiers canadiens qui avaient effectué les fouilles, les perquisitions et les saisies et que les éléments de preuve avaient été obtenus au mépris de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti à l’art. 8. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de confirmer les déclarations de culpabilité et de rejeter le pourvoi.

B. *Contexte*

Au printemps 1996, soupçonnant l’appelant de se livrer à des activités de blanchiment d’argent, la GRC a entrepris une enquête. En octobre 1996, le sergent Nicholson, un agent d’infiltration, a communiqué avec l’appelant et a prétendu vouloir blanchir des narcodollars. Le 2 février 1998, il lui a remis la somme de 252 000 \$CAN débloquée pour l’opération, étant entendu qu’elle serait blanchie par l’entremise de la société d’investissement de l’appelant, la British West Indies Trust Company (« BWIT »), située aux îles Turks et Caicos, puis virée sur un compte que la GRC avait ouvert au Pays-Bas à l’insu de l’appelant. Le 11 novembre 1998, le sergent Nicholson a versé à l’appelant la somme supplémentaire de 80 000 \$US pour un virement sur le même compte. La GRC espérait mettre la main sur des documents confirmant les virements et déterminer si la BWIT participait à des activités de blanchiment d’argent.

Les agents de la GRC ont demandé l’autorisation de mener une partie de leur enquête aux îles Turks et Caicos. Le commissaire Lessemun, du service de police de l’archipel, était responsable des enquêtes criminelles. En novembre 1997, il a rencontré le sergent-détective Boyle et le caporal Flynn de la GRC, tous deux chargés de l’enquête. Il a autorisé la GRC à poursuivre l’enquête sur le territoire de l’archipel, mais il a précisé aux agents qu’il en conserverait la responsabilité et que la GRC serait soumise à son autorité. Comme l’appelant était très connu dans l’archipel et que le commissaire Lessemun craignait que les policiers locaux ne soient pas tous dignes de confiance, les policiers canadiens n’ont eu affaire qu’à M. Lessemun pendant la planification et la préparation de l’opération.

The investigators planned a covert entry into the BWIT's office for March 1998. RCMP technical experts assisted with the planning, which began in Canada using technical information provided by Detective Superintendent Lessemun. The experts traveled to the Turks and Caicos Islands in February 1998 to obtain information about the office's door locks and burglar alarm systems.

Late in the nights of February 7 and 8, 1998, the RCMP officers and Detective Superintendent Lessemun surreptitiously entered the BWIT's premises. The technical experts examined the office's locks and alarm systems from outside the building. They recorded what they observed, using a video camera. Throughout this perimeter search, Detective Superintendent Lessemun was with the RCMP investigators as a lookout.

During the day on February 9, 1998, two RCMP technical experts entered the reception area of the BWIT's office to observe what they could of the interior locks and alarm system. They entered the office under a ruse and spent a few minutes speaking with the receptionist.

There were no warrants authorizing the RCMP to enter the BWIT's premises in February 1998. The RCMP investigators were aware of this, but they testified that they had relied on Detective Superintendent Lessemun's expertise and advice regarding the legalities of investigations conducted on the Islands.

After the RCMP technical experts returned to Canada, they received further technical information from Detective Superintendent Lessemun to assist with the planning of the March 1998 covert entry. A briefing was held in the Bahamas on March 11, 1998, in preparation for the covert search. Present at the meeting were seven RCMP officers involved in the investigation and three American police officers. No Turks and Caicos officers were in attendance.

Les enquêteurs ont prévu une entrée clandestine dans les locaux de la BWIT pour le mois de mars 1998. Les experts techniques de la GRC ont prêté leur concours à la planification entreprise au Canada à partir de renseignements techniques fournis par le commissaire Lessemun. En février 1998, ils se sont rendus aux îles Turks et Caicos pour obtenir de l'information sur les serrures de porte et le système d'alarme antivol du bureau.

Tard dans la nuit les 7 et 8 février 1998, les agents de la GRC et le commissaire Lessemun se sont introduits clandestinement sur le terrain de la BWIT. De l'extérieur, les experts techniques ont examiné les serrures de porte et le système d'alarme antivol de l'immeuble. Ils ont filmé le tout à l'aide d'une caméra vidéo. Tout au long de cette perquisition périphérique, le commissaire Lessemun a accompagné les agents de la GRC et a fait le guet.

Au cours de la journée du 9 février 1998, deux experts techniques de la GRC se sont rendus à l'accueil de la BWIT pour observer les serrures et le système d'alarme à l'intérieur. Après avoir obtenu l'accès au bureau sous un faux prétexte, ils ont conversé avec la réceptionniste pendant quelques minutes.

La GRC n'avait pas obtenu de mandat l'autorisant à s'introduire dans la propriété de la BWIT en février 1998. Ses enquêteurs en étaient conscients, mais ils ont témoigné qu'ils s'étaient fiés au commissaire Lessemun, à son expertise et à ses dires quant aux exigences juridiques applicables à une enquête aux îles Turks et Caicos.

Les experts techniques de la GRC sont rentrés au Canada où ils ont reçu du commissaire Lessemun des renseignements techniques supplémentaires pour la planification de l'entrée clandestine devant avoir lieu en mars 1998. Le 11 mars 1998, une réunion préparatoire a eu lieu aux Bahamas en vue de la fouille et de la perquisition clandestines. Sept agents de la GRC participant à l'enquête ainsi que trois policiers américains y ont assisté, mais aucun agent des îles Turks et Caicos.

4

5

6

7

8

9

The investigators covertly entered the BWIT's office twice on March 14, 1998, once in the early hours of the morning and once shortly before midnight. The RCMP technical experts opened the locked doors of the office to enable the investigators to enter it. Detective Superintendent Lessemun entered the office with what the RCMP officers understood to be a warrant. He then took up a position outside the building to provide security around the perimeter and stop any Turks and Caicos police officers who might come by from jeopardizing the operation. Inside the office, the RCMP investigators downloaded information contained in the company's computer systems onto portable hard drives and electronically scanned documents from numerous client files, as well as company records and banking documents.

10

The RCMP officers testified at trial that they had understood separate warrants to be in place for each of the two covert entries of March 14, 1998. Officer Boyle said he saw a warrant for the first entry. Sergeant McDonagh, one of the technical experts, stated that after the first entry, but before the second, Detective Superintendent Lessemun had shown him a document that Sergeant McDonagh understood to be the warrant for the first entry. Sergeant McDonagh noted down the document's terms. Both Officer Boyle and Sergeant McDonagh understood from Detective Superintendent Lessemun that a warrant had been obtained for the second entry, but neither had any notes on this point or remembered having seen it. No warrants were introduced into evidence at trial. The Crown sought to introduce copies of two Turks and Caicos warrants, one dated March 13 and the other March 14, 1998. The purported warrants, issued to Robert Conway Lessemun, authorized entry into the BWIT's office to search for computer and office records linking Richard Hape to the laundering of proceeds of drug trafficking. The copies of the warrants had not been authenticated, and counsel for the appellant objected to their admission at trial.

11

RCMP officers returned to the Turks and Caicos Islands in February 1999. Beginning on

Le 14 mars 1998, après que les experts techniques de la GRC eurent déverrouillé les portes, les enquêteurs sont entrés clandestinement à deux reprises dans les locaux de la BWIT, la première fois aux petites heures du matin, la seconde, peu avant minuit. Le commissaire Lessemun est entré dans les locaux muni de ce que les agents de la GRC ont tenu pour un mandat. Il s'est alors posté à l'extérieur de l'immeuble pour assurer la sécurité du périmètre et empêcher qu'un policier patrouillant dans le secteur ne vienne compromettre l'opération. À l'intérieur, les enquêteurs de la GRC ont téléchargé sur des minidisques durs les données contenues dans les systèmes informatiques de la société et copié par balayage optique de nombreux dossiers de clients, registres de la société et documents bancaires.

Au procès, les agents de la GRC ont déclaré avoir cru qu'un mandat distinct avait été décerné pour chacune des deux introductions clandestines du 14 mars 1998. L'agent Boyle a dit avoir vu un mandat pour la première. Le sergent McDonagh, un expert technique, a affirmé que le commissaire Lessemun lui avait montré, après la première introduction mais avant la seconde, un document qu'il avait cru être le mandat autorisant la première introduction. Il avait pris des notes sur la teneur du document. Selon les témoignages de l'agent Boyle et du sergent McDonagh, le commissaire Lessemun leur avait laissé entendre qu'un mandat avait été obtenu pour la seconde introduction, mais ni l'un ni l'autre n'avait noté l'avoir vu ni ne s'en rappelait. Aucun mandat n'a été présenté en preuve lors du procès. Le ministère public a tenté de déposer en preuve une copie de deux mandats décernés aux îles Turks et Caicos, l'un daté du 13 mars 1999, l'autre du lendemain. Les prétendus mandats, obtenus par Robert Conway Lessemun, autorisaient l'introduction dans les locaux de la BWIT pour y rechercher des fichiers informatiques et des dossiers reliant Richard Hape au blanchiment de narcodollars. Les copies n'ayant pas été authentifiées, l'avocat de l'appellant s'est opposé à leur admission en preuve.

En février 1999, les agents de la GRC sont retournés aux îles Turks et Caicos. Le 16 février et

February 16 and continuing over the next three days, six RCMP officers, along with Detective Superintendent Lessemun and three other Turks and Caicos police officers, entered the BWIT's office and seized over one hundred banker's boxes of records. Officer Boyle testified that he had read a document he understood to be a warrant authorizing the entry and seizure, and had passed it to the other officers to read. Again, no warrant was entered into evidence at trial.

When the search was complete, the RCMP officers began loading the seized records onto their airplane with the intention of bringing them back to Canada. Detective Superintendent Lessemun informed the officers that they could not remove the records from the Islands. The boxes were unloaded. At trial, there was some suggestion that a Turks and Caicos court order had prevented the officers from removing the evidence from the jurisdiction, but no such order was admitted as evidence.

The RCMP returned to the Turks and Caicos Islands in March and October 1999. In the presence of Turks and Caicos police officers, the RCMP officers scanned thousands of the seized documents in order to bring electronic copies of them back to Canada. Ultimately, a number of the documents seized during the search became exhibits at the appellant's trial.

Money laundering charges were laid for the two transactions involving the funds Sergeant Nicholson had provided to the appellant. The appellant was also charged, along with a co-accused, Ross Beatty, with conspiring to launder funds. A lengthy and complex trial took place before Juriansz J. (as he then was) of the Ontario Superior Court of Justice, sitting without a jury. Before the trial started, the appellant brought a *Charter* application to exclude the documentary evidence obtained from the BWIT's office on the basis of a violation of the s. 8 guarantee against unreasonable search and seizure. The application was denied and the documents were admitted into evidence.

les trois jours qui ont suivi, six agents de la GRC accompagnés du commissaire Lessemun et de trois autres policiers de l'archipel sont entrés dans les locaux de la BWIT et ont saisi plus de cent caisses de dossiers. Selon son témoignage, l'agent Boyle aurait pris connaissance d'un document autorisant l'entrée et la saisie et l'aurait fait lire à ses collègues. Encore une fois, aucun mandat n'a été déposé en preuve au procès.

Une fois la fouille et la perquisition terminées, les agents de la GRC ont entrepris de charger les caisses de documents à bord de l'avion qui les ramenait au Canada. Le commissaire Lessemun les a avertis que les dossiers saisis ne pouvaient quitter le pays. Les caisses ont donc été déchargées. Au procès, on a laissé entendre qu'un tribunal de l'archipel avait empêché le transfert des documents, mais aucune ordonnance judiciaire n'a été admise en preuve.

En mars et en octobre 1999, les agents de la GRC sont retournés aux îles Turks et Caicos. En présence de policiers de l'archipel, ils ont copié sur supports électroniques rapportés ensuite au Canada des milliers de documents saisis. Un certain nombre de ces documents ont été déposés en preuve au procès de l'appellant.

Des accusations de blanchiment d'argent ont été portées quant aux deux opérations dont avaient fait l'objet les fonds remis à l'appellant par le sergent Nicholson. L'appellant a par ailleurs été accusé, ainsi que Ross Beatty, de complot pour blanchir de l'argent. Le juge Juriansz de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, maintenant juge à la Cour d'appel de cette province, a présidé seul un procès long et complexe. Avant le début de l'instruction, l'appellant a invoqué la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte* pour obtenir l'exclusion de la preuve documentaire recueillie dans les locaux de la BWIT. Sa demande a été rejetée, et les documents ont été admis en preuve.

12

13

14

C. *Judicial History*

(1) Ontario Superior Court of Justice

15 The appellant called evidence on the s. 8 application. The Crown, taking the position that the *Charter* does not apply to searches and seizures conducted outside Canada and that the appellant had not established that he had standing to bring the application, sought a ruling on these two issues in advance of its decision on introducing evidence. Juriansz J. ruled on this application on January 17, 2002 ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

16 The application judge considered three decisions of this Court on the extraterritorial application of the *Charter*: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, and *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597. He noted that all those cases concerned the application of the s. 10(b) right to counsel and that the question of the potential extraterritorial application of s. 8 might raise different issues. Relying on the majority decision in *Cook*, the application judge held that his task was to determine whether applying the *Charter* to the activities of the RCMP officers in Turks and Caicos would “interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extra-territorial effect” (para. 20).

17 In his argument before the application judge, the appellant resisted the characterization of the RCMP’s actions in the instant case as part of a “co-operative investigation”, within the meaning of *Terry*, with Turks and Caicos authorities, because the searches and seizures were carried out by the RCMP officers with little or no involvement of the Turks and Caicos police. The application judge rejected the argument that a “co-operative investigation” must involve relatively equal contributions from the participants (para. 24).

18 Juriansz J. made several key findings of fact that were relevant to his *Charter* ruling. He noted that Detective Superintendent Lessemun, who was with the Canadian police at all times, had played a role in the investigation by acting as a lookout,

C. *Historique des procédures judiciaires*

(1) Cour supérieure de justice de l’Ontario

L’appelant a présenté une preuve concernant l’application de l’art. 8 de la *Charte*. Au motif que la *Charte* ne s’appliquait pas aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l’étranger et que l’appelant n’avait pas établi sa qualité pour présenter la demande, le ministère public a demandé à la cour de statuer sur ces deux points avant de présenter une preuve s’il le jugeait indiqué. Le 17 janvier 2002, le juge Juriansz a statué sur la demande ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

Le juge a examiné trois arrêts de notre Cour portant sur l’application extraterritoriale de la *Charte* : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, et *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Il a fait observer que tous portaient sur l’application du droit à l’assistance d’un avocat garanti à l’al. 10b) et que l’application extraterritoriale éventuelle de l’art. 8 pouvait soulever des questions différentes. Se fondant sur la décision majoritaire dans l’arrêt *Cook*, il a estimé que sa tâche consistait à déterminer si l’application de la *Charte* aux activités des agents de la GRC aux îles Turks et Caicos constituerait une [TRADUCTION] « atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger et [produirait] donc [...] [un] effet extraterritorial inacceptable » (par. 20).

En plaidoirie, l’appelant s’est opposé à ce que l’on considère que l’enquête de la GRC avait été [TRADUCTION] « fondée sur la collaboration » avec les autorités des îles Turks et Caicos au sens de l’arrêt *Terry*, les policiers de l’endroit ayant peu participé aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies, voire pas du tout. Le juge a rejeté l’argument selon lequel une telle enquête suppose nécessairement l’égalité relative des participations (par. 24).

Le juge Juriansz a tiré plusieurs conclusions de fait déterminantes quant à l’application de la *Charte*. Il a indiqué que le commissaire Lessemun, qui avait toujours accompagné les policiers canadiens, avait participé à l’enquête en faisant le guet,

providing information, and obtaining warrants. The Turks and Caicos contributed police authority. The RCMP was required to seek and receive permission from Turks and Caicos authorities to conduct the investigation in that jurisdiction. The RCMP officers were operating under the authority of Detective Superintendent Lessemun. The fact that they were not permitted to remove the seized physical records from Turks and Caicos was a significant factor in the application judge's conclusion that they were subject to Turks and Caicos authority. The application judge found that all the RCMP's actions on the Turks and Caicos Islands were part of a "co-operative investigation" (para. 26).

As the next step in his analysis, Juriansz J. considered whether the application of the *Charter* to the "co-operative investigation" would result in an objectionable extraterritorial effect. The application judge found that the propriety and legality of the entries into the BWIT's office were governed by Turks and Caicos criminal law and procedure and the supervisory authority of the Turks and Caicos courts. In light of that fact, he concluded that there was a potential conflict between the concurrent exercise of jurisdiction by Canada on the basis of nationality and by Turks and Caicos on the basis of territoriality. Juriansz J. held, as a result, that the *Charter* did not apply. He therefore dismissed the application without discussing whether the appellant had standing to bring the *Charter* application or whether the searches and seizures were conducted in accordance with the requirements of s. 8.

The appellant had also applied under ss. 7 and 24(1) of the *Charter* for a stay of proceedings on the basis that the police conduct had contravened fundamental notions of justice and that the ensuing trial would undermine the integrity of the justice system. In the alternative, the appellant requested an order excluding from evidence 26 documents seized from the BWIT. In his ruling on this application dated January 18, 2002, Juriansz J. relied on the findings of fact he had made on the s. 8 application. He noted that the RCMP officers had believed there were warrants for the entries that took place

en fournissant des renseignements et en obtenant des mandats. Les îles Turks et Caicos avaient assuré la direction de l'enquête policière. La GRC avait dû obtenir l'autorisation de faire enquête sur le territoire, et ses agents avaient agi sous l'autorité du commissaire Lessemun. Le fait que les agents de la GRC avaient été empêchés de quitter les îles Turks et Caicos en emportant avec eux les dossiers saisis a été déterminant quant à la conclusion selon laquelle les agents de la GRC étaient restés soumis aux autorités policières du pays. Le juge a conclu que tous les actes de la GRC aux îles Turks et Caicos avaient été accomplis dans le cadre d'une « enquête fondée sur la collaboration » avec les autorités locales (par. 26).

Le juge Juriansz s'est ensuite demandé si l'application de la *Charte* à l'« enquête fondée sur la collaboration » produirait un effet extraterritorial inacceptable. Il a conclu que la régularité et la légalité des entrées clandestines dans les locaux de la BWIT relevaient du droit criminel et de la procédure pénale des îles Turks et Caicos et se trouvaient donc soumises au contrôle des tribunaux de ce pays. En conséquence, il a estimé que l'exercice de la compétence canadienne fondée sur la nationalité concurremment avec celle des îles Turks et Caicos fondée sur la territorialité risquait de faire naître un conflit. C'est pourquoi il a statué que la *Charte* ne s'appliquait pas et a rejeté la demande sans se prononcer sur les questions de savoir si l'appelant avait qualité pour présenter la demande fondée sur la *Charte* ou si les fouilles, les perquisitions et les saisies avaient respecté les exigences de l'art. 8.

Le 18 janvier 2002, le juge Juriansz s'est prononcé sur la demande d'arrêt des procédures présentée sur le fondement de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte*. L'appelant alléguait que les actes des policiers avaient contrevenu aux principes de justice fondamentale et que l'instruction du procès compromettrait l'intégrité du système de justice. Subsidiairement, il demandait que soit exclus de la preuve 26 documents saisis dans les locaux de la BWIT. Le juge Juriansz a repris les conclusions de fait qu'il avait déjà tirées relativement à l'art. 8. Il a fait état de la croyance des agents de la GRC selon

19

20

in March 1998 and February 1999 and had believed their actions to be lawful under Turks and Caicos law. No evidence to the contrary had been called. The burden of proving that the operations of the Canadian officers had violated Turks and Caicos law rested on the appellant. In refusing to grant the stay, Juriansz J. gave the following explanation:

Considering that the applicant in this case has not established that the police conduct infringed a *Charter* right or was otherwise unlawful, and considering the police conduct as a whole, I have concluded that this is not one of those clearest of cases in which a stay ought to be granted.

Relying on *Harrer* and *Terry*, Juriansz J. stated that the overriding consideration was whether the admission of the evidence would result in an unfair trial. He reasoned that since the documents constituted real, non-conscriptive evidence, their reliability as evidence was not affected by the manner in which they were obtained. As the admission of the evidence would not therefore render the trial unfair, he refused to grant the exclusionary order.

21 On June 10, 2002, Juriansz J. found the appellant guilty beyond a reasonable doubt on both counts of money laundering ([2002] O.J. No. 5044 (QL)). The appellant was acquitted of the charge of conspiracy to launder funds.

(2) Ontario Court of Appeal

22 The appellant appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario on numerous grounds, one of which was that Juriansz J. had erred in his rulings on ss. 7 and 8 of the *Charter*. The appeal from the ruling on s. 7 was not pursued at the oral hearing before the Court of Appeal, and the issue of trial fairness is not before this Court. The appellant also contested his sentence of 30 months' imprisonment. The Crown cross-appealed on the trial judge's refusal to make a forfeiture order.

laquelle des mandats avaient autorisé les entrées clandestines de mars 1998 et de février 1999 et leurs actes étaient légaux suivant le droit applicable dans l'archipel. Aucun élément de preuve contraire n'avait été présenté. Il incombait à l'appellant d'établir que les agents de la GRC avaient contrevenu aux lois des îles Turks et Caicos. Refusant d'ordonner l'arrêt des procédures, le juge Juriansz a expliqué :

[TRADUCTION] Comme le demandeur n'a pas prouvé que le comportement des policiers avait porté atteinte à un droit garanti par la *Charte* ou avait été par ailleurs illégal, et compte tenu du comportement des policiers dans son ensemble, j'arrive à la conclusion qu'il n'y a pas manifestement lieu d'ordonner l'arrêt des procédures.

S'appuyant sur les arrêts *Harrer* et *Terry*, le juge Juriansz a opiné que la question décisive était celle de savoir si l'admission de la preuve rendrait le procès inéquitable. Il a estimé que la fiabilité des documents n'était pas affaiblie par leur mode d'obtention puisqu'ils étaient authentiques et n'avaient pas été obtenus par mobilisation de l'appellant contre lui-même. Étant donné que le procès n'aurait pas été rendu inéquitable par l'admission des éléments de preuve, il a refusé de les écarter.

Le 10 juin 2002, le juge Juriansz a conclu que l'appellant était hors de tout doute raisonnable coupable des deux chefs d'accusation de blanchiment d'argent ([2002] O.J. No. 5044 (QL)). L'appellant a été acquitté de l'accusation de complot pour blanchir des fonds.

(2) Cour d'appel de l'Ontario

L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il a invoqué de nombreux moyens, dont le caractère erroné de la décision du juge Juriansz au sujet de l'application des art. 7 et 8 de la *Charte*. Il n'a pas été question de l'art. 7 lors de la plaidoirie devant la Cour d'appel, et la question de l'équité du procès n'a pas été plaidée devant notre Cour. L'appellant a également contesté sa peine de 30 mois d'emprisonnement. Le ministère public a formé un appel incident quant au refus du juge du procès de rendre une ordonnance de confiscation.

The Court of Appeal dismissed the appeal: (2005), 201 O.A.C. 126. It held that the trial judge had made a finding of fact that the investigation was under the control of the Turks and Caicos authorities and that his finding was supported by the evidence. Referring to the decisions in *Terry* and *Cook*, the court concluded that the trial judge had correctly applied the law to his findings of fact. The Crown's cross-appeal was also dismissed. The appellant obtained leave to appeal from that judgment.

II. Analysis

A. *Issues*

The sole issue in this appeal is whether s. 8 of the *Charter* applies to searches and seizures conducted by RCMP officers outside Canada. This issue requires the Court to consider the question of the extraterritorial application of the *Charter*. This in turn requires the Court to consider the more general question of the relationship between Canadian criminal and constitutional law, on the one hand, and public international law, on the other. In addition, although the issue is not before this Court, I feel that it will be helpful to comment on the use of ss. 7 and 11(d) of the *Charter* to exclude evidence gathered outside Canada.

B. *Positions of the Parties*

(1) The Appellant

The appellant argues that the *Charter* applies to the actions of the RCMP officers in the course of their searches and seizures at the BWIT's office, notwithstanding that those actions took place outside Canada. He submits that Canadian authorities are subject to the *Charter* even when operating outside the territorial boundaries of Canada and that it can be seen from the evidence in the case at bar that the searches and seizures were the product of and were integral to an investigation that was completely planned by the RCMP. In the appellant's submission, Detective Superintendent Lessemun merely served as a host for the Canadian officials. He made no decisions, even if he provided ultimate

La Cour d'appel a débouté l'appelant : (2005), 201 O.A.C. 126. Elle a conclu que la preuve étayait la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle l'enquête avait été soumise à l'autorité des îles Turks et Caicos. Citant les arrêts *Terry* et *Cook*, elle a statué que le juge du procès avait correctement appliqué le droit à ses conclusions de fait. Elle a également rejeté l'appel incident du ministère public. L'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

II. Analyse

A. *Questions en litige*

La seule question que pose le présent pourvoi est celle de l'application de l'art. 8 de la *Charte* aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger par des agents de la GRC. Cette question soulève à son tour celle de l'application extraterritoriale de la *Charte*. Pour trancher, notre Cour doit également se pencher sur la question plus générale de l'interaction entre les droits criminel et constitutionnel canadiens et le droit international public. En outre, même si notre Cour n'a pas été saisie de la question, il me paraît opportun de formuler quelques remarques sur le recours à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* pour écarter un élément de preuve obtenu à l'étranger.

B. *Thèses des parties*

(1) L'appelant

L'appelant soutient que la *Charte* s'appliquait aux actes des agents de la GRC lors des fouilles, des perquisitions et des saisies effectuées dans les locaux de la BWIT même s'ils n'ont pas été accomplis au Canada. Il prétend que les autorités canadiennes sont assujetties à la *Charte* même hors des frontières. En l'espèce, il appert de la preuve que les interventions policières en cause représentaient le fruit d'une enquête entièrement planifiée par la GRC, dont elles faisaient partie intégrante. Au dire de l'appelant, le commissaire Lessemun a seulement servi de guide aux policiers canadiens. Il n'a pris aucune décision, même s'il a eu la responsabilité ultime de l'opération et a assuré sa légalité.

23

24

25

control and legal authority. The actual searches and seizures were conducted by the RCMP, and they are the actions that are subject to *Charter* scrutiny. Given the almost non-existent role of the Turks and Caicos authorities, the application of the *Charter* does not in any way interfere with that state's sovereign authority. The appellant argues that the courts below erred in concluding, on the basis of a finding that the RCMP's actions constituted a "co-operative investigation", that the *Charter* did not apply.

26

At the hearing, counsel for the appellant argued that, in *Cook*, this Court had specified two situations in which the application of the *Charter* would have an objectionable extraterritorial effect. The first would be if the *Charter* were applied to foreign officers, and the second would be if it were applied to foreign criminal proceedings. Aside from those two circumstances, extraterritorial application of the *Charter* would not, in the appellant's opinion, interfere with the sovereign authority of a foreign state. If it were physically impracticable to comply with the *Charter*, then Canadian officials acting abroad could either request that foreign officials undertake the activities that are inconsistent with the *Charter* or carry out the activities themselves and try to establish that the evidence obtained should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

(2) The Crown

27

The Crown responds that the *Charter* does not apply because the searches and seizures in this case were conducted under the authority of the Turks and Caicos police. To impose Canada's *Charter* standards on the actions of the RCMP officers while they were operating in Turks and Caicos would produce an objectionable extraterritorial effect. The trial judge made a factual finding that the investigation in Turks and Caicos was under the control of the Turks and Caicos police force. The appellant has not demonstrated that this finding resulted from a palpable and overriding error; he is asking this Court to reweigh the evidence and substitute its view for that of the trial judge.

Les fouilles, les perquisitions et les saisies ont été effectuées par la GRC et ce sont ces actes qui doivent faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Vu le rôle négligeable des autorités des îles Turks et Caicos, l'application de la *Charte* ne porte aucunement atteinte à l'autorité souveraine de cet État. Selon l'appelant, les juridictions inférieures ont eu tort d'écarter l'application de la *Charte* au motif que la GRC avait agi dans le cadre d'une enquête fondée sur la collaboration avec les agents d'un État étranger.

À l'audience, son avocat a plaidé que suivant l'arrêt *Cook*, l'application de la *Charte* aurait un effet extraterritorial inacceptable dans le cas où elle viserait un policier étranger ou une procédure pénale étrangère. Selon l'appelant, hormis ces deux situations, l'application extraterritoriale de la *Charte* ne porterait pas atteinte à l'autorité souveraine d'un autre État. S'il lui était matériellement impossible de respecter la *Charte*, l'agent canadien intervenant à l'étranger pourrait soit demander à un agent étranger de poser l'acte incompatible avec la *Charte*, soit l'accomplir lui-même, puis tenter de convaincre le tribunal que l'élément de preuve obtenu ne devrait pas être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

(2) Le ministère public

Le ministère public rétorque que la *Charte* ne s'applique pas, car les fouilles, les perquisitions et les saisies ont eu lieu en l'espèce sous l'autorité de la police étrangère. Soumettre aux exigences de la *Charte* les actes des agents de la GRC accomplis aux îles Turks et Caicos créerait un effet extraterritorial inacceptable. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que l'enquête avait été menée sous l'autorité du service de police de l'archipel. L'appelant n'a pas démontré que cette conclusion était entachée d'une erreur manifeste et dominante. Il demande alors à notre Cour d'apprécier à nouveau la preuve et de substituer son opinion à celle du juge du procès.

In the Crown's view, the fact that Canadian police officers participated in an international investigation does not, on its own, mean that the *Charter* is engaged. The *Charter* does not apply to conduct outside Canada unless the impugned action falls within the exception established in *Cook*, namely, where no conflict arises from the concurrent exercise of jurisdiction by Canada on the basis of nationality and by a foreign state on the basis of territoriality. The authority for all the RCMP's actions in Turks and Caicos was derived from Turks and Caicos law. It is clear from the evidence that the RCMP exercised no control over the Turks and Caicos police. Further, the appellant has not established that the RCMP's conduct violated Turks and Caicos law.

The Crown adds that it would be untenable to require that searches carried out in Turks and Caicos in accordance with the laws of that jurisdiction be consistent with the *Charter* or to subsequently scrutinize such searches for consistency with the *Charter*. In *Cook*, the *Charter* was applied on facts very different from those in the case at bar. In that case, it would have been easy for the Canadian police officers, in interviewing the accused, to comply with *Charter* standards in a way that did not interfere with the host state's procedures. Here, to apply the *Charter* to the investigation in Turks and Caicos would of necessity compel compliance by the foreign authorities, thus impinging on their sovereign authority.

According to the Crown, to hold that s. 8 of the *Charter* does not apply to foreign searches is not to suggest that there are no controls over the actions of Canadian law enforcement officers involved in investigations in other countries. Where the admission of evidence would lead to an unfair trial, a court has the discretion to exclude evidence under s. 7 of the *Charter*.

(3) The Intervener

The Attorney General of Ontario intervened in this appeal. His submissions focused on the complexities and difficulties of applying s. 8 of the

La participation de policiers canadiens à une enquête internationale n'emporte pas en soi l'application de la *Charte*. Les actes accomplis à l'étranger n'y sont pas assujettis, sauf s'ils justifient l'application de l'exception établie dans l'arrêt *Cook*, c'est-à-dire lorsque aucun conflit ne résulte de l'exercice de la compétence du Canada fondée sur la nationalité concurremment avec celle de l'État étranger fondée sur la territorialité. Le pouvoir sous-tendant tous les actes de la GRC aux îles Turks et Caicos découlait du droit de cet État. Il ressort de la preuve que la GRC n'a exercé aucun ascendant sur la police locale. De plus, l'appelant n'a jamais établi que la GRC avait contrevenu au droit des îles Turks et Caicos.

On ne saurait assujettir à la *Charte* ni soumettre ultérieurement à un contrôle constitutionnel une fouille ou une perquisition effectuée aux îles Turks et Caicos conformément aux lois de ce pays. Dans l'arrêt *Cook*, la *Charte* a été appliquée à des faits très différents de ceux de la présente affaire. En effet, les policiers canadiens auraient pu interroger l'accusé et satisfaire aisément aux exigences de la *Charte* dans le respect de la procédure étrangère. En l'espèce, l'application de la *Charte* aux mesures d'enquête prises aux îles Turks et Caicos aurait nécessairement soumis les autorités étrangères aux exigences canadiennes, portant ainsi atteinte à l'autorité souveraine de l'archipel.

Même si l'art. 8 de la *Charte* ne s'applique pas aux fouilles et aux perquisitions à l'étranger, les activités d'enquête et d'application du droit canadien menées à l'étranger n'échappent pas à tout contrôle. Lorsque, s'il était admis, un élément de preuve serait de nature à rendre le procès inéquitable, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de l'écarter sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*.

(3) L'intervenant

Le procureur général de l'Ontario intervient dans le présent pourvoi. Il fait surtout valoir qu'il est compliqué et difficile d'appliquer l'art. 8 de la

28

29

30

31

Charter to searches and seizures outside Canada. The intervener emphasized the need to consider the nature and scope of s. 8 rights in the host jurisdiction. He also drew the Court's attention to the need for international co-operation in criminal investigations as a practical matter, and to the importance of not hampering such investigations unduly by imposing Canadian standards on foreign jurisdictions.

C. *Scope of the Charter*

32

This case centres around the proper scope of application of the *Charter*, and in particular its territorial reach and limits. The analysis must begin with the wording of s. 32(1) of the *Charter*, which reads as follows:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Pursuant to s. 32(1), the *Charter* serves to limit the legislative and executive powers of Canada and each of the provinces. The problem involved in establishing the *Charter's* scope has two aspects. First, s. 32(1) determines who is bound by the *Charter*: Parliament and the federal government, and the provincial legislatures and governments, bear the burden of complying with the requirements of the *Charter*. Second, s. 32(1) specifies what powers, functions or activities of those bodies and their agents are subject to the *Charter*: constitutional limitations are imposed "in respect of all matters within the authority of" Parliament or the provincial legislatures. Any action by the relevant body or its agents in relation to any matter within its legislative authority must be consistent with the *Charter*.

33

Section 32 does not expressly impose any territorial limits on the application of the *Charter*. By virtue of state sovereignty, it was open to the

Charte aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger. Il insiste sur la nécessité d'examiner la nature et la portée des droits garantis à l'art. 8 dans le ressort d'accueil. Il attire également l'attention de notre Cour sur la nécessité pratique d'une collaboration internationale en matière d'enquêtes criminelles et sur l'importance de ne pas entraver indûment ces enquêtes en soumettant les ressorts étrangers aux exigences canadiennes.

C. *La portée de la Charte*

L'issue du présent pourvoi tient à la portée véritable de la *Charte*, en particulier sur le plan territorial. L'analyse doit avoir comme point de départ le texte du par. 32(1) de la *Charte* :

32. (1) La présente charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Suivant ce libellé, la *Charte* limite le pouvoir tant législatif qu'exécutif du Canada et de chacune des provinces. Déterminer la portée de la *Charte* soulève deux difficultés. Premièrement, le par. 32(1) précise quels acteurs sont liés par la *Charte*. Le Parlement et le gouvernement fédéral ainsi que les législatures et les gouvernements provinciaux doivent se conformer à ses exigences. Deuxièmement, le par. 32(1) précise les pouvoirs, les fonctions ou les activités de ces organes et de leurs mandataires auxquels s'applique la *Charte*. Les limitations imposées par la Constitution visent « tous les domaines relevant » du Parlement ou des législatures provinciales. Toute mesure de l'organe en cause ou d'un mandataire prise dans un domaine qui relève de son pouvoir législatif doit respecter la *Charte*.

L'article 32 ne limite pas expressément l'application territoriale de la *Charte*. La souveraineté de l'État aurait permis aux rédacteurs de préciser la

framers to establish the jurisdictional scope of the *Charter*. Had they done so, the courts of this country would have had to give effect to a clear expression of that scope. However, the framers chose to make no such statement. Consequently, as with the substantive provisions of the *Charter*, it falls upon the courts to interpret the jurisdictional reach and limits of the *Charter*. Where the question of application involves issues of extraterritoriality, and thereby necessarily implicates interstate relations, the tools that assist in the interpretation exercise include Canada's obligations under international law and the principle of the comity of nations. As I will explain, the issue of applying the *Charter* to activities that take place abroad implicates the extraterritorial enforcement of Canadian law. The principles of state jurisdiction are carefully spelled out under international law and must guide the inquiry in this appeal.

D. *Relationship Between Domestic Law and International Law*

In order to understand how international law assists in the interpretation of s. 32(1), it is necessary to consider the relationship between Canadian domestic law and international law, as well as the principles of international law pertaining to territorial sovereignty, non-intervention and extraterritorial assertions of jurisdiction.

(1) Relationship Between Customary International Law and the Common Law

As I will explain, certain fundamental rules of customary international law govern what actions a state may legitimately take outside its territory. Those rules are important interpretive aids for determining the jurisdictional scope of s. 32(1) of the *Charter*. The use of customary international law to assist in the interpretation of the *Charter* requires an examination of the Canadian approach to the domestic reception of international law.

The English tradition follows an adoptionist approach to the reception of customary international

portée de l'application de la *Charte*. S'ils l'avaient fait, les tribunaux du pays auraient été tenus de donner effet à cette volonté claire de définir la sphère d'application de la *Charte*. Or, ils n'ont pas exprimé cette volonté. Par conséquent, les tribunaux doivent non seulement interpréter les dispositions substantielles de la *Charte*, mais déterminer aussi la portée de son application. Lorsque la question de l'application soulève celle de l'extraterritorialité, ce qui suppose nécessairement un rapport entre États, les obligations du Canada suivant le droit international et le principe de la courtoisie entre les nations figurent au nombre des instruments qui assistent les tribunaux dans la solution de ce type de problème. Comme je l'explique ci-après, l'assujettissement à la *Charte* de mesures prises à l'étranger suppose l'application extraterritoriale du droit canadien. Le droit international énonce en détail les principes de la compétence de l'État, et c'est à partir de ces principes qu'il convient de statuer sur le présent pourvoi.

D. *La relation entre le droit interne et le droit international*

Pour comprendre la manière dont le droit international contribue à l'interprétation du par. 32(1), il faut considérer sa relation avec le droit interne canadien, de même que ses principes relatifs à la souveraineté territoriale, à la non-intervention et aux revendications d'une compétence extraterritoriale.

(1) La relation entre le droit international coutumier et la common law

Comme je l'explique plus loin, certaines règles de fond du droit international coutumier déterminent les actes qu'un État peut accomplir légitimement à l'étranger. Elles sont d'une grande utilité pour circonscrire l'application territoriale du par. 32(1) de la *Charte*. Le recours au droit international coutumier pour interpréter une telle disposition commande l'examen de la méthode que privilégie le Canada pour la réception du droit international en droit interne.

La tradition juridique britannique recourt à la méthode de l'adoption pour la réception du droit

34

35

36

law. Prohibitive rules of international custom may be incorporated directly into domestic law through the common law, without the need for legislative action. According to the doctrine of adoption, the courts may adopt rules of customary international law as common law rules in order to base their decisions upon them, provided there is no valid legislation that clearly conflicts with the customary rule: I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th ed. 2003), at p. 41. Although it has long been recognized in English common law, the doctrine received its strongest endorsement in the landmark case of *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.). Lord Denning considered both the doctrine of adoption and the doctrine of transformation, according to which international law rules must be implemented by Parliament before they can be applied by domestic courts. In his opinion, the doctrine of adoption represents the correct approach in English law. Rules of international law are incorporated automatically, as they evolve, unless they conflict with legislation. He wrote, at p. 554:

It is certain that international law does change. I would use of international law the words which Galileo used of the earth: “But it does move.” International law does change: and the courts have applied the changes without the aid of any Act of Parliament. . . .

. . . Seeing that the rules of international law have changed — and do change — and that the courts have given effect to the changes without any Act of Parliament, it follows to my mind inexorably that the rules of international law, as existing from time to time, do form part of our English law. It follows, too, that a decision of this court — as to what was the ruling of international law 50 or 60 years ago — is not binding on this court today. International law knows no rule of stare decisis. If this court today is satisfied that the rule of international law on a subject has changed from what it was 50 or 60 years ago, it can give effect to that change — and apply the change in our English law — without waiting for the House of Lords to do it.

international coutumier. Les règles prohibitives du droit international coutumier peuvent être incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n’ait à intervenir. Ce principe veut que les tribunaux puissent adopter les règles du droit international coutumier et les intégrer aux règles de common law sur lesquelles ils fondent leurs décisions, à condition qu’aucune disposition législative valide n’entre clairement en conflit avec elles : I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6^e éd. 2003), p. 41. Reconnu depuis longtemps en common law anglaise, c’est dans l’arrêt de principe *Trendtex Trading Corp. c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 Q.B. 529 (C.A.), que le principe a été confirmé le plus fermement. Lord Denning y a examiné la doctrine de l’adoption et celle de la transformation, suivant laquelle le Parlement doit mettre en œuvre une règle de droit international pour qu’un tribunal interne puisse l’appliquer. À son avis, la doctrine de l’adoption est celle qu’il convient d’appliquer en droit anglais. Les règles du droit international et leurs modifications sont automatiquement incorporées, à moins qu’elles n’entrent en conflit avec une loi. Je cite un extrait de ses motifs (p. 554) :

[TRADUCTION] Il est certain que le droit international évolue. Tout comme la terre, selon l’expression employée par Galilée : « Et pourtant elle bouge ». Le droit international évolue et les tribunaux ont tenu compte de cette évolution sans que le Parlement n’ait à intervenir. . . .

. . . Constatant que les règles du droit international ont changé — et continuent d’évoluer — et que les tribunaux ont donné effet à ces changements sans qu’une seule loi du Parlement n’ait dû être adoptée, il s’ensuit inexorablement, selon moi, que les règles du droit international applicables à un moment donné font partie de notre droit anglais. Il s’ensuit aussi qu’une décision de notre cour sur la règle de droit international applicable il y a 50 ou 60 ans ne lie plus notre cour aujourd’hui. Il n’y a pas de stare decisis en droit international. Si elle est aujourd’hui convaincue qu’une règle de droit international n’est plus la même qu’il y a 50 ou 60 ans, la cour peut prendre acte de la nouvelle règle — et l’incorporer au droit anglais — sans attendre que la Chambre des lords ne le fasse.

In Canada, this Court has implicitly or explicitly applied the doctrine of adoption in several

Au Canada, notre Cour a appliqué implicitement ou explicitement cette doctrine dans plusieurs

cases. In *The Ship “North” v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385, at p. 394, Davies J. wrote: “[T]he Admiralty Court when exercising its jurisdiction is bound to take notice of the law of nations The right of hot pursuit . . . being part of the law of nations was properly judicially taken notice of and acted upon by the learned judge in this prosecution.” In *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] S.C.R. 483, at p. 502, Kerwin J. stated that the exemptions from territorial jurisdiction based on sovereign immunity “are grounded on reason and are recognized by civilized countries as being rules of international law which will be followed in the absence of any domestic law to the contrary”. See also *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners’ Residences*, [1943] S.C.R. 208 (“*Re Foreign Legations*”). In *Saint John (Municipality of) v. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] S.C.R. 263, Rand J. accepted the doctrine of adoption, applying international law principles to exempt foreign sovereigns and their property from municipal taxation in Canada. He wrote, at pp. 268-69:

If in 1767 Lord Mansfield, as in *Heathfield v. Chilton* [(1767), 4 Burr. 2015, 98 E.R. 50], could say, “The law of nations will be carried as far in England, as any where”, in this country, in the 20th century, in the presence of the United Nations and the multiplicity of impacts with which technical developments have entwined the entire globe, we cannot say any thing less.

The Court of Appeal for Ontario recently cited the doctrine of adoption in *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, stating at para. 65 that “customary rules of international law are directly incorporated into Canadian domestic law unless explicitly ousted by contrary legislation” (leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. vi). See also *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.), at para. 32 (leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xiii).

arrêts, dont *The Ship « North » c. The King* (1906), 37 R.C.S. 385, p. 394, où le juge Davies a écrit : [TRADUCTION] « [L]orsqu’elle exerce sa compétence, la Cour de l’Amirauté se doit de prendre connaissance d’office du droit des nations [. . .] En l’espèce, le juge a à juste titre pris connaissance et tenu compte du droit de prise en chasse [. . .] qui fait partie du droit des nations. » Dans *Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483, p. 502, le juge Kerwin a affirmé que les exceptions à la compétence territoriale fondées sur l’immunité de juridiction [TRADUCTION] « s’appuient sur la raison et sont considérées par les pays civilisés comme des règles de droit international applicables en l’absence d’une disposition contraire du droit interne ». Voir également *Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners’ Residences*, [1943] R.C.S. 208 (« *Affaire des légations étrangères* »). Dans l’arrêt *Saint John (Municipality of) c. Fraser-Brace Overseas Corp.*, [1958] R.C.S. 263, le juge Rand a reconnu la doctrine de l’adoption, appliquant les principes du droit international pour soustraire un État souverain étranger et ses biens au paiement des taxes municipales au Canada (p. 268-269) :

[TRADUCTION] Si, en 1767, dans *Heathfield c. Chilton* [(1767), 4 Burr. 2015, 98 E.R. 50], lord Mansfield pouvait affirmer que « le droit des nations s’appliquera autant en Angleterre que partout ailleurs », vu l’existence des Nations Unies et l’incidence multiple des progrès techniques à l’échelle planétaire, force nous est d’en convenir à tout le moins au Canada en ce XX^e siècle.

Récemment, dans l’arrêt *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, la Cour d’appel de l’Ontario a mentionné la doctrine de l’adoption et affirmé au par. 65 des ses motifs que [TRADUCTION] « les règles du droit international coutumier sont directement incorporées au droit interne canadien, sauf disposition législative expressément contraire » (autorisation d’appel refusée, [2005] 1 R.C.S. vi). Voir aussi l’arrêt *Mack c. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.), par. 32 (autorisation d’appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xiii).

38

In other decisions, however, the Court has not applied or discussed the doctrine of adoption of customary international law when it had the opportunity to do so: see, for example, *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.

Dans d'autres affaires qui s'y prêtaient, notre Cour n'a cependant ni appliqué ni examiné la doctrine de l'adoption du droit international coutumier : voir p. ex. les arrêts *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1.

39

Despite the Court's silence in some recent cases, the doctrine of adoption has never been rejected in Canada. Indeed, there is a long line of cases in which the Court has either formally accepted it or at least applied it. In my view, following the common law tradition, it appears that the doctrine of adoption operates in Canada such that prohibitive rules of customary international law should be incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. The automatic incorporation of such rules is justified on the basis that international custom, as the law of nations, is also the law of Canada unless, in a valid exercise of its sovereignty, Canada declares that its law is to the contrary. Parliamentary sovereignty dictates that a legislature may violate international law, but that it must do so expressly. Absent an express derogation, the courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law.

Malgré ce silence de notre Cour dans certaines affaires récentes, la doctrine de l'adoption n'a jamais été rejetée au Canada. En fait, un fort courant jurisprudentiel la reconnaît formellement ou, du moins, l'applique. À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l'adoption s'applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law.

(2) Principle of Respect for Sovereignty of Foreign States as a Part of Customary International Law and of Canadian Common Law

(2) Le respect de la souveraineté des États étrangers : un principe du droit international coutumier et de la common law canadienne

40

One of the key customary principles of international law, and one that is central to the legitimacy of claims to extraterritorial jurisdiction, is respect for the sovereignty of foreign states. That respect is dictated by the maxim, lying at the heart of the international legal structure, that all states are sovereign and equal. Article 2(1) of the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, recognizes as

Le respect de la souveraineté des autres États représente l'un des principes fondateurs du droit international coutumier et il s'avère déterminant quant à la légitimité d'une revendication d'une compétence extraterritoriale. Il découle de la maxime qui fonde l'ordre juridique international : tous les États sont souverains et égaux. Le paragraphe 2(1) de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945

one of that organization's principles the "sovereign equality of all its Members". The importance and centrality of the principle of sovereign equality was reaffirmed by the General Assembly in the 1970 *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970, which expanded the scope of application of the principle to include non-U.N. member states. A renowned international law jurist, Antonio Cassese, writes that of the various principles recognized in the U.N. Charter and the 1970 Declaration

this is unquestionably the only one on which there is unqualified agreement and which has the support of all groups of States, regardless of ideologies, political leanings, and circumstances. It is safe to conclude that sovereign equality constitutes the linchpin of the whole body of international legal standards, the fundamental premise on which all international relations rest.

See A. Cassese, *International Law* (2nd ed. 2005), at p. 48.

The principle of sovereign equality comprises two distinct but complementary concepts: sovereignty and equality. "Sovereignty" refers to the various powers, rights and duties that accompany statehood under international law. Jurisdiction — the power to exercise authority over persons, conduct and events — is one aspect of state sovereignty. Although the two are not coterminous, jurisdiction may be seen as the quintessential feature of sovereignty. Other powers and rights that fall under the umbrella of sovereignty include the power to use and dispose of the state's territory, the right to state immunity from the jurisdiction of foreign courts and the right to diplomatic immunity. In his individual opinion in *Customs Régime between Germany and Austria* (1931), P.C.I.J. Ser. A/B, No. 41, at p. 57, Judge Anzilotti defined sovereignty as follows: "Independence . . . is really no more than the normal condition of States according to international law; it may also be described as *sovereignty* (*suprema potestas*), or *external sovereignty*, by which is meant

n° 7, reconnaît comme l'un des principes de l'organisation « l'égalité souveraine de tous ses Membres ». En 1970, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance et le caractère fondamental du principe de l'égalité souveraine dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970, qui a étendu l'application du principe aux États non membres de l'ONU. Un éminent expert en droit international, Antonio Cassese, écrit que parmi les divers principes reconnus dans la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration* de 1970,

[TRADUCTION] il s'agit incontestablement du seul principe qui suscite l'adhésion sans réserve et obtient l'appui de tous les groupements d'États, indépendamment des orientations idéologiques, des allégeances politiques et des circonstances. On peut conclure sans se tromper que l'égalité souveraine constitue la pierre angulaire de l'ensemble des normes juridiques internationales, le postulat fondamental sur lequel reposent toutes les relations internationales.

Voir A. Cassese, *International Law* (2^e éd. 2005), p. 48.

Le principe de l'égalité souveraine englobe deux notions distinctes mais complémentaires : la souveraineté et l'égalité. La « souveraineté » s'entend des différents pouvoirs, droits et obligations que confère la qualité d'État en droit international. La compétence — le pouvoir d'exercer son autorité à l'égard de personnes, d'actes et d'événements — est un attribut de la souveraineté. Les deux notions sont distinctes, mais la compétence peut être considérée comme la caractéristique quintessentielle de la souveraineté. En outre, la souveraineté confère à l'État le pouvoir d'utiliser et d'aliéner son territoire, le droit à l'immunité devant les tribunaux étrangers et le droit à l'immunité diplomatique. Dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (1931), C.P.J.I. sér. A/B, n° 41, p. 57, le juge Anzilotti a donné la définition suivante de cette notion dans son avis individuel : « L'indépendance [. . .] n'est, au fond, que la condition normale des États d'après le droit international : elle peut être aussi bien qualifiée comme *souveraineté* (*suprema*

that the State has over it no other authority than that of international law” (emphasis in original).

potestas) ou *souveraineté extérieure*, si l’on entend par cela que l’État n’a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n’est celle du droit international » (en italique dans l’original).

42 Sovereignty also has an internal dimension, which can be defined as “the power of each state freely and autonomously to determine its tasks, to organize itself and to exercise within its territory a ‘monopoly of legitimate physical coercion’”: L. Wildhaber, “Sovereignty and International Law”, in R. St.J. Macdonald and D. M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (1983), 425, at p. 436.

La souveraineté comporte aussi une dimension interne que l’on peut définir comme [TRADUCTION] « le pouvoir de tout État de déterminer sa mission, de s’organiser et d’exercer sur son territoire le “monopole de la contrainte physique légitime” en toute liberté et autonomie » : L. Wildhaber, « Sovereignty and International Law », dans R. St.J. Macdonald et D. M. Johnston, dir., *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (1983), 425, p. 436.

43 While sovereignty is not absolute, the only limits on state sovereignty are those to which the state consents or that flow from customary or conventional international law. Some such limits have arisen from recent developments in international humanitarian law, international human rights law and international criminal law relating, in particular, to crimes against humanity (R. Jennings and A. Watts, eds., *Oppenheim’s International Law* (9th ed. 1996), vol. 1, at p. 125; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (2001), at pp. 6 and 56; H. M. Kindred and P. M. Saunders, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (7th ed. 2006), at p. 836; Cassese, at p. 59). Nevertheless, despite the rise of competing values in international law, the sovereignty principle remains one of the organizing principles of the relationships between independent states.

La souveraineté n’est certes pas absolue, mais ses seules limites découlent de la volonté de l’État ou du droit international coutumier ou conventionnel, trouvant parfois leur origine dans l’évolution récente du droit humanitaire, des droits de la personne et du droit pénal à l’échelon international, particulièrement en matière de crimes contre l’humanité (R. Jennings et A. Watts, dir., *Oppenheim’s International Law* (9^e éd. 1996), vol. 1, p. 125; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (2001), p. 6 et 56; H. M. Kindred et P. M. Saunders, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (7^e éd. 2006), p. 836; Cassese, p. 59). Néanmoins, malgré l’apparition et la montée de valeurs conflictuelles en droit international, la souveraineté demeure l’un des principes fondateurs des relations entre les États indépendants.

44 Equality is a legal doctrine according to which all states are, in principle, equal members of the international community: Cassese, at p. 52. It is both a necessary consequence and a counterpart of the principle of sovereignty. If all states were not regarded as equal, economically and politically weaker states might be impeded from exercising their rights of sovereignty. One commentator suggests the following rationales for the affirmation of the equality of states in their mutual relations: “to forestall factual inequities from leading to injustice, to ensure that one state should not be disadvantaged

L’égalité est une notion de droit suivant laquelle tous les États sont en principe membres à parts égales de la communauté internationale : Cassese, p. 52. Elle représente à la fois la conséquence nécessaire et le pendant de la souveraineté. Si tous les États n’étaient pas considérés comme égaux, les plus faibles sur les plans économique et politique pourraient être empêchés d’exercer leur souveraineté. Selon un auteur, l’égalité reconnue aux États dans leurs relations mutuelles vise à [TRADUCTION] « faire en sorte que des iniquités de fait ne mènent pas à l’injustice, qu’un État ne

in relation to another state, and to preclude the possibility of powerful states dictating their will to weaker nations” (V. Pechota, “Equality: Political Justice in an Unequal World”, in Macdonald and Johnston, 453, at p. 454). Although all states are not in fact equal in all respects, equality is, as a matter of principle, an axiom of the modern international legal system.

In order to preserve sovereignty and equality, the rights and powers of all states carry correlative duties, at the apex of which sits the principle of non-intervention. Each state’s exercise of sovereignty within its territory is dependent on the right to be free from intrusion by other states in its affairs and the duty of every other state to refrain from interference. This principle of non-intervention is inseparable from the concept of sovereign equality and from the right of each state to operate in its territory with no restrictions other than those existing under international law. (For a discussion of these principles, see the comments of Arbitrator Huber in the *Island of Palmas Case (Netherlands v. United States)* (1928), 2 R.I.A.A. 829, at pp. 838-39.)

Sovereign equality remains a cornerstone of the international legal system. Its foundational principles — including non-intervention and respect for the territorial sovereignty of foreign states — cannot be regarded as anything less than firmly established rules of customary international law, as the International Court of Justice held when it recognized non-intervention as a customary principle in the *Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, [1986] I.C.J. Rep. 14, at p. 106. As the International Court of Justice noted on that occasion, the status of these principles as international customs is supported by both state practice and *opinio juris*, the two necessary elements of customary international law. Every principle of customary international law is binding on all states unless superseded by another custom or by a rule set out in an international treaty. As a result, the principles of non-intervention and territorial sovereignty may be adopted into the common law of Canada in the absence of conflicting legislation.

soit pas désavantagé par rapport à un autre et qu’un État puissant ne puisse dicter sa volonté à un plus faible » (V. Pechota, « Equality : Political Justice in an Unequal World », dans Macdonald et Johnston, 453, p. 454). Même si, dans les faits, les États ne sont pas égaux sous tous les rapports, en principe, l’égalité constitue un axiome du système juridique international moderne.

Pour préserver la souveraineté et l’égalité, les droits et les pouvoirs des États se doublent d’obligations corrélatives au sommet desquelles figure la non-intervention. L’exercice de la souveraineté tient au droit d’un État d’échapper à toute ingérence étrangère et à l’obligation des autres États de s’abstenir de s’ingérer dans ses affaires. Le principe de la non-intervention est indissociable de la notion d’égalité souveraine et du droit de tout État d’agir à son gré sur son territoire, sous réserve des restrictions imposées par le droit international. (Pour une analyse de ces principes, se reporter aux observations de l’arbitre Huber dans l’*Affaire de l’île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)* (1928), 2 R.I.A.A. 829, p. 838-839.)

L’égalité souveraine demeure un fondement de l’ordre juridique international. Ses principes fondamentaux — dont la non-intervention et le respect de la souveraineté territoriale des autres États — doivent être assimilés à tout le moins à des règles de droit international coutumier fermement établies, comme en a décidé la Cour internationale de Justice dans l’*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 14, p. 106, en reconnaissant la non-intervention comme un principe de droit coutumier. Comme la Cour internationale de Justice l’a alors signalé, l’assimilation de ces principes à la coutume internationale est étayée tant par la pratique des États que par l’*opinio juris*, soit les deux éléments essentiels du droit international coutumier. Les principes du droit international coutumier lient tous les États, sauf s’ils sont écartés par une autre coutume ou un traité international. Ainsi, sauf disposition incompatible, les principes de la non-intervention et de la souveraineté territoriale peuvent être incorporés à

45

46

These principles must also be drawn upon in determining the scope of extraterritorial application of the *Charter*.

(3) Comity as an Interpretive Principle

47

Related to the principle of sovereign equality is the concept of comity of nations. Comity refers to informal acts performed and rules observed by states in their mutual relations out of politeness, convenience and goodwill, rather than strict legal obligation: *Oppenheim's International Law*, at pp. 50-51. When cited by the courts, comity is more a principle of interpretation than a rule of law, because it does not arise from formal obligations. Speaking in the private international law context in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1095, La Forest J. defined comity as “the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory”. In *Re Foreign Legations*, both Duff C.J. and Hudson J. referred in their reasons to *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197 (C.A.), in which Brett L.J. commented, at pp. 214-15, that the principle of international comity “induces every sovereign state to respect the independence and dignity of every other sovereign state”.

48

Where our laws — statutory and constitutional — could have an impact on the sovereignty of other states, the principle of comity will bear on their interpretation. One example is in the area of extradition. As this Court noted in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844: “Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions.” In *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, another extradition case, Cory and Iacobucci JJ., writing for the majority, stated, at para. 123:

There is no doubt that the *Charter* applies to extradition proceedings. Yet s. 32 of the *Charter* provides that

la common law du Canada. Ces principes doivent également être pris en compte pour déterminer la portée extraterritoriale de la *Charte*.

(3) La courtoisie comme principe d'interprétation

La courtoisie est liée au principe de l'égalité souveraine et s'entend des mesures informelles que prennent les États et des règles qu'ils observent dans leurs rapports mutuels par politesse, convenance et bonne volonté, et non par stricte obligation légale : *Oppenheim's International Law*, p. 50-51. Les cours de justice l'invoquent généralement davantage à titre de principe d'interprétation qu'en tant que règle de droit, car elle ne découle pas d'obligations formelles. Dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, dans le contexte du droit international privé, le juge La Forest a défini la courtoisie comme « la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire » (p. 1095). Dans l'*Affaire des légations étrangères*, le juge en chef Duff et le juge Hudson ont renvoyé dans leurs motifs à l'arrêt *The Parlement Belge* (1880), 5 P.D. 197 (C.A.), p. 214-215, où le lord juge Brett avait fait observer que le principe de la courtoisie internationale [TRADUCTION] « incite tout État souverain à respecter l'indépendance et la dignité de tout autre État souverain ».

Lorsqu'un texte législatif ou constitutionnel est susceptible d'avoir une incidence sur la souveraineté d'un autre État, le principe de la courtoisie influencera son interprétation. Prenons l'exemple de l'extradition. Comme l'a fait remarquer notre Cour dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, « [c]ontrairement à la procédure criminelle, la procédure en matière d'extradition est fondée sur des concepts de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d'autres ressorts » (p. 844). Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, portant également sur l'extradition, les juges Cory et Iacobucci ont conclu au nom des juges majoritaires (par. 123) :

Il est certain que la *Charte* s'applique aux procédures d'extradition. Néanmoins, l'art. 32 de la *Charte*

it is applicable only to Canadian state actors. Pursuant to principles of international comity as well, the *Charter* generally cannot apply extraterritorially

In stating that the *Charter* cannot apply extraterritorially, Cory and Iacobucci JJ. were speaking specifically of applying it to foreign authorities.

In other contexts as well, this Court has noted the importance of comity as a tool in the interpretation of Canadian law in situations where it affects other sovereign states. In *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, Dickson J. (as he then was), writing for the Court, stated, at pp. 400-401:

As that great jurist, U.S. Chief Justice Marshall, observed in *The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others* [(1812), 7 Cranch's Reports 116], at pp. 136-37, the jurisdiction of a nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute, susceptible of no limitation not imposed by itself, but common interest impels sovereigns to mutual intercourse and an interchange of good offices with each other.

It is upon this comity of nations that international legal assistance rests.

Further, McLachlin J. (as she then was) noted in *Terry*, at para. 16, that this Court “has repeatedly affirmed the territorial limitations imposed on Canadian law by the principles of state sovereignty and international comity”. See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 183.

The nature and limitations of comity need to be clearly understood. International law is a positive legal order, whereas comity, which is of the nature of a principle of interpretation, is based on a desire for states to act courteously towards one another. Nonetheless, many rules of international law promote mutual respect and, conversely, courtesy among states requires that certain legal rules

précise qu'elle ne s'applique qu'aux représentants de l'État canadien. Du reste, en vertu des principes de la courtoisie internationale, la *Charte* ne saurait en règle générale recevoir d'application extraterritoriale

En affirmant que la *Charte* ne peut avoir de portée extraterritoriale, les juges Cory et Iacobucci avaient précisément en tête son application aux autorités étrangères.

Dans d'autres contextes, notre Cour a également souligné l'importance de la courtoisie dans l'interprétation d'une règle de droit canadienne qui touche un autre État souverain. Dans l'arrêt *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a dit au nom de notre Cour (p. 400-401) :

Comme l'a fait remarquer ce grand juriste qu'était le juge en chef Marshall des États-Unis, dans *The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others* [(1812), 7 Cranch's Reports 116], aux pp. 136 et 137, le pouvoir d'une nation dans les limites de son propre territoire est forcément exclusif et absolu, et n'est susceptible d'aucune restriction qu'elle ne s'impose pas elle-même, mais l'intérêt commun incite les souverains aux relations mutuelles et à l'échange de bons offices entre eux.

C'est sur cette courtoisie entre nations que repose l'assistance juridique internationale.

Aussi, dans l'arrêt *Terry*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a fait observer que notre Cour « a confirmé à maintes reprises les limites territoriales imposées aux lois canadiennes par les principes de la souveraineté des États et de la courtoisie internationale » (par. 16). Voir également les arrêts *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, et *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, p. 183.

Il importe de bien comprendre la nature et les limites de la courtoisie. Le droit international est un ordre juridique positif, alors que la courtoisie — assimilable à un principe d'interprétation — se fonde sur la volonté que les États agissent avec civilité les uns envers les autres. Néanmoins, de nombreuses règles de droit international promeuvent le respect mutuel et, à l'inverse, la

be followed. In this way, “courtesy and international law lend reciprocal support to one another”: M. Akehurst, “Jurisdiction in International Law” (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int’l L.* 145, at p. 215. The principle of comity reinforces sovereign equality and contributes to the functioning of the international legal system. Acts of comity are justified on the basis that they facilitate interstate relations and global co-operation; however, comity ceases to be appropriate where it would undermine peaceable interstate relations and the international order.

courtoisie entre les États exige l’observation de certaines règles de droit. Ainsi, [TRADUCTION] « courtoisie et droit international s’appuient l’un l’autre » : M. Akehurst, « Jurisdiction in International Law » (1972-1973), 46 *Brit. Y.B. Int’l L.* 145, p. 215. Le principe de la courtoisie ajoute à l’égalité souveraine et contribue au fonctionnement du système juridique international. Les actes de courtoisie sont justifiés en ce qu’ils facilitent les rapports entre les États et la collaboration générale. Toutefois, la courtoisie n’a plus sa place lorsqu’elle est de nature à miner les relations pacifiques entre États et l’ordre mondial.

51 The principle of comity does not offer a rationale for condoning another state’s breach of international law. Indeed, the need to uphold international law may trump the principle of comity (see for example the English Court of Appeal’s decision in *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598, in respect of a British national captured by U.S. forces in Afghanistan who was transferred to Guantanamo Bay and detained for several months without access to a lawyer or a court).

Le principe de la courtoisie ne saurait justifier un État de tolérer la violation du droit international par un autre État. Les exigences du maintien du droit international priment en effet la courtoisie : voir p. ex. l’arrêt *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] E.W.J. No. 4947 (QL), [2002] EWCA Civ. 1598, portant sur un ressortissant britannique capturé par l’armée américaine en Afghanistan qui avait été détenu plusieurs mois à Guantanamo Bay sans pouvoir consulter un avocat ni s’adresser à un tribunal.

52 In an era characterized by transnational criminal activity and by the ease and speed with which people and goods now cross borders, the principle of comity encourages states to co-operate with one another in the investigation of transborder crimes even where no treaty legally compels them to do so. At the same time, states seeking assistance must approach such requests with comity and respect for sovereignty. Mutuality of legal assistance stands on these two pillars. Comity means that when one state looks to another for help in criminal matters, it must respect the way in which the other state chooses to provide the assistance within its borders. That deference ends where clear violations of international law and fundamental human rights begin. If no such violations are in issue, courts in Canada should interpret Canadian law, and approach assertions of foreign law, in a manner respectful of the spirit of international co-operation and the comity of nations.

À une époque où l’activité criminelle revêt souvent un caractère transnational et où personnes et biens franchissent aisément et rapidement les frontières, le principe de la courtoisie incite les États à collaborer les uns avec les autres pour élucider les crimes transfrontaliers même lorsque aucun traité ne les y oblige légalement. L’État qui sollicite une assistance doit cependant le faire avec courtoisie et avec égard pour la souveraineté de l’autre État. L’entraide juridique repose sur ces deux piliers. La courtoisie veut que l’État qui demande de l’aide en matière criminelle respecte les moyens employés par l’autre État sur son territoire. Ce respect cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. À défaut d’une telle atteinte, les tribunaux canadiens doivent interpréter le droit canadien et considérer le droit étranger invoqué d’une manière qui respecte l’esprit de la collaboration et de la courtoisie internationales.

(4) Conformity With International Law as an Interpretive Principle of Domestic Law

One final general principle bears on the resolution of the legal issues in this appeal. It is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law. The presumption of conformity is based on the rule of judicial policy that, as a matter of law, courts will strive to avoid constructions of domestic law pursuant to which the state would be in violation of its international obligations, unless the wording of the statute clearly compels that result. R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 422, explains that the presumption has two aspects. First, the legislature is presumed to act in compliance with Canada's obligations as a signatory of international treaties and as a member of the international community. In deciding between possible interpretations, courts will avoid a construction that would place Canada in breach of those obligations. The second aspect is that the legislature is presumed to comply with the values and principles of customary and conventional international law. Those values and principles form part of the context in which statutes are enacted, and courts will therefore prefer a construction that reflects them. The presumption is rebuttable, however. Parliamentary sovereignty requires courts to give effect to a statute that demonstrates an unequivocal legislative intent to default on an international obligation. See also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 367-68.

The presumption of conformity has been accepted and applied by this Court on numerous occasions. In *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 541, Pigeon J. stated:

[T]his is a case for the application of the rule of construction that Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. . . . [I]f a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law [Emphasis added.]

(4) Le respect du droit international comme principe d'interprétation du droit interne

Une dernière règle générale s'applique pour trancher les questions en litige dans la présente affaire. Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international. Cette présomption se fonde sur le principe judiciaire selon lequel les tribunaux sont légalement tenus d'éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat. Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 422, R. Sullivan explique que la présomption comporte deux volets. D'une part, l'organe législatif est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale. Appelé à choisir entre diverses interprétations possibles, le tribunal doit éviter celles qui emporteraient la violation de ces obligations. D'autre part, l'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel. Le tribunal privilégie donc l'interprétation qui reflète ces valeurs et ces principes, lesquels font partie du contexte d'adoption des lois. La présomption est toutefois réfutable. La souveraineté du Parlement exige que le tribunal donne effet à une loi qui exprime l'intention non équivoque du législateur de manquer à une obligation internationale. Voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 466-467.

Notre Cour a reconnu et appliqué la présomption de conformité à maintes occasions. Dans l'arrêt *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541, le juge Pigeon a écrit :

[TRADUCTION] [I]l s'agit ici d'un cas où il y a lieu d'appliquer la règle d'interprétation selon laquelle le Parlement n'est pas censé légiférer de manière à violer un traité ou de quelque manière incompatible avec la courtoisie internationale ou les règles établies du droit international [. . .] [L]orsqu'une loi ne présente pas d'ambiguïté, il faut respecter ses dispositions, même si elles sont contraires au droit international [Je souligne.]

53

54

See also *Zingre*, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62, at para. 50. The presumption applies equally to customary international law and treaty obligations.

Voir aussi les arrêts *Zingre*, p. 409-410, *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137, et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62, par. 50. La présomption s'applique également au droit international coutumier et aux obligations issues de traités.

55

This Court has also looked to international law to assist it in interpreting the *Charter*. Whenever possible, it has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada's international obligations and the relevant principles of international law, on the other. For example, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056, Dickson C.J., writing for the majority, quoted the following passage from his dissenting reasons in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 349:

The content of Canada's international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of the "full benefit of the *Charter's* protection". I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified.

Dickson C.J. then stated that Canada's international obligations should also inform the interpretation of pressing and substantial objectives under s. 1 of the *Charter*. (See also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503; *Suresh*; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.)

Notre Cour s'est également inspirée du droit international pour interpréter la *Charte*. Dans tous les cas possibles, elle a tenté d'assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d'une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d'autre part. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056, le juge en chef Dickson, auteur du jugement majoritaire, a cité les remarques suivantes tirées de ses motifs dissidents dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349 :

Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression « bénéficiant pleinement de la protection accordée par la *Charte* ». Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.

Le juge en chef Dickson a ajouté que les obligations internationales du Canada devaient aussi jouer un rôle dans la détermination de ce qu'est un objectif urgent et réel pour les besoins de l'article premier de la *Charte*. (Voir également *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503; *Suresh*; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.)

56

In interpreting the scope of application of the *Charter*, the courts should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction. In light of the foregoing principles — the direct application of international custom, territorial sovereignty and

Lorsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international. À la lumière des principes examinés — application directe de la coutume internationale, souveraineté territoriale et non-intervention comme règles coutumières; courtoisie

non-intervention as customary rules, and comity and the presumption of conformity as tools of construction — I will now turn to the point that is directly in issue in this appeal: the interpretation of s. 32 of the *Charter* and the application of the *Charter* to searches and seizures outside Canada.

E. *Constitutional Authority of Parliament to Make Laws With Extraterritorial Effects*

(1) International Law Principles of Jurisdiction

In order to resolve the question of extraterritorial application of the *Charter*, the international law principles of jurisdiction and Parliament's authority to make laws with extraterritorial effects must be examined. As has already been mentioned, jurisdiction is distinct from, but integral to, the principle of state sovereignty. The principles relating to jurisdiction arise from sovereign equality and the corollary duty of non-intervention. Broadly speaking, jurisdiction refers to a state's power to exercise authority over individuals, conduct and events, and to discharge public functions that affect them: Cassese, at p. 49.

Jurisdiction takes various forms, and the distinctions between them are germane to the issue raised in this appeal. Prescriptive jurisdiction (also called legislative or substantive jurisdiction) is the power to make rules, issue commands or grant authorizations that are binding upon persons and entities. The legislature exercises prescriptive jurisdiction in enacting legislation. Enforcement jurisdiction is the power to use coercive means to ensure that rules are followed, commands are executed or entitlements are upheld. As stated by S. Coughlan et al. in "Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization" (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, at p. 32, "*enforcement or executive jurisdiction* refers to the state's ability to act in such a manner as to give effect to its laws (including the ability of police or other government actors to investigate a matter, which might be referred to as *investigative jurisdiction*)" (emphasis in original). Adjudicative jurisdiction is the power of a state's courts to resolve

et présomption de conformité comme outils d'interprétation —, j'aborde maintenant la question que soulève précisément le présent pourvoi, celle de l'interprétation de l'art. 32 de la *Charte* et de l'application de la *Charte* aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger.

E. *Le pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter des lois de portée extraterritoriale*

(1) Principes de compétence en droit international

Pour statuer sur l'application extraterritoriale de la *Charte*, il faut examiner les principes du droit international relatifs à la compétence et le pouvoir du Parlement d'adopter des dispositions de portée extraterritoriale. Nous l'avons vu, la compétence se différencie du principe de la souveraineté des États, tout en faisant partie intégrante. Les principes en matière de compétence découlent de l'égalité souveraine et de l'obligation corollaire de non-intervention. De façon générale, la compétence renvoie au pouvoir de l'État d'exercer son autorité et ses attributions publiques à l'égard de personnes, d'actes et d'événements : Cassese, p. 49.

La compétence revêt diverses formes, et les différences entre celles-ci importent en l'espèce. La compétence normative (aussi appelée compétence législative ou fondamentale) confère le pouvoir d'établir des règles, des prescriptions ou des droits opposables à des personnes, physiques ou morales. La législature qui adopte une loi exerce sa compétence législative. La compétence d'exécution permet de recourir à des moyens coercitifs pour faire respecter règles, prescriptions ou droits. Pour reprendre les propos de S. Coughlan et autres dans « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, p. 32, [TRADUCTION] « la compétence d'exécution s'entend du pouvoir de l'État de prendre des mesures pour donner effet à ses lois (y compris le pouvoir de la police ou d'autres acteurs étatiques de faire enquête, qui pourrait être appelé *compétence d'enquête*) » (en italique dans l'original). La compétence juridictionnelle consiste dans le pouvoir des tribunaux d'un État de régler des

57

58

disputes or interpret the law through decisions that carry binding force. See Cassese, at p. 49; Brownlie, at p. 297.

différends ou d'interpréter la loi au moyen de décisions ayant force obligatoire. Voir Cassese, p. 49; Brownlie, p. 297.

59

International law — and in particular the overarching customary principle of sovereign equality — sets the limits of state jurisdiction, while domestic law determines how and to what extent a state will assert its jurisdiction within those limits. Under international law, states may assert jurisdiction in its various forms on several recognized grounds. The primary basis for jurisdiction is territoriality: *Libman*, at p. 183. It is as a result of its territorial sovereignty that a state has plenary authority to exercise prescriptive, enforcement and adjudicative jurisdiction over matters arising and people residing within its borders, and this authority is limited only by the dictates of customary and conventional international law. The principle of territoriality extends to two related bases for jurisdiction, the objective territorial principle and the subjective territorial principle. According to the objective territorial principle, a state may claim jurisdiction over a criminal act that commences or occurs outside the state if it is completed, or if a constituent element takes place, within the state, thus connecting the event to the territory of the state through a sufficiently strong link: Brownlie, at p. 299. See also *Libman*, at pp. 212-13. Subjective territoriality refers to the exercise of jurisdiction over an act that occurs or has begun within a state's territory even though it has consequences in another state.

Le droit international — et en particulier le principe coutumier primordial de l'égalité souveraine — délimite la compétence de l'État, tandis que le droit interne établit de quelle manière et dans quelle mesure l'État se prévaut de sa compétence ainsi délimitée. Un État peut exercer l'une ou l'autre de ses compétences sur plusieurs fondements reconnus en droit international. La première assise de sa compétence est la territorialité : arrêt *Libman*, p. 183. La souveraineté territoriale investit l'État du pouvoir absolu d'exercer ses compétences normative, d'exécution et juridictionnelle dans les affaires prenant naissance sur son territoire et à l'égard des personnes qui résident à l'intérieur de ses frontières, sous la seule réserve du respect du droit international coutumier et conventionnel. Le principe de la territorialité se rattache à deux assises connexes de la compétence : la territorialité objective et la territorialité subjective. Suivant le principe de la territorialité objective, un État peut revendiquer sa compétence à l'égard d'un acte criminel qui débute ou se déroule à l'étranger, mais qui prend fin ou dont un élément constitutif se produit à l'intérieur de ses frontières, rattachant ainsi suffisamment l'événement à son territoire : Brownlie, p. 299. Voir également l'arrêt *Libman*, p. 212-213. La territorialité subjective s'entend de la compétence à l'égard d'un acte qui survient ou débute dans un État, mais dont les conséquences se produisent dans un autre.

60

Territoriality is not the only legitimate basis for jurisdiction, however. In *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10, at p. 20, the Permanent Court of International Justice noted:

Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty.

La territorialité ne constitue pas la seule assise valable de la compétence. Dans l'*Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10, p. 20, la Cour permanente de justice internationale a signalé :

S'il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire; et cela d'après des systèmes qui changent d'État à État. La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale.

Where a dispute is wholly contained within the territory of one state, jurisdiction is not an issue. However, disputes and events commonly have implications for more than one state, and competing claims for jurisdiction can arise on grounds other than territoriality, which are, of course, extraterritorial in nature. Of those bases for jurisdiction, the most common is the nationality principle. States may assert jurisdiction over acts occurring within the territory of a foreign state on the basis that their nationals are involved. For example, a state may seek to try and punish one of its nationals for a crime committed in another state. The nationality principle is not necessarily problematic as a justification for asserting prescriptive or adjudicative jurisdiction in order to attach domestic consequences to events that occurred abroad, but it does give rise to difficulties in respect of the extraterritorial exercise of enforcement jurisdiction. Under international law, a state may regulate and adjudicate regarding actions committed by its nationals in other countries, provided enforcement of the rules takes place when those nationals are within the state's own borders. When a state's nationals are physically located in the territory of another state, its authority over them is strictly limited. I will discuss this below.

There are other bases of extraterritorial jurisdiction that, although less widely recognized, are nonetheless cited from time to time as justifications for a state's assertion of jurisdiction. One example is the principle of universal jurisdiction, pursuant to which jurisdiction may be asserted over acts committed, in other countries, by foreigners against other foreigners. Assertions of universal jurisdiction are not based on any link of territoriality or nationality between the crime or the perpetrator and the state: L. Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (2003), at p. 5. For that reason, universal jurisdiction is confined to the most serious crimes and includes crimes under international law. Any state that obtains custody of accused persons may try and punish those who have committed crimes under international law: Brownlie, at p. 303.

Lorsqu'un différend ne déborde pas du territoire d'un État, la compétence ne soulève aucun doute. Toutefois, un différend ou un événement a le plus souvent des répercussions dans plusieurs États. La compétence peut alors être revendiquée sur un autre fondement que la territorialité (dont la nature est forcément extraterritoriale). L'assise invoquée le plus fréquemment est la nationalité. Un État peut se déclarer compétent à l'égard d'un acte commis à l'étranger au motif que certains de ses ressortissants y ont pris part. Il peut par exemple tenter de traduire en justice et de punir l'un de ses ressortissants pour un crime commis dans un autre État. Le principe de la nationalité peut certes justifier l'exercice de la compétence normative ou juridictionnelle pour soumettre à une sanction nationale un acte perpétré à l'étranger, mais sa justification de l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution ne va pas sans soulever de difficultés. En droit international, un État peut réglementer et juger les actes de ses ressortissants à l'étranger à condition d'appliquer ses règles lorsque les ressortissants se trouvent à l'intérieur de ses frontières. Lorsque les ressortissants d'un État se trouvent à l'étranger, le pouvoir qu'il peut exercer à leur égard s'avère très restreint. J'y reviendrai.

D'autres assises de la compétence extraterritoriale — moins largement reconnues — sont invoquées à l'occasion pour justifier la compétence d'un État. L'une d'elles est le principe de la compétence universelle suivant lequel un État peut revendiquer la compétence à l'égard d'actes commis dans un autre État par des étrangers à l'encontre d'autres étrangers. La revendication de la compétence universelle ne s'appuie pas sur un lien territorial ou national entre le crime ou son auteur et l'État : L. Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (2003), p. 5. C'est pourquoi cette compétence ne vise que les actes criminels les plus graves, y compris les crimes ressortissant au droit international. Tout État qui détient une personne accusée d'un crime en droit international peut la traduire en justice et lui infliger une peine : Brownlie, p. 303.

62

The interplay between the various forms and bases of jurisdiction is central to the issue of whether an extraterritorial exercise of jurisdiction is permissible. At the outset, it must be borne in mind, first, that the exercise of jurisdiction by one state cannot infringe on the sovereignty of other states and, second, that states may have valid concurrent claims to jurisdiction. Even if a state can legally exercise extraterritorial jurisdiction, whether the exercise of such jurisdiction is proper and desirable is another question: Coughlan et al., at p. 31. Where two or more states have a legal claim to jurisdiction, comity dictates that a state ought to assume jurisdiction only if it has a real and substantial link to the event. As La Forest J. noted in *Libman*, at p. 213, what constitutes a “real and substantial link” justifying jurisdiction may be “coterminous with the requirements of international comity”.

63

In the classic example, Parliament might pass legislation making it a criminal offence for Canadian nationals to smoke in the streets of Paris, thereby exercising extraterritorial prescriptive jurisdiction on the basis of nationality. If France chooses to contest this, it may have a legitimate claim of interference with its territorial sovereignty, since Canada’s link to smoking on the Champs-Élysées is less real and substantial than that of France. France’s territorial jurisdiction collides with Canada’s concurrent claim of nationality jurisdiction. The mere presence of the prohibition in the *Criminal Code* of Canada might be relatively benign from France’s perspective. However, France’s outrage might be greater if Canadian courts tried a Canadian national in Canada for violating the prohibition while on vacation in Paris. It would be greater still if Canadian police officers marched into Paris and began arresting Canadian smokers or if Canadian judges established a court in Paris to try offenders.

64

This example demonstrates the nuances of extraterritorial jurisdiction. It is not uncommon for states to pass legislation with extraterritorial effects or, in other words, to exercise

L’interaction entre formes et assises se situe au cœur de la question de l’exercice extraterritorial de la compétence. Il faut se rappeler, premièrement, qu’un État ne saurait exercer sa compétence en portant atteinte à la souveraineté d’un autre État et, deuxièmement, que plusieurs États peuvent légitimement faire valoir leur compétence. Un État peut avoir le pouvoir légal d’exercer sa compétence au-delà de ses frontières, mais reste à savoir si cet exercice est opportun et souhaitable : Coughlan et autres, p. 31. Lorsque deux États ou plus peuvent à bon droit faire valoir leur compétence, la courtoisie commande que seul celui avec lequel l’événement a un lien réel et important exerce sa compétence. Comme l’a reconnu le juge La Forest dans l’arrêt *Libman*, ce qui constitue un « lien réel et important » fondant la compétence peut « coïncider avec les exigences de la courtoisie internationale » (p. 213).

Suivant un exemple classique, le Parlement pourrait adopter au Canada une loi déclarant que tout ressortissant canadien fumant dans une rue de Paris commet un acte criminel, exerçant ainsi sa compétence normative extraterritoriale sur le fondement de la nationalité. La France pourrait prétendre à juste titre qu’il s’agit d’une atteinte à sa souveraineté territoriale parce que le lien du Canada avec le fait de fumer dans l’avenue des Champs-Élysées est moins important et tangible que le sien. La compétence territoriale de la France se heurterait à celle, fondée sur la nationalité, que ferait valoir le Canada. La simple interdiction prévue dans le *Code criminel* du Canada pourrait être jugée relativement inoffensive par la France. Cependant, l’indignation de cette dernière pourrait s’accroître si un ressortissant du Canada était traduit devant une cour de justice canadienne pour avoir passé outre à l’interdiction lors d’un séjour à Paris. Elle grandirait encore davantage si des policiers canadiens arpentaient les rues de Paris pour y arrêter les contrevenants canadiens ou si un tribunal constitué de magistrats canadiens y jugeait ces derniers.

Cet exemple illustre les subtilités de la compétence extraterritoriale. Il n’est pas rare qu’un État adopte une loi ayant une portée extraterritoriale et qu’il exerce, en d’autres termes, sa compétence

extraterritorial prescriptive jurisdiction. This is usually done only where a real and substantial link with the state is evident. Similarly, comity is not necessarily offended where a state's courts assume jurisdiction over a dispute that occurred abroad (extraterritorial adjudicative jurisdiction), provided that the enforcement measures are carried out within the state's own territory. The most contentious claims for jurisdiction are those involving extraterritorial *enforcement* of a state's laws, even where they are being enforced only against the state's own nationals, but in another country. The fact that a state has exercised extraterritorial prescriptive jurisdiction by enacting legislation in respect of a foreign event is necessary, but not in itself sufficient, to justify the state's exercise of enforcement jurisdiction outside its borders: F. A. Mann, "The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years", in W. M. Reisman, ed., *Jurisdiction in International Law* (1999), 139, at p. 154.

The Permanent Court of International Justice stated in the *Lotus* case, at pp. 18-19, that jurisdiction "cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention". See also *Cook*, at para. 131. According to the decision in the *Lotus* case, extraterritorial jurisdiction is governed by international law rather than being at the absolute discretion of individual states. While extraterritorial jurisdiction — prescriptive, enforcement or adjudicative — exists under international law, it is subject to strict limits under international law that are based on sovereign equality, non-intervention and the territoriality principle. According to the principle of non-intervention, states must refrain from exercising extraterritorial enforcement jurisdiction over matters in respect of which another state has, by virtue of territorial sovereignty, the authority to decide freely and autonomously (see the opinion of the International Court of Justice in the *Case concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, at p. 108). Consequently, it is a well-established principle that a state cannot act to enforce its laws within the territory of another state absent either the consent of the other state or, in exceptional

normative extraterritoriale. Cela ne se produit habituellement que lorsque le lien important et réel avec l'État se révèle évident. De même, l'exercice par un État de sa compétence à l'égard d'un différend survenu à l'étranger ne portera pas nécessairement atteinte à la courtoisie (compétence juridictionnelle extraterritoriale), pour autant que les mesures d'application se prennent à l'intérieur de ses propres frontières. Les conflits les plus aigus portent la plupart du temps sur la *mise en application* extraterritoriale des lois d'un État, même lorsque seuls des ressortissants de cet État sont visés. L'exercice de la compétence normative extraterritoriale par l'adoption de dispositions visant un événement à l'étranger est nécessaire mais non suffisant pour justifier l'exercice de la compétence d'exécution à l'étranger : F. A. Mann, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », dans W. M. Reisman, dir., *Jurisdiction in International Law* (1999), 139, p. 154.

Dans l'*Affaire du « Lotus »*, la Cour permanente de justice internationale a conclu que la compétence « ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention » (p. 18-19) (voir aussi l'arrêt *Cook*, par. 131). Cette décision confirme que la compétence extraterritoriale est régie par le droit international et ne relève donc pas de la seule volonté des États individuels. S'il est vrai que le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale — normative, d'exécution ou juridictionnelle —, il lui impose des limites strictes fondées sur les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité. Le principe de non-intervention veut qu'un État s'abstienne d'invoquer sa compétence d'exécution extraterritoriale dans un domaine où, suivant le principe de la souveraineté territoriale, l'autre État peut exercer son pouvoir décisionnel en toute liberté et autonomie (voir l'avis de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, p. 108). Par conséquent, il est bien établi qu'un État peut faire appliquer ses lois à l'étranger seulement s'il obtient le consentement de l'État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l'y autorise

cases, some other basis under international law. See Brownlie, at p. 306; *Oppenheim's International Law*, at p. 463. This principle of consent is central to assertions of extraterritorial enforcement jurisdiction.

(2) Extraterritoriality in Canadian Law

66

This Court recognized the foregoing principles in *Terry*. At para. 15, McLachlin J. wrote the following on behalf of the Court:

The principle that a state's law applies only within its boundaries is not absolute: *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), P.C.I.J. Ser. A, No. 10, at p. 20. States may invoke a jurisdiction to prescribe offences committed elsewhere to deal with special problems, such as those provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pertaining to offences on aircraft (s. 7(1), (2)) and war crimes and other crimes against humanity (s. 7(3.71)). A state may likewise formally consent to permit Canada and other states to enforce their laws within its territory for limited purposes.

The *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 Geo. 5, c. 4, s. 3, conferred on Canada the authority to make laws having extraterritorial operation and Canada has enacted legislation with extraterritorial effects on several occasions. Some examples can be found in criminal legislation, including the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, which addresses crimes of universal jurisdiction. Section 6(1) of that statute provides that every person who commits genocide, a crime against humanity or a war crime outside Canada is guilty of an indictable offence. Pursuant to s. 8, such a person may be prosecuted in Canada: (a) if at the time of the offence the person was a Canadian citizen or a citizen of a state engaged in armed conflict against Canada, or the victim was a Canadian citizen or a citizen of a state allied with Canada in an armed conflict; or (b) if, after the time of the offence was committed, the person is present in Canada. These provisions exemplify valid extraterritorial prescriptive jurisdiction, and any trial for such offences would constitute a legitimate exercise of extraterritorial adjudicative jurisdiction.

par ailleurs. Voir Brownlie, p. 306; *Oppenheim's International Law*, p. 463. Le principe du consentement se révèle fondamental pour toute revendication de la compétence d'exécution extraterritoriale.

(2) L'extraterritorialité en droit canadien

Notre Cour, par la voix de la juge McLachlin, a reconnu ces principes dans l'arrêt *Terry* (par. 15) :

Le principe voulant que les lois d'un État ne s'appliquent qu'à l'intérieur de ses frontières n'est pas absolu : *Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.J.I. sér. A, n° 10, à la p. 20. Les États peuvent invoquer une compétence pour prescrire des infractions commises ailleurs, afin de s'attaquer à des problèmes particuliers, comme c'est le cas, par exemple, des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, touchant les infractions commises à bord d'un aéronef (par. 7(1) et (2)) et celles concernant les crimes de guerre et autres crimes commis contre l'humanité (par. 7(3.71)). Un État peut, de la même manière, permettre formellement au Canada et à d'autres États de faire appliquer leurs lois sur son territoire à des fins limitées.

L'article 3 du *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 Geo. 5, ch. 4, conférait au Canada le pouvoir d'adopter des lois de portée extraterritoriale. Ce pouvoir a été exercé à plusieurs occasions, notamment en matière pénale. Par exemple, le par. 6(1) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, qui porte sur les crimes de compétence universelle, prévoit que quiconque commet à l'étranger un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre est coupable d'un acte criminel. Suivant son art. 8, l'auteur de l'infraction peut être poursuivi au Canada si, a) à l'époque, il était lui-même citoyen canadien ou citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada, ou si la victime était citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé ou si, b) après la commission de l'infraction, l'auteur se trouve au Canada. Ces dispositions illustrent des cas d'exercice d'une véritable compétence normative extraterritoriale, et toute poursuite intentée sur leur fondement constituerait un exercice légitime de la compétence juridictionnelle extraterritoriale.

But, importantly, they do not authorize Canada to enforce the prohibitions in a foreign state's territory by arresting the offenders there. Section 7 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, contains a number of provisions that deem certain acts — including attacks on internationally protected persons or U.N. personnel, torture or hostage taking — to have been committed in Canada even though they took place in other countries. Although committed outside Canada, such an act will be deemed to have been committed in Canada if, *inter alia*, the person who committed it is a Canadian citizen or normally resides in Canada, it was committed on an aircraft registered in Canada or it was committed against a Canadian citizen.

On the other hand, it is recognized that there are limits to the extraterritorial application of Canadian law. Section 6(2) of the *Criminal Code* provides: "Subject to this Act or any other Act of Parliament, no person shall be convicted or discharged under section 730 of an offence committed outside Canada." As a general rule, then, Canadian criminal legislation is territorial unless specifically declared to be otherwise. Further, as noted by McLachlin J. in *Terry*, at para. 18, bilateral treaties negotiated pursuant to the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.), provide that the actions requested of the assisting state are governed by that state's own laws, not by the laws of the requesting state.

Parliament has clear constitutional authority to pass legislation governing conduct by non-Canadians outside Canada. Its ability to pass extraterritorial legislation is informed by the binding customary principles of territorial sovereign equality and non-intervention, by the comity of nations, and by the limits of international law to the extent that they are not incompatible with domestic law. By virtue of parliamentary sovereignty, it is open to Parliament to enact legislation that is inconsistent with those principles, but in so doing it would violate international law and offend the comity of nations. However, in light

Il importe cependant de préciser qu'elles n'autorisent nullement le Canada à faire respecter ces prohibitions pénales en territoire étranger et à y arrêter les contrevenants. Par ailleurs, l'art. 7 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, dispose que certains actes commis à l'étranger — dont l'attaque contre une personne jouissant de la protection internationale ou un membre du personnel de l'ONU, la torture et l'enlèvement — sont réputés avoir été commis au Canada. Même s'il est commis à l'étranger, l'acte est réputé l'avoir été au Canada, notamment lorsqu'il est perpétré à bord d'un aéronef immatriculé au Canada ou contre un citoyen canadien ou que son auteur est citoyen canadien ou réside habituellement au Canada.

Les limites de l'application extraterritoriale du droit canadien demeurent par ailleurs reconnues. Le paragraphe 6(2) du *Code criminel* prévoit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de celle-ci. » En règle générale, les dispositions pénales canadiennes ont donc une portée territoriale, sauf disposition expresse contraire. De plus, comme l'a fait remarquer la juge McLachlin dans l'arrêt *Terry*, les traités bilatéraux d'entraide juridique négociés sous le régime de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.), prévoient que les mesures sollicitées auprès de l'État qui prête assistance doivent être prises conformément aux lois de celui-ci, et non à celles de l'État requérant (par. 18).

La Constitution autorise clairement le Parlement à adopter des lois régissant la conduite de non-Canadiens à l'étranger. Les principes coutumiers contraignants de l'égalité souveraine et de la non-intervention, la courtoisie entre les nations et les règles du droit international qui sont compatibles avec le droit interne éclairent l'application de ce pouvoir. Le principe de la souveraineté du Parlement lui permet indéniablement d'adopter des lois contraires à ces principes mais s'il le fait, il contrevient au droit international et manque à la courtoisie entre les nations. Il ressort toutefois de l'analyse qui précède des principes de compétence

67

68

of the foregoing discussion of the jurisdictional principles of customary international law, the prohibition on interference with the sovereignty and domestic affairs of other states, and this Court's jurisprudence, Canadian law can be *enforced* in another country only with the consent of the host state.

en droit international coutumier, de l'interdiction de porter atteinte à la souveraineté d'un autre État et de s'immiscer dans ses affaires intérieures, ainsi que de la jurisprudence de notre Cour, que le Canada ne peut *mettre à exécution* ses règles de droit à l'étranger qu'avec le consentement de l'État d'accueil.

69

As the supreme law of Canada, the *Charter* is subject to the same jurisdictional limits as the country's other laws or rules. Simply put, Canadian law, whether statutory or constitutional, cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent. This conclusion, which is consistent with the principles of international law, is also dictated by the words of the *Charter* itself. The *Charter's* territorial limitations are provided for in s. 32, which states that the *Charter* applies only to matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures. In the absence of consent, Canada cannot exercise its enforcement jurisdiction over a matter situated outside Canadian territory. Since effect cannot be given to Canadian law in the circumstances, the matter falls outside the authority of Parliament and the provincial legislatures.

F. *External Reach of the Charter*

70

In light of the context and interpretive assistance set out in the foregoing discussion, I will now turn to the specific issue raised in this appeal — the application of the *Charter* to investigations conducted by Canadian officers outside Canada.

- (1) Review of the Supreme Court of Canada Jurisprudence: *Harrer, Terry, Cook* and *Schreiber*

71

This Court has already considered the question of extraterritorial application of the *Charter* to evidence gathering abroad in a series of cases, beginning with *Harrer*. The accused in *Harrer* was questioned by United States marshals about possible criminal involvement in her boyfriend's escape from custody in Canada. The accused was tried in Canada on the basis of statements she had made to the marshals. During the interrogation, she had

En tant que loi suprême du Canada, la *Charte* demeure sujette aux mêmes limites d'application que les autres textes législatifs ou réglementaires du pays. Qu'il soit de nature législative ou constitutionnelle, le droit canadien ne peut tout simplement pas être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause. Cette conclusion découle non seulement des principes du droit international, mais aussi du texte même de la *Charte*, dont l'art. 32 précise qu'elle ne s'applique qu'aux domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales. S'il n'obtient pas le consentement de l'autre État, le Canada ne peut exercer sa compétence d'exécution lorsque l'objet de cette dernière se trouve sur le territoire de cet autre État. Comme il ne peut alors être donné effet au droit canadien, le domaine échappe à la compétence du Parlement et des législatures provinciales.

F. *La portée extraterritoriale de la Charte*

Vu le contexte et les outils d'interprétation qu'offre l'analyse qui précède, j'aborde maintenant la question précise que soulève le présent pourvoi, soit l'application de la *Charte* aux enquêtes de policiers canadiens à l'étranger.

- (1) La jurisprudence de notre Cour : les arrêts *Harrer, Terry, Cook* et *Schreiber*

Dans une série d'arrêts, notre Cour a déjà examiné la question de l'application extraterritoriale de la *Charte* à la collecte d'éléments de preuve à l'étranger. Dans le premier arrêt — *Harrer* —, l'accusée avait été interrogée par des agents de la police fédérale des États-Unis au sujet de son implication possible dans l'évasion de son petit ami détenu au Canada. Elle avait ensuite été jugée au Canada sur la foi des déclarations qu'elle avait faites auparavant

not been given a second right-to-counsel warning, which would have been required by the *Charter* but not by U.S. law. At trial, the Crown sought to introduce statements that the accused had made to the marshals. The trial judge excluded the statement made after the second warning ought to have been given and this Court held that she erred in doing so. La Forest J. noted that pursuant to s. 32(1), the application of the *Charter* is confined to the governments of Canada, the provinces and the territories. The U.S. marshals were not acting on behalf of those bodies, and the *Charter* consequently had no direct application to the interrogation. He wrote, at para. 15:

[I]t is obvious that Canada cannot impose its procedural requirements in proceedings undertaken by other states in their own territories. And I see no reason why evidence obtained in other countries in a manner that does not conform to our procedures should be rejected if, in the particular context, its admission would not make the trial unfair. For us to insist that foreign authorities have followed our internal procedures in obtaining evidence as a condition of its admission in evidence in Canada would frustrate the necessary cooperation between the police and prosecutorial authorities among the various states of the world.

McLachlin J., in concurring reasons, agreed that pursuant to s. 32, the *Charter* does not apply to foreign authorities. Both La Forest J. and McLachlin J. mentioned that evidence obtained abroad can be excluded from a trial in Canada if its admission would jeopardize trial fairness. I will return to this point.

The next case in the series was *Terry*, which also involved interrogation by U.S. authorities of an accused who was later tried in Canada. The accused was arrested in the U.S. on an extradition warrant. Canadian police asked the U.S. authorities to advise him of his American rights. Although the U.S. police gave the “*Miranda* warning” required under American law, the accused was not advised forthwith upon his detention of

aux policiers américains. Lors de son interrogatoire, elle n’avait pas été informée une deuxième fois de son droit à l’assistance d’un avocat comme l’exigeait la *Charte* mais non le droit américain. Au procès, le ministère public avait tenté de mettre en preuve les déclarations de l’accusée recueillies par les policiers américains. La juge du procès avait écarté — à tort, selon notre Cour — celle faite après le moment où la seconde mise en garde aurait dû intervenir. Le juge La Forest a souligné que suivant le par. 32(1), seuls les gouvernements du Canada, des provinces et des territoires étaient assujettis à la *Charte*. Les policiers américains n’ayant pas agi pour ces gouvernements, la *Charte* ne s’appliquait pas directement à l’interrogatoire. Il écrit au par. 15 :

[I]l est évident que le Canada ne peut pas imposer l’application de ses exigences procédurales, aux procédures engagées par d’autres États sur leur propre territoire. De plus, je ne vois aucune raison d’écarter des éléments de preuve qui sont recueillis dans d’autres pays, d’une manière non conforme à nos procédures si, dans le contexte de l’affaire en question, leur admission ne rendrait pas le procès inéquitable. Si nous insistions pour que les autorités étrangères suivent nos procédures internes relativement à l’obtention de la preuve et faisons du respect de ces procédures une condition de l’admissibilité au Canada de la preuve ainsi recueillie, cela ferait obstacle à la coopération qui doit exister entre les services policiers et organismes chargés des poursuites des différents pays du monde.

Dans ses motifs concordants, la juge McLachlin a convenu que l’art. 32 écartait l’application de la *Charte* aux autorités étrangères. Le juge La Forest et elle ont indiqué que les éléments de preuve obtenus à l’étranger peuvent être écartés lorsque leur admission compromettrait l’équité du procès instruit au Canada. J’y reviendrai.

L’arrêt *Terry*, le deuxième de la série, porte lui aussi sur un accusé d’abord interrogé par des policiers américains puis traduit en justice au Canada. L’accusé avait été arrêté aux États-Unis en vertu d’un mandat d’extradition. La police canadienne avait demandé aux autorités américaines d’informer l’accusé des droits qui lui étaient reconnus aux États-Unis. Les policiers américains avaient eu recours à la « mise en garde *Miranda* » prévue

his right to counsel as required by the *Charter*. He made a statement to the U.S. police, and it was admitted at trial in Canada. The accused was convicted of second degree murder. McLachlin J., writing for the Court, found that the statement was admissible and upheld the conviction. She noted that despite the co-operation between Canadian and U.S. police, the latter could not be governed by the requirements of Canadian law. *Charter* standards cannot be imposed on U.S. authorities operating in their jurisdiction as that would undermine the principles of state sovereignty and international comity. In a passage that is particularly relevant to the facts of the case at bar, McLachlin J. wrote, at para. 19:

Still less can the *Charter* govern the conduct of foreign police cooperating with Canadian police on an informal basis. The personal decision of a foreign officer or agency to assist the Canadian police cannot dilute the exclusivity of the foreign state's sovereignty within its territory, where its law alone governs the process of enforcement. The gathering of evidence by these foreign officers or agency is subject to the rules of that country and none other. Consequently, any cooperative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken

McLachlin J. reaffirmed the position taken in *Harrer* that evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial if it was gathered in a way that would undermine trial fairness as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* or that violates the principles of fundamental justice.

en droit américain, mais l'accusé n'avait pas été informé, dès sa mise sous garde, de son droit à l'assistance d'un avocat comme l'exigeait la *Charte*. La déclaration obtenue par les policiers américains avait été admise en preuve lors du procès au Canada. L'accusé avait été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Au nom de notre Cour, la juge McLachlin a conclu à l'admissibilité de la déclaration et a confirmé la déclaration de culpabilité. Elle a fait observer que malgré la collaboration entre les services de police canadiens et américains, les seconds ne pouvaient être assujettis aux exigences du droit canadien. Les normes établies par la *Charte* ne pouvaient être imposées aux autorités américaines dans leur ressort, car cela aurait porté atteinte au principe de souveraineté des États et dérogerait à la courtoisie internationale. L'extrait suivant de ses motifs se révèle particulièrement pertinent en l'espèce (par. 19) :

La *Charte* peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. La décision personnelle d'un policier ou d'un organisme étranger d'aider la police canadienne ne peut diminuer l'exclusivité de la souveraineté d'un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l'ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. Par conséquent, toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l'activité en question se déroule

La juge McLachlin a confirmé l'opinion exprimée par notre Cour dans l'arrêt *Harrer* selon lequel un élément de preuve recueilli à l'étranger peut être écarté lorsque son mode d'obtention compromet l'équité du procès garantie à l'al. 11(d) de la *Charte* ou viole les principes de justice fondamentale.

73

The issue of extraterritorial application of the *Charter* arose once more in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841. Mr. Schreiber, a Canadian citizen, had an interest in Swiss bank accounts. The federal Department of Justice sent a request to Swiss authorities seeking assistance in a Canadian criminal investigation. Switzerland accepted the request and ordered the seizure of documents and records relating to Mr.

La question de l'application extraterritoriale de la *Charte* s'est posée de nouveau dans l'affaire *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841. Citoyen canadien, M. Schreiber était titulaire de comptes bancaires en Suisse. Le ministère fédéral de la Justice avait sollicité l'assistance des autorités suisses dans le cadre d'une enquête criminelle canadienne. La Suisse avait accepté de prêter son concours, et la saisie de documents et

Schreiber's accounts. Prior to the request, no search warrant or other judicial authorization had been issued in Canada. The question before this Court was whether Canadian standards for the issuance of a search warrant had to be complied with before the request was made. The majority answered the question in the negative.

L'Heureux-Dubé J. wrote the majority decision. She concluded that the sending of a letter of request to a foreign state does not attract scrutiny under s. 8 of the *Charter*. Section 32 limits the application of the *Charter* to actions taken by Parliament, the government of Canada, a provincial legislature or a provincial government. As the sending of the letter of request was the only action authorized and undertaken by the government, it was the only one that could be assessed for *Charter* compliance. The sending of the letter did not engage s. 8 of the *Charter*, and "[a]ll of those actions which rely on state compulsion in order to interfere with the respondent's privacy interests were undertaken in Switzerland by Swiss authorities. Neither the actions of the Swiss authorities, nor the laws which authorized their actions, are subject to *Charter* scrutiny" (para. 31).

Lamer C.J., in separate concurring reasons, found that the *Charter* applied to the actions of the Canadian officials who had prepared and sent the letter of request. He considered whether the searches and seizures carried out in Switzerland were consistent with s. 8 of the *Charter* but found that there had been no violation, because Mr. Schreiber had not had a reasonable expectation of privacy. He reasoned as follows, at paras. 22-23:

Of critical importance to this case is the fact that the records were located in Switzerland, and obtained in a manner consistent with Swiss law.

... a Canadian residing in a foreign country should expect his or her privacy to be governed by the laws of that country and, as such, a reasonable expectation of privacy will generally correspond to the degree of protection those laws provide. This, if anything, is more true for the person who decides to conduct financial affairs and keep records in a foreign state. It may be

de dossiers relatifs aux comptes de M. Schreiber avait été ordonnée. Aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire n'avait été obtenu au Canada avant la demande. Notre Cour devait alors décider si les conditions d'obtention d'un mandat de perquisition au Canada auraient dû être remplies au préalable. Les juges majoritaires ont répondu par la négative.

Auteure de la décision majoritaire, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que l'envoi d'une lettre de demande à un État étranger n'était pas assujéti aux exigences de l'art. 8 de la *Charte*, l'art. 32 limitant l'application de la *Charte* aux mesures prises par le Parlement, le gouvernement du Canada, une législature provinciale ou le gouvernement d'une province. La seule mesure autorisée et prise par le gouvernement et, de ce fait, susceptible d'un examen fondé sur la *Charte*, était l'envoi de la lettre de demande. Cette mesure ne faisait pas entrer en jeu l'art. 8 de la *Charte*, et « [t]outes les mesures de contrainte étatique portant atteinte à la vie privée de l'intimé ont été prises en Suisse, par les autorités de ce pays. Ni les actions des autorités suisses ni les lois autorisant ces actions ne sont susceptibles d'examen en vertu de la *Charte* » (par. 31).

Dans ses motifs concordants, le juge en chef Lamer a conclu que la *Charte* s'appliquait aux actes des fonctionnaires canadiens qui avaient rédigé et envoyé la lettre de demande. Au sujet de la conformité à l'art. 8 de la *Charte* des fouilles, des perquisitions et des saisies effectuées en Suisse, il a conclu qu'aucune violation n'était survenue en raison de l'absence d'attente raisonnable de M. Schreiber en matière de vie privée. Il a alors exposé le raisonnement suivant (par. 22-23) :

Le fait que les documents se trouvaient en Suisse et qu'ils ont été obtenus d'une manière conforme au droit suisse est d'une importance cruciale en l'espèce.

... un Canadien résidant dans un pays étranger doit s'attendre à ce que sa vie privée soit régie par les lois de ce pays, et, de ce fait, son attente raisonnable en matière de vie privée correspondra généralement au degré de protection offert par ces lois. D'ailleurs, cela est encore plus vrai dans le cas des personnes qui décident de mener des affaires financières dans un État

fairly assumed that such a person has made an informed choice about where to conduct business, and thereby to create corresponding records, particularly banking records.

76

Iacobucci J., in dissent, found that Mr. Schreiber had had a reasonable expectation of privacy regarding the accounts and stated, in respect of the actions of the Canadian authorities in requesting the search and seizure, that “s. 8 consequently applies in full force with all of its attendant guarantees and preventative measures” (para. 48).

77

This Court’s most recent decision on the issue of extraterritorial *Charter* application was *Cook*. The accused in that case was an American arrested in the U.S. by U.S. authorities on a warrant issued in connection with a Canadian extradition request. While he was detained in the U.S., Vancouver police officers interrogated the accused. He was not properly advised of his right to counsel as required by s. 10(b) of the *Charter*. At his trial in Canada, a statement he had made to the Canadian officers was admitted for the limited purpose of impeaching his credibility on cross-examination. A majority of this Court held that the *Charter* applied to the actions of the Canadian detectives and that there had been a violation of s. 10(b). The evidence should have been excluded under s. 24(2). A new trial was ordered.

78

Cory and Iacobucci JJ. wrote the majority decision. They noted that the circumstances in which the *Charter* may apply to actions taken outside Canada will be rare. At para. 25, they suggested the following two factors to assist in identifying those circumstances: “(1) the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*; and (2) the application of the *Charter* to the actions of the Canadian detectives in the United States does not . . . interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect”. On the facts of the case, they found no interference with the sovereign authority of the U.S.

étranger et d’y conserver des documents. Il est à juste titre permis de supposer qu’une telle personne a choisi de façon éclairée l’endroit où elle fait des affaires et où, en conséquence, elle crée des documents afférents à ses activités, en particulier des documents bancaires.

Dans ses motifs dissidents, le juge Iacobucci a conclu que M. Schreiber avait conservé à l’égard de ses comptes une attente raisonnable en matière de vie privée et qu’« en conséquence, l’art. 8 s’applique avec toute sa vigueur et avec toute sa panoplie de garanties et mesures préventives » aux mesures prises par les autorités canadiennes pour obtenir la fouille, la perquisition et la saisie (par. 48).

L’arrêt *Cook* est le plus récent en matière d’application extraterritoriale de la *Charte*. Dans cette affaire, l’accusé, un Américain, avait été arrêté aux États-Unis par les autorités de ce pays en vertu d’un mandat décerné par suite de la demande d’extradition des autorités canadiennes. Pendant sa détention aux États-Unis, des policiers de Vancouver l’avaient interrogé sans l’informer convenablement au préalable de son droit à l’assistance d’un avocat garanti à l’al. 10b) de la *Charte*. Lors de son procès au Canada, l’une de ses déclarations avait été admise en preuve dans le seul but de miner sa crédibilité en contre-interrogatoire. Les juges majoritaires de notre Cour ont statué que la *Charte* s’appliquait aux actes des détectives canadiens, de sorte qu’il y avait eu violation de l’al. 10b). La preuve aurait dû être écartée en application du par. 24(2). En conséquence, un nouveau procès a été ordonné.

Auteurs de la décision majoritaire, les juges Cory et Iacobucci ont estimé que la *Charte* ne pouvait s’appliquer que rarement à un acte accompli à l’étranger. Ils ont proposé deux critères pour identifier ces cas (par. 25) : « premièrement, l’acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l’application de la *Charte* aux actes des détectives canadiens aux États-Unis ne constitue pas [. . .] une atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger et ne produit donc pas d’effet extraterritorial inacceptable ». Au vu des faits, ils ont conclu à l’absence d’atteinte à l’autorité souveraine des États-Unis.

The majority considered jurisdiction under international law. Cory and Iacobucci JJ. noted, at para. 26, that sovereign equality “generally prohibits extraterritorial application of domestic law since, in most instances, the exercise of jurisdiction beyond a state’s territorial limits would constitute an interference under international law with the exclusive territorial jurisdiction of another state”. However, the nationality of the person subject to the domestic law may also be invoked as a valid basis for jurisdiction, and nationality jurisdiction may operate concurrently with the territorial jurisdiction of the foreign state. The majority affirmed that the *Charter* cannot apply to the actions of foreign authorities but distinguished the facts of the case before them from those in *Harrer* and *Terry* on the basis that the interrogation had been conducted by Canadian officers rather than by foreign authorities. Since the officers who questioned the accused were Canadian nationals, s. 32(1) extended the application of the *Charter* to their actions abroad pursuant to the nationality principle, provided there was no interference with the sovereign authority of the U.S. The majority concluded as follows, at para. 48: “[T]he *Charter* applies on foreign territory in circumstances where the impugned act falls within the scope of s. 32(1) of the *Charter* on the jurisdictional basis of the nationality of the state law enforcement authorities engaged in governmental action, and where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state.” The majority took care to confine its holding to the facts before it, expressly acknowledging at para. 54 that the case might be different where “Canadian authorities participate, on foreign territory, in an investigative action undertaken by foreign authorities in accordance with foreign procedures”.

Bastarache J. wrote concurring reasons in which he reached the same result by means of a different analysis. To begin, he found that the wording of s. 32(1) applies to the actions of Canadian police officers, since the police are constituted as part of the government and act under statutory authority. That statutory authority to exercise coercion will come into conflict with the jurisdiction of a foreign state when Canadian officers travel into the territory of

Les juges majoritaires ont analysé la question de la compétence au regard du droit international. À leur avis, l'égalité souveraine « interdit généralement l'application extraterritoriale de la loi nationale puisque, dans la plupart des cas, l'exercice par un État de sa compétence au-delà de ses frontières constituerait, suivant le droit international, une ingérence dans la compétence territoriale exclusive d'un autre État » (par. 26). La nationalité de la personne soumise au droit interne peut cependant être invoquée comme assise valable de la compétence, concurremment avec la territorialité par l'État étranger. Les juges majoritaires ont estimé que la *Charte* ne pouvait s'appliquer aux actes des autorités étrangères, mais ils ont distingué les faits de l'espèce de ceux des affaires *Harrer* et *Terry* parce que l'interrogatoire avait été mené par des policiers canadiens, et non par des autorités étrangères. Comme les policiers étaient des ressortissants canadiens, le par. 32(1) rendait la *Charte* applicable à leurs actes à l'étranger, leur nationalité fondant la compétence du Canada, à condition qu'il n'y ait pas d'atteinte à l'autorité souveraine des États-Unis. Ils ont conclu que « la *Charte* s'applique à l'étranger dans les cas où l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte* en raison de la nationalité des autorités policières de l'État qui participent aux actes du gouvernement, et où l'application des normes imposées par la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger » (par. 48). Ils ont néanmoins précisé que leur conclusion ne valait que pour les faits de l'espèce, reconnaissant expressément que l'issue aurait été différente si « les autorités canadiennes [avaient] particip[é], à l'étranger, à une enquête menée par des autorités étrangères conformément à des procédures étrangères » (par. 54).

Dans ses motifs concordants, le juge Bastarache est arrivé au même résultat, mais à l'issue d'une analyse différente. Il a d'abord conclu que le libellé du par. 32(1) soumettait à la *Charte* les actes des policiers canadiens, la police appartenant à l'appareil gouvernemental et exerçant ses pouvoirs en vertu de la loi. Lorsqu'un policier canadien se rend dans un autre pays, le pouvoir de contrainte que lui confère la loi entre en conflit avec la compétence

that state; however, s. 32(1) continues to apply to the Canadian officers regardless of whether they exercise governmental powers of coercion. At para. 126, Bastarache J. stated that where an investigation abroad involves co-operation between Canadian officials and foreign officials, “the key issue . . . is determining who was in control of the specific feature of the investigation which is alleged to constitute the *Charter* breach”. If the foreign authority was in control of the circumstances leading to the *Charter* breach in obtaining the evidence, the activities in question are not subject to the *Charter*. If the Canadian authorities were primarily responsible for the breach, the *Charter* will apply to them and to the evidence. Bastarache J. considered principles of jurisdiction under international law, including territoriality, the objective territorial principle and the importance of a real and substantial link where competing claims of jurisdiction are made. He determined that, in the circumstances of that case, there was a real and substantial connection between the criminal prosecution in Canada and the investigation outside Canada in which Canadian officers had taken part. He then discussed whether the application of the *Charter* would interfere with the jurisdictional integrity of the foreign state. At para. 143, he reasoned as follows:

[T]he nature of the rights contained in the relevant sections of the *Charter* are not mandatory, but rather conditional upon the occurrence of specified investigatory activities. Thus, if there is a rule of investigation in the foreign jurisdiction that directly contradicts a *Charter* provision, there is still no conflict. The reason for this is that the *Charter* does not impose any obligation to investigate; it simply requires that if an investigation is made by the officer, it must be conducted in accordance with certain conditions. It follows from this, moreover, that the application of the *Charter* to the Canadian official has no impact on the foreign legal system. At worst, the Canadian official may be obliged to cease taking a directing or primary role in the investigation in order to comply with the *Charter*.

de l'État étranger; il demeure cependant toujours soumis à la *Charte*, qu'il exerce ou non le pouvoir de contrainte de l'État. Il a ajouté que lorsqu'il y a collaboration entre fonctionnaires canadiens et étrangers pour les besoins d'une enquête à l'étranger, « ce qui est essentiel [. . .] c'est de déterminer qui dirigeait l'aspect de l'enquête qui est présumé avoir porté atteinte à la *Charte* » (par. 126). Lorsque l'autorité étrangère est à l'origine de l'atteinte entachant l'obtention de la preuve, la *Charte* ne s'applique pas. Lorsque l'atteinte leur est principalement imputable, les autorités canadiennes sont soumises à la *Charte*, de même que la preuve qu'elles ont recueillie. Le juge Bastarache a alors examiné les critères de compétence en droit international, dont la territorialité, le principe de la territorialité objective et l'importance d'un lien réel et important en présence de revendications concurrentes de compétence. Suivant son analyse, les circonstances de l'espèce faisaient ressortir un lien réel et important entre la poursuite criminelle au Canada et l'enquête à l'étranger à laquelle avaient participé les policiers canadiens. Il a ensuite examiné la question de savoir si l'application de la *Charte* empiétait sur la compétence de l'État étranger. Son raisonnement a été le suivant (par. 143) :

[L]es droits garantis par les articles applicables de la *Charte* ne sont pas de nature impérative, leur application est plutôt subordonnée au déploiement des activités d'enquête expressément prévues. Donc, si une règle d'enquête en vigueur dans l'État étranger va directement à l'encontre d'une disposition de la *Charte*, il n'y a toujours pas de conflit parce que la *Charte* ne rend aucune enquête obligatoire; elle prévoit simplement que s'il y a enquête, celle-ci doit respecter certaines conditions. Il s'ensuit en outre que l'application de la *Charte* aux fonctionnaires canadiens n'a aucune incidence sur le système de droit étranger. Au pis aller, le fonctionnaire canadien peut être obligé de cesser de jouer un rôle principal ou directeur dans l'enquête afin de se conformer à la *Charte*.

81

L'Heureux-Dubé J. dissented in *Cook*, and McLachlin J. concurred in her reasons. According to L'Heureux-Dubé J.'s approach, before considering whether a case involves state action that may have infringed a *Charter* right, it must be asked whether the person claiming the *Charter* right in

Dissidente, la juge L'Heureux-Dubé a rédigé des motifs auxquels a souscrit la juge McLachlin. Selon elle, il convenait de se demander si la personne qui invoque la *Charte* est vraiment titulaire d'un droit qui y est garanti avant de déterminer si l'acte de l'État y a porté atteinte. Dans l'affirmative,

fact holds that right. If the claimant does hold a *Charter* right, the inquiry then moves to the question of state action. After reviewing the decisions in *Harrer, Terry* and *Schreiber*, L'Heureux-Dubé J. identified two fundamental principles relating to the extraterritorial application of the *Charter*. First, the action allegedly in breach of the *Charter* must have been carried out by one of the state actors identified in s. 32(1). Second, even an action by one of those state actors will fall outside the scope of the *Charter* if it is performed in co-operation with foreign officials on foreign soil. The key question to ask in order to determine whether the investigation is co-operative is whether Canadian officials have legal authority in the place where the actions occurred. Where the conduct of state actors falls under the authority of a foreign government, s. 32 does not apply, since it is confined to matters "within the authority" of Parliament or a provincial legislature. At paras. 93-94, L'Heureux-Dubé J. wrote the following:

In my opinion, the *Charter* does not apply to any investigation where Canadian officials no longer have the legal attributes of "government"; this occurs whenever an investigation takes place under the sovereignty of another government.

When Canadian officials work under the sovereignty of a foreign legal system, the investigation is necessarily cooperative. Foreign officials who permit Canadians to work with them, or to work on soil that is under their government's legal authority, are bound to follow that country's laws, and work within the procedural requirements of that system. So are the Canadian officials who work with them.

The dissent concluded that the *Charter* did not apply to the interrogation, and, consequently, that the statement was properly admitted at trial.

(2) Concerns in Respect of the Jurisprudence

The jurisprudence on the issue of extraterritorial application of the *Charter* as it stands after *Cook* is subject to a number of difficulties and criticisms, both practical and theoretical. The essence of the majority's holding in *Cook* is that the *Charter*

l'analyse portait ensuite sur l'acte de l'État. Après examen des arrêts *Harrer, Terry* et *Schreiber*, la juge a relevé deux principes fondamentaux quant à l'application extraterritoriale de la *Charte*. Premièrement, l'acte censé avoir porté atteinte à un droit garanti par la *Charte* devait avoir été accompli par l'un des acteurs étatiques mentionnés au par. 32(1). Deuxièmement, même l'acte de l'un de ces derniers échapperait à l'application de la *Charte* s'il avait été accompli à l'étranger en collaboration avec des fonctionnaires étrangers. Pour déterminer si l'enquête avait été menée en collaboration, il fallait rechercher si les fonctionnaires canadiens avaient été investis d'une autorité légale là où les actes avaient eu lieu. Lorsque les acteurs étatiques agissaient sous l'autorité d'un gouvernement étranger, l'art. 32 ne s'appliquait pas puisqu'il ne vise que les domaines « relevant » du Parlement ou de la législature d'une province. La juge L'Heureux-Dubé a ajouté (par. 93-94) :

Je suis d'avis que la *Charte* ne s'applique à aucune enquête où les fonctionnaires canadiens n'ont plus les attributs juridiques du « gouvernement »; ce qui est le cas à chaque fois qu'une enquête est assujettie à la souveraineté d'un autre gouvernement.

Lorsque des fonctionnaires canadiens sont assujettis, dans le cadre de leur travail, à la souveraineté d'un système de droit étranger, l'enquête en est nécessairement une de collaboration. Les fonctionnaires étrangers qui permettent aux Canadiens de travailler avec eux, ou qui leur permettent d'opérer sur un territoire soumis à l'autorité légale de leur gouvernement, sont tenus de suivre les lois et les règles de procédure de leur propre pays. Il en va de même pour les fonctionnaires canadiens qui collaborent avec eux.

Les juges dissidentes ont conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas à l'interrogatoire, de sorte que la déclaration obtenue avait à juste titre été admise en preuve lors du procès.

(2) Doutes au sujet de la jurisprudence

Depuis l'arrêt *Cook*, la jurisprudence relative à l'application extraterritoriale de la *Charte* soulève des difficultés et suscite des critiques d'ordre à la fois pratique et théorique. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont affirmé essentiellement que la

82

83

will apply to acts of Canadian law enforcement authorities engaged in governmental action where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state. When that holding is applied to facts such as those in the present case, problems arise. For one, the majority in *Cook* failed to distinguish prescriptive from enforcement jurisdiction. Second, practical and theoretical difficulties arise when its approach is applied to different facts (such as a search and seizure). Third, it failed to give due consideration to the wording of s. 32(1).

84

Beginning with the first of these criticisms, the majority in *Cook* disregarded the important distinction between the powers of prescription and enforcement. It also failed to discuss the principle that Canadian law cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent, regardless of the extent or degree of difference between the laws of Canada and the foreign state, or of whether there is any conflict at all. Criminal investigations in foreign countries by definition implicate foreign law and procedures. The choice of legal system inherently lies within the authority of each state as an exercise of its territorial sovereignty. Were *Charter* standards to be applied in another state's territory without its consent, there would by that very fact *always* be interference with the other state's sovereignty. *Cook* is also inconsistent with this Court's approval of the principle of consent in *Terry*.

85

The *Cook* approach therefore puts the focus in the wrong place, as it involves looking for a conflict between concurrent jurisdictional claims, whereas the question should instead be viewed as one of extraterritorial enforcement of Canadian law. The issue in these cases is the applicability of the *Charter* to the activities of Canadian officers conducting investigations abroad. The powers of prescription and enforcement are both necessary to application of the *Charter*. The *Charter* is prescriptive in that it sets out what the state and its agents may and may not do in exercising the state's powers. Prescription is not in issue in the case at

Charte s'applique aux actes des autorités canadiennes chargées de l'application de la loi accomplis pour le compte du gouvernement lorsque le respect des exigences de la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger. Dans un cas comme celui considéré en l'espèce, cette conclusion s'avère problématique. Premièrement, les juges majoritaires ne distinguent pas entre compétence normative et compétence d'exécution. Deuxièmement, son application à d'autres situations (p. ex. les fouilles, les perquisitions et les saisies) présente des difficultés pratiques et théoriques. Troisièmement, il ne tient pas compte du texte du par. 32(1).

Pour ce qui est du premier reproche, la décision majoritaire passe sous silence la distinction importante entre l'établissement de la norme et son application. Elle ne tient pas non plus compte du principe selon lequel le droit canadien ne peut être appliqué dans un autre État qu'avec le consentement de ce dernier quelle que soit l'importance des différences entre les lois du Canada et celles de l'État étranger, et qu'il y ait conflit ou non. Par définition, une enquête criminelle à l'étranger met en cause des lois et des procédures étrangères. Le choix d'un système juridique relève du pouvoir inhérent de l'État et il s'agit d'un exercice de sa souveraineté territoriale. Si les exigences de la *Charte* étaient appliquées à l'étranger sans le consentement de l'État en cause, il y aurait *toujours*, de ce fait même, atteinte à la souveraineté de cet État. L'arrêt *Cook* va également à l'encontre de l'exigence du consentement que notre Cour a reconnue dans l'arrêt *Terry*.

Le raisonnement de notre Cour dans cet arrêt ne met donc pas l'accent sur le facteur pertinent. Il s'attache en effet à l'existence d'un conflit entre les revendications concurrentes de compétence au lieu de considérer le problème sous l'angle de l'application extraterritoriale du droit canadien. La question qui se pose alors est celle de l'applicabilité de la *Charte* à l'enquête menée à l'étranger par des policiers canadiens. Pouvoir normatif et pouvoir d'exécution sont nécessaires à l'application de la *Charte*, et celle-ci est normative en ce qu'elle prévoit ce que l'État (ou son mandataire) peut ou ne peut faire dans l'exercice du pouvoir public. Le

bar, but even so, the *Charter* cannot be applied if compliance with its legal requirements cannot be enforced. Enforcement of compliance with the *Charter* means that when state agents act, they must do so in accordance with the requirements of the *Charter* so as to give effect to Canadian law as it applies to the exercise of the state power at issue. However, as has already been discussed, Canadian law cannot be enforced in another state's territory without that state's consent. Since extraterritorial enforcement is not possible, and enforcement is necessary for the *Charter* to apply, extraterritorial application of the *Charter* is impossible.

As for the second criticism, the circumstances of the instant case exemplify the theoretical and practical difficulties arising out of an attempt to apply *Charter* standards outside Canada in fact situations other than the one in *Cook*. In Turks and Caicos, judicial authorization does not appear to be necessary for a perimeter search of private premises, such as the one that took place on the nights of February 7 and 8, 1998. Under Canadian law, in most circumstances a warrant would be required to conduct such a search. To comply with the *Charter*, the RCMP officers would have had to obtain a warrant that is unavailable under Turks and Caicos law. It would constitute blatant interference with Turks and Caicos sovereignty to require that country's legal system to develop a procedure for issuing a warrant in the circumstances simply to comply with the dictates of the *Charter*.

The theoretical and practical impediments to extraterritorial application of the *Charter* can thus be seen more clearly where the s. 8 guarantee against unreasonable search and seizure is in issue than where the issue relates, as in the cases discussed above, to the right to counsel. Searches and seizures, because of their coerciveness and intrusiveness, are by nature vastly different from police interrogations. The power to invade the private sphere of persons and property, and seize personal items and information, is paradigmatic of state sovereignty. These actions can be authorized only by the territorial state. From a theoretical standpoint, the *Charter* cannot be applied, because its

pouvoir normatif n'est pas en cause dans le présent pourvoi, mais de toute manière, la *Charte* ne saurait s'appliquer que si l'on peut faire respecter ses dispositions. Ce principe exige du mandataire de l'État, lorsqu'il accomplit un acte, qu'il s'acquitte de ses obligations constitutionnelles de façon à donner effet aux dispositions canadiennes applicables à l'exercice du pouvoir public en cause. Cependant, je le répète, le droit canadien ne peut être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État d'accueil. Comme il n'est pas possible de faire respecter la *Charte* à l'étranger, et que cela est nécessaire pour qu'elle s'applique, l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible.

En ce qui concerne le deuxième reproche, les faits de la présente espèce illustrent les difficultés théoriques et pratiques du respect des exigences de la *Charte* à l'étranger dans une autre situation que celle considérée dans l'affaire *Cook*. Aux îles Turks et Caicos, il semble qu'une autorisation judiciaire ne soit pas exigée pour soumettre des lieux privés à une perquisition périphérique comme celle qui a eu lieu les nuits des 7 et 8 février 1998. En droit canadien, un mandat aurait dû être obtenu au préalable dans la plupart des cas. Pour respecter la *Charte*, les agents de la GRC auraient dû obtenir un mandat dont le droit local ne prévoyait pas la délivrance. Dans les circonstances, requérir du système juridique étranger qu'il élabore une procédure seulement pour satisfaire aux exigences de la *Charte* à cet égard porterait manifestement atteinte à la souveraineté des îles Turks et Caicos.

Les obstacles théoriques et pratiques à l'application extraterritoriale de la *Charte* ressortent ainsi davantage de l'examen fondé — en l'espèce — sur la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévue à l'art. 8 que de celui fondé — dans les affaires susmentionnées — sur le droit à l'assistance d'un avocat. En raison de leur caractère coercitif et attentatoire, la fouille, la perquisition et la saisie diffèrent en soi considérablement de l'interrogatoire policier. Le pouvoir de s'immiscer dans la vie privée d'une personne, y compris ses biens, et de saisir articles et renseignements personnels, constitue un attribut de la souveraineté étatique. Seul l'État doté de la compétence

86

87

application would necessarily entail an exercise of the enforcement jurisdiction that lies at the heart of territoriality. As a result of the principles of sovereign equality, non-intervention and comity, Canadian law and standards cannot apply to searches and seizures conducted in another state's territory.

territoriale peut autoriser ces actes. Du point de vue théorique, l'application de la *Charte* est exclue, car elle implique nécessairement l'exercice de la compétence d'exécution, qui est au cœur de la territorialité. Les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la courtoisie excluent alors l'application des normes et du droit canadiens aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées à l'étranger.

88

It is also evident from a practical standpoint that the *Charter* cannot apply to searches and seizures in other countries. How exactly would *Charter* standards operate in such circumstances? Lamer C.J. suggested in *Schreiber* that it would be sufficient for *Charter* purposes for those conducting a search and seizure to comply with the domestic law of the foreign state, since an individual's reasonable expectation of privacy would be commensurate to the degree of protection provided by the law of the country in which she or he is located. If the only requirement were that the Canadian officers and their foreign counterparts comply with the foreign law, it is unclear what purpose would be served by applying the *Charter*, as it would carry no added protection in respect of a search and seizure. Moreover, in some cases, compliance with the foreign law would be directly contrary to the express wording of the *Charter* provisions guaranteeing the rights in question.

Sur le plan pratique, il appert également que la *Charte* ne peut s'appliquer à ces mesures. Comment au juste les exigences de la *Charte* pourraient-elles alors avoir effet? Dans l'arrêt *Schreiber*, le juge en chef Lamer a laissé entendre qu'il suffisait, pour les besoins de la *Charte*, que ces mesures respectent le droit interne de l'État étranger puisque, en matière de vie privée, une personne ne peut raisonnablement s'attendre qu'à une protection équivalente à celle accordée dans cet autre pays. Si les policiers canadiens et leurs homologues étrangers n'avaient qu'à se conformer au droit étranger, on peut se demander quelle serait l'utilité d'appliquer la *Charte* puisqu'il n'en résulterait aucune protection supplémentaire dans le cas d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. De plus, dans certains cas, le respect du droit étranger irait directement à l'encontre du libellé exprès de la *Charte* garantissant les droits en cause.

89

Conversely, it is in practice impossible to apply the full force of the *Charter* to searches and seizures in foreign territory. One example of this, as I mentioned earlier, is where the *Charter* would require a warrant but the foreign law provides no procedure for obtaining or issuing such a warrant. The judicial authorities of a foreign state cannot be required under Canadian law to invent *ad hoc* procedures for the purposes of a co-operative investigation. Should that be a reason for prohibiting a search and seizure from taking place even though it is authorized by the law of the jurisdiction where it would occur? Further, it would be unrealistic, in a co-operative investigation, to require the various officers involved to follow different procedural and legal requirements. Searches and seizures require careful and detailed planning; where the

Inversement, il est dans les faits impossible d'appliquer toutes les exigences de la *Charte* aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées en sol étranger. Reprenons à titre d'exemple le cas où la *Charte* exige l'obtention d'un mandat, alors que le droit étranger ne prévoit aucune procédure à cet égard. Le droit canadien ne peut obliger les autorités judiciaires de l'État étranger à établir une procédure spéciale pour les besoins d'une enquête menée en collaboration. Doit-on alors interdire une fouille, une perquisition ou une saisie pour cette raison alors qu'elle est autorisée par le droit du ressort où elle serait effectuée? Il serait par ailleurs irréaliste d'exiger des différents participants à une enquête menée en collaboration qu'ils se conforment à des procédures et à des exigences juridiques différentes. Les fouilles, les perquisitions et

investigation is a joint effort, it is bound to be unsuccessful if the participants are following two different sets of rules. This would be the result if the *Charter* applied to the Canadian officers only, and it clearly cannot apply to the foreign authorities: *Harrer and Terry*.

It is no more helpful to suggest that some third option other than the law of the host state or the full application of *Charter* standards might govern foreign investigations. Where would the standards to be applied come from? How would Canadian officials know what is required of them at the outset of an investigation? The only reasonable approach is to apply the law of the state in which the activities occur, subject to the *Charter's* fair trial safeguards and to the limits on comity that may prevent Canadian officers from participating in activities that, though authorized by the laws of another state, would cause Canada to be in violation of its international obligations in respect of human rights.

One possible response to the problem of enforcement outside Canada is that *ex post facto* scrutiny of the investigation by a Canadian court in a Canadian trial that might result in the exclusion of evidence gathered in breach of the *Charter* would not interfere with the sovereignty of the foreign state, since this would merely constitute an exercise of extraterritorial adjudicative jurisdiction. However, while it is true that foreign sovereignty is not engaged by a criminal process in Canada that excludes evidence by scrutinizing the manner in which it was obtained for compliance with the *Charter*, the purpose of the *Charter* is not simply to serve as a basis for an *ex post facto* review of government action. The *Charter's* primary role is to limit the exercise of government and legislative authority in advance, so that breaches are stopped before they occur. Canadian officers need to know what they are required to do as the investigation unfolds, so as to ensure that the evidence gathered will be admitted at trial. When a trial judge is considering a possible breach of the *Charter* by state actors, the ability of the state actors to comply with their *Charter* obligations must be relevant. The fact that the *Charter*

les saisies requièrent une planification minutieuse. L'enquête menée en collaboration est vouée à l'échec si les participants n'observent pas tous les mêmes règles. Tel serait son sort si la *Charte* ne s'appliquait qu'aux policiers canadiens, et elle ne peut manifestement pas s'appliquer aux autorités étrangères : arrêts *Harrer* et *Terry*.

Il est tout aussi vain d'envisager que l'enquête menée à l'étranger ne soit assujettie ni au droit de l'État d'accueil ni aux dispositions de la *Charte*. Quelle serait l'origine des règles alors applicables? Comment un policier canadien pourrait-il connaître ses obligations au début de l'enquête? La seule solution raisonnable reste l'application du droit de l'État où les actes ont lieu, sous réserve du droit constitutionnel à un procès équitable et des limites de la courtoisie susceptibles d'empêcher un policier canadien de prendre part à une mesure qui, même si elle est autorisée par le droit de l'État d'accueil, ferait en sorte que le Canada manque à ses obligations internationales quant au respect des droits de la personne.

Une solution possible au problème de l'application du droit canadien à l'étranger se retrouve dans le contrôle subséquent de l'enquête par une instance judiciaire canadienne et l'exclusion éventuelle d'une preuve recueillie en violation de la *Charte*. En effet, cette méthode ne porterait pas atteinte à la souveraineté de l'État étranger puisqu'il s'agirait uniquement de l'exercice de la compétence juridictionnelle extraterritoriale. Cependant, si la souveraineté d'un État étranger n'est pas en jeu lorsque, dans une instance criminelle canadienne, un élément de preuve est écarté au motif qu'il n'a pas été obtenu conformément à la *Charte*, il demeure que la raison d'être de la *Charte* n'est pas seulement de soumettre après coup l'action gouvernementale à un examen. Son rôle premier consiste à limiter à l'avance l'exercice du pouvoir du gouvernement et du législateur de façon à prévenir toute violation des droits qu'elle confère. Les agents canadiens doivent savoir à quelles exigences ils sont tenus de satisfaire au cours d'une enquête pour assurer la recevabilité des éléments de preuve recueillis dans ce cadre. Le tribunal saisi d'une allégation de violation de la *Charte* par un acteur étatique doit pouvoir tenir compte de

90

91

could not be complied with during the investigation because the relevant state action was being carried out in a foreign jurisdiction strongly intimates that the *Charter* does not apply in the circumstances. In any event, if the concern is really about the *ex post facto* review of investigations, that function is performed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, pursuant to which evidence may be excluded to preserve trial fairness. The inquiry under those provisions relates to the court's responsibility to control its own process and is fundamentally different from asking at trial whether the Canadian officer's conduct amounted to the violation of a particular *Charter* right.

la possibilité qu'avait cet acteur étatique de respecter les exigences de la *Charte*. L'impossibilité de respecter la *Charte* pendant que l'enquête, parce qu'elle se déroulait à l'étranger, indique nettement que la *Charte* ne s'applique pas dans les circonstances. Quoi qu'il en soit, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, qui disposent qu'un élément de preuve peut être écarté pour préserver l'équité du procès, assurent après coup le contrôle de l'enquête. L'examen que prévoient ces dispositions se rattache à l'obligation du tribunal de contrôler sa propre procédure et diffère foncièrement de la démarche qui consiste à déterminer, au procès, si l'acte d'un policier canadien a porté atteinte à un droit constitutionnel spécifique.

92

The importance of considering the possibility of compliance with the *Charter* in advance is highlighted by the legal problems attendant upon the conduct of an interrogation abroad. Certain provisions setting out *Charter* rights require no more than that the accused be advised of something, such as the reasons for his or her arrest or detention (under s. 10(a)). Other *Charter* rights provisions in the investigation context require more. For example, s. 10(b) guarantees to everyone the right on arrest or detention *to be informed of* the right to retain and instruct counsel without delay; however, it also includes the right *to retain and instruct* counsel without delay. Consequently, while imposing an obligation on Canadian officers conducting an interrogation abroad to inform the accused of a right would not significantly interfere with the territorial sovereignty of the foreign state, interference would occur if the accused were to claim that right. At that point, Canadian officers would no longer be able to comply with their *Charter* obligations independently. As L'Heureux-Dubé J. wrote in *Cook*, at para. 94: "In an investigation that takes place under foreign sovereignty, it is the foreign government that has legal authority over the mechanics of the investigation." For *Charter* rights to be effective, it must be possible to assert them.

Les problèmes juridiques découlant de la tenue d'un interrogatoire à l'étranger illustrent l'importance d'examiner la possibilité d'assurer à l'avance le respect de la *Charte*. Certains droits constitutionnels exigent seulement que l'accusé se voie communiquer une information particulière, comme le motif de son arrestation ou de sa détention (al. 10a)). Dans le contexte d'une enquête, le respect d'autres droits garantis par la *Charte* exige davantage. Par exemple, en cas d'arrestation ou de détention, l'al. 10b) garantit à chacun le droit *d'être informé* du droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, mais aussi *d'avoir effectivement recours* sans délai à l'assistance d'un avocat. Par conséquent, s'il est vrai que l'obligation faite à un policier canadien d'informer d'un droit un suspect qu'il interroge à l'étranger ne porterait pas sensiblement atteinte à la souveraineté territoriale de l'État étranger, il en irait autrement si l'accusé décidait d'exercer ce droit. Dès lors, le policier canadien ne serait plus en mesure de s'acquitter de manière indépendante de ses obligations découlant de la *Charte*. La juge L'Heureux-Dubé l'a rappelé dans l'arrêt *Cook*, « [l]orsque l'enquête est assujettie à la souveraineté d'un gouvernement étranger, c'est ce dernier qui possède l'autorité légale pour régler les détails du déroulement de l'enquête » (par. 94). Pour devenir effectifs, les droits garantis par la *Charte* doivent être susceptibles d'exercice.

93

Finally, the third criticism of the current jurisprudence is that proper regard has not been given

En troisième et dernier lieu, la jurisprudence actuelle ne prend pas suffisamment en compte le

to the wording of s. 32(1) of the *Charter*. In setting out the two factors that were central to the conclusion that the *Charter* applied, the majority in *Cook* noted first that “the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*” (para. 25). In doing so, it made the error of assuming precisely what had to be decided. The purpose of the inquiry into the application of the *Charter* to investigations in other countries is to determine whether the act in fact falls under s. 32(1). The words of s. 32(1) — interpreted with reference to binding principles of customary international law — must ultimately guide the inquiry. In my view, there is little logic in an approach that first determines that the activity falls under s. 32(1) and then questions at a second stage whether the *Charter* nonetheless ought not to apply because of some “objectionable extraterritorial effect”. Rather, the extraterritorial implications of applying the *Charter* are, in my view, central to the question whether the activity in question falls under s. 32(1) in the first place. The inquiry begins and ends with s. 32(1) of the *Charter*.

Section 32(1) puts the burden of complying with the *Charter* on Parliament, the government of Canada, the provincial legislatures and the provincial governments. While my colleague is correct in stating, at para. 161, that s. 32(1) defines *to whom* the *Charter* applies and not *where* it applies, s. 32(1) does more than that. It also defines *in what circumstances* the *Charter* applies to those actors. The fact that a state actor is involved is not in itself sufficient, as Bastarache J. suggests. The activity in question must also fall within the “matters within the authority of” Parliament or the legislature of each province. A criminal investigation in the territory of another state cannot be a matter within the authority of Parliament or the provincial legislatures, because they have no jurisdiction to authorize enforcement abroad. Criminal investigations, like political structures or judicial systems, are intrinsically linked to the organs of the state, and to its territorial integrity and internal affairs. Such matters are clearly within the authority of Parliament and the provincial legislatures when they are in Canadian territory; it is just as clear that they lie outside the authority of those bodies when they are outside Canadian territory.

libellé du par. 32(1) de la *Charte*. En précisant les deux éléments qui justifiaient l’application de la *Charte* dans l’affaire *Cook*, les juges majoritaires ont d’abord fait remarquer que « l’acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte* » (par. 25). Ils ont eu tort de tenir pour acquis l’objet précis de cette détermination. L’analyse relative à l’application de la *Charte* aux enquêtes à l’étranger vise à déterminer si l’acte considéré tombe sous le coup du par. 32(1). Interprété en fonction des principes obligatoires du droit international coutumier, le texte du par. 32(1) doit en fin de compte orienter l’analyse. Selon moi, on ne saurait logiquement décider d’abord que l’acte tombe sous le coup de la disposition pour rechercher ensuite si l’on doit néanmoins écarter l’application de la *Charte* à cause d’un « effet extraterritorial inacceptable ». J’estime plutôt qu’il faut tenir compte des conséquences extraterritoriales de l’application de la *Charte* pour décider en premier lieu si l’acte en question tombe sous le coup du par. 32(1). L’analyse débute et prend fin en fonction du par. 32(1) de la *Charte*.

Le paragraphe 32(1) oblige le Parlement, le gouvernement du Canada et les législatures et gouvernements des provinces à se conformer à la *Charte*. Mon collègue a raison d’affirmer au par. 161 de ses motifs que le par. 32(1) détermine les *acteurs* auxquels s’applique la *Charte*, et non le *lieu* où elle s’applique, mais il y a plus. La disposition précise les *circonstances* dans lesquelles elle s’applique à ces acteurs. Leur seule participation ne suffit pas, malgré l’avis du juge Bastarache. Il faut en outre que l’acte appartienne à l’un des « domaines relevant » du Parlement ou des législatures des provinces. L’enquête criminelle menée en territoire étranger ne saurait appartenir à un domaine relevant du Parlement ou des législatures provinciales, car ceux-ci n’ont pas le pouvoir d’autoriser l’application de la loi à l’étranger. Tout comme l’organisation politique ou le système judiciaire, l’enquête criminelle reste intrinsèquement liée aux organes de l’État ainsi qu’à l’intégrité territoriale et aux affaires intérieures de l’État. Lorsqu’elle a lieu en territoire canadien, elle relève clairement du Parlement et des législatures provinciales, et lorsqu’elle a lieu à l’étranger, il est tout aussi clair qu’elle ne relève pas d’eux.

95

My colleague, Binnie J., recognizes that there are practical and theoretical difficulties with the application of the approach followed in *Cook* (para. 183). Nonetheless, in his view that approach should be preserved because of possible issues that may eventually end up before this Court in respect of international law and of its relationship with Canadian law. He refers to matters such as the “war on terror”, the deployment of Canadian police officers in states with troubled histories and the Maher Arar inquiry. With respect, I do not think such matters belong to the issue put before our Court in this appeal, nor form part of the record in this case. We cannot always know what new issues might arise before the courts in the future, but we can trust that the law will grow and evolve as necessary and when necessary in response. But until those new issues are presented in live cases we ought not to abdicate our duty to rethink and refine today the law when confronted by jurisprudence that has demonstrated practical and theoretical weaknesses.

(3) The Globalization of Criminal Activities and the Need for International Co-Operation

96

The principles of international law and comity that I have discussed demonstrate why *Charter* standards cannot be applied to an investigation in another country involving Canadian officers so as to require that the investigation conform to Canadian law. At the same time, there is no impediment to extraterritorial adjudicative jurisdiction pursuant to which evidence gathered abroad may be excluded from a Canadian trial, as this jurisdiction simply attaches domestic consequences to foreign events. The question flowing from those two propositions is whether the *Charter* can restrain Canadian officers from participating in a foreign investigation that does not meet *Charter* standards.

97

When it applies, the *Charter* imposes limits on the state’s coercive power. It requires that state power be exercised only in accordance with certain restrictions. As a corollary, where those

Mon collègue le juge Binnie reconnaît les difficultés d’ordre pratique et théorique que présente l’application de l’arrêt *Cook* (par. 183). Il estime néanmoins qu’il faut s’en tenir à la démarche qui y est privilégiée au motif que notre Cour pourrait un jour être saisie de questions relatives au droit international et à son interaction avec le droit canadien. Il renvoie à la « guerre au terrorisme », au déploiement de policiers canadiens dans des pays déchirés par des conflits et à l’affaire Maher Arar. En toute déférence, je ne crois pas que ces sujets soient pertinents en l’espèce ou qu’ils fassent partie du dossier. Il n’est pas toujours possible de prévoir les questions nouvelles dont seront saisis les tribunaux, mais on peut être assuré que le droit se développera et évoluera dans la mesure nécessaire et au moment opportun. Jusqu’à ce que ces affaires nouvelles se présentent dans les faits, nous ne devons pas nous dérober à l’obligation de repenser le droit et de l’affiner lorsque l’application de la jurisprudence a fait ressortir ses lacunes sur les plans pratique et théorique.

(3) La mondialisation de l’activité criminelle et la nécessité de la collaboration internationale

Les principes de droit international et de courtoisie dont j’ai fait état démontrent que les exigences de la *Charte* ne peuvent s’appliquer à une enquête menée dans un autre pays par des policiers canadiens et étrangers de telle sorte que l’enquête doive se dérouler conformément au droit canadien. Par ailleurs, il n’y a pas d’obstacle à la compétence juridictionnelle extraterritoriale suivant laquelle un élément de preuve obtenu à l’étranger peut être écarté par un tribunal canadien, car l’exercice de cette compétence ne fait qu’attacher des conséquences intérieures à des événements survenus à l’étranger. La question devient alors la suivante : la *Charte* peut-elle empêcher des policiers canadiens de prendre part à une enquête étrangère qui ne satisfait pas à ses exigences?

Lorsqu’elle s’applique, la *Charte* limite le pouvoir coercitif de l’État et l’oblige à respecter certaines conditions dans l’exercice de ce pouvoir. En conséquence, lorsque ces conditions ne peuvent

restrictions cannot be observed, the *Charter* prohibits the state from exercising its coercive power. Since the *Charter* does not authorize state action, but simply operates as a limit on such action, could it not be said that the *Charter* “applies” to extra-territorial investigations by prohibiting Canadian officers from participating in investigations abroad that do not conform to Canadian law? International law provides only part of the answer to this question. To prohibit Canadian officers from participating would indeed ensure conformity with both international law and the *Charter*; however, it would also mean that the investigation could not be conducted. This is a serious concern. The complete answer therefore lies both in international law and in the need to address the challenges of investigating and prosecuting transborder criminal activity.

Transnational crime is a growing problem in the modern world, as people, property and funds move fluidly across national borders. Some of the most costly, exploitative or dangerous crimes are committed on a worldwide scale, unconfined by state boundaries. The investigation and policing of such criminal activities requires co-operation between states. In a co-operative investigation, Canada cannot simply walk away when another country insists on following its own investigation and enforcement procedures rather than ours. That would fall short not only of Canada’s commitment to other states and the international community to provide assistance in combatting transnational crime, but also of Canada’s obligation to Canadians to ensure that crimes having a connection with Canada are investigated and prosecuted. As McLachlin J. wrote in *Harrer*, at para. 55:

It is not reasonable to expect [police forces abroad] to comply with details of Canadian law. To insist on conformity to Canadian law would be to insist on external application of the *Charter* in preference to the local law. It would render prosecution of offences with international aspects difficult if not impossible. And it would undermine the ethic of reciprocity which underlies international efforts to control trans-border crime:

être remplies, la *Charte* interdit à l’État d’exercer son pouvoir coercitif. Comme la *Charte* n’autorise pas l’action de l’État, mais ne fait que la circonscrire, ne pourrait-on pas prétendre qu’elle « s’applique » à l’enquête extraterritoriale en empêchant un policier canadien de participer à une enquête à l’étranger qui ne respecte pas le droit canadien? Le droit international n’offre qu’un élément de réponse. L’interdiction faite à un policier canadien de prendre part à l’enquête assurerait certes le respect du droit international et de la *Charte*, mais l’enquête ne pourrait avoir lieu. L’inconvénient serait majeur. La réponse complète réside donc à la fois dans le droit international et dans la nécessité que l’activité criminelle transfrontalière fasse l’objet d’enquêtes et de poursuites.

La criminalité transnationale s’accroît dans notre monde moderne où personnes, biens et fonds circulent avec fluidité d’un pays à l’autre. Certains des crimes les plus coûteux, abusifs ou dangereux sont commis à l’échelle mondiale, au mépris des frontières nationales. La collaboration entre les États s’impose pour la détection et la répression de cette activité criminelle. Dans une enquête menée en collaboration, le Canada ne peut pas simplement cesser de collaborer lorsque l’autre pays insiste pour suivre sa propre procédure d’enquête et d’application de la loi plutôt que la nôtre. Notre pays manquerait non seulement à son engagement envers les autres États et la communauté internationale en matière de lutte contre la criminalité transnationale, mais aussi à son obligation envers les Canadiens de veiller à ce que les crimes ayant un lien avec le Canada fassent l’objet d’enquêtes et de poursuites. Dans l’arrêt *Harrer*, la juge McLachlin fait les remarques suivantes (par. 55) :

Il n’est pas raisonnable de s’attendre à ce [que les forces policières d’un autre pays] se conforment aux particularités de la loi canadienne. Insister sur la conformité à la loi canadienne reviendrait à insister pour que la *Charte* soit appliquée dans ce pays étranger de préférence à la loi nationale. Cela rendrait difficile, voire impossible, la poursuite des infractions qui revêtent des aspects internationaux. Et cela minerait l’éthique de réciprocité

Argentina v. Mellino, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 551, *per* La Forest J. We live in an era when people, goods and information pass from country to country with great rapidity. Law enforcement authorities, if they are to do their job, must apprehend people and intercept goods and communications wherever they may be found. Often they find themselves working with officers in foreign jurisdictions; often they are merely the recipients of information gathered independently elsewhere. . . . We need to accommodate the reality that different countries apply different rules to evidence gathering, rules which must be respected in some measure if we are to retain the ability to prosecute those whose crime and travel take them beyond our borders.

qui sous-tend les efforts internationaux de lutte contre la criminalité transnationale : *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 551, le juge La Forest. Nous vivons à une époque où les personnes, les biens et l'information circulent d'un pays à l'autre très rapidement. Les autorités chargées d'appliquer la loi doivent, pour faire leur travail, arrêter des personnes et intercepter des biens et des communications là où ils se trouvent. Souvent elles travaillent avec des agents de police dans des pays étrangers; souvent elles ne sont que les destinataires de renseignements recueillis ailleurs de façon indépendante [. . .] Nous devons composer avec le fait que des pays différents appliquent des règles différentes à la collecte des éléments de preuve, lesquelles règles doivent être respectées dans une certaine mesure si nous devons conserver la capacité de poursuivre ceux que les crimes et les voyages emmènent au-delà de nos frontières.

99

When individuals choose to engage in criminal activities that cross Canada's territorial limits, they can have no guarantee that they carry *Charter* rights with them out of the country. As this Court has noted in the past, individuals should expect to be governed by the laws of the state in which they find themselves and in which they conduct financial affairs — it is the individual's decision to go to or operate in another country that triggers the application of the foreign law: *Terry*, at paras. 24 and 26; *Schreiber*, at para. 23. Co-operation between states is imperative if transnational crimes are not to be committed with impunity because they fall through jurisdictional cracks along national borders. In *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, in the context of drug trafficking, La Forest J. stated the following, at p. 1485:

The only respect paid by the international criminal community to national boundaries is when these can serve as a means to frustrate the efforts of law enforcement and judicial authorities. The trafficking in drugs, with which we are here concerned, is an international enterprise and requires effective tools of international cooperation for its investigation, prosecution and suppression.

In order to foster such co-operation, and in the spirit of comity, Canada cannot either insist that the *Charter* be applied in other countries or refuse to participate. When Canadian authorities are

L'individu qui se livre à une activité criminelle non confinée au territoire canadien ne peut être assuré de bénéficier à l'étranger des droits garantis par la *Charte*. Notre Cour a déjà affirmé qu'une personne doit s'attendre à être régie par les lois du pays où elle se trouve et dans lequel elle effectue des opérations financières — c'est la décision d'aller à l'étranger ou d'y exercer ses activités qui déclenche l'application du droit étranger : *Terry*, par. 24 et 26; *Schreiber*, par. 23. La collaboration entre les États s'impose pour que la criminalité transnationale ne demeure pas impunie en profitant des brèches que les problèmes de compétence ménagent dans les frontières nationales. Dans une affaire de trafic de drogues — *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469 —, le juge La Forest a fait la remarque suivante (p. 1485) :

La communauté criminelle internationale ne respecte les frontières nationales que lorsqu'elles peuvent permettre de contrecarrer les efforts des autorités judiciaires et des organismes chargés d'appliquer la loi. Le trafic de drogues qui nous intéresse en l'espèce est une entreprise de niveau international dont les enquêtes et les poursuites y relatives ainsi que la répression, exigent le recours à des outils efficaces de coopération internationale.

Pour favoriser cette collaboration, et dans l'esprit de la courtoisie, le Canada ne peut exiger que la *Charte* s'applique dans d'autres pays et, à défaut, refuser sa coopération. Lorsque les autorités

guests of another state whose assistance they seek in a criminal investigation, the rules of that state govern.

It is clear that a balance must be struck “to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice”: *Harrer*, at para. 14. Individual rights cannot be completely disregarded in the interests of transborder co-operation. Sections 7 and 11(d) provide that everyone tried in Canada enjoys the same rights to a fair trial and not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Where the Crown seeks at trial to adduce evidence gathered abroad, the *Charter* provisions governing trial processes in Canada ensure that the appropriate balance is struck and that due consideration is shown for the rights of an accused being investigated abroad.

Moreover, there is an argument that comity cannot be invoked to allow Canadian authorities to participate in activities that violate Canada’s international obligations. As a general rule, Canadian officers can participate in investigations abroad, but must do so under the laws of the foreign state. The permissive rule that allows Canadian officers to participate even when there is no obligation to do so derives from the principle of comity; the rule that foreign law governs derives from the principles of sovereign equality and non-intervention. But the principle of comity may give way where the participation of Canadian officers in investigative activities sanctioned by foreign law would place Canada in violation of its international obligations in respect of human rights. In such circumstances, the permissive rule might no longer apply and Canadian officers might be prohibited from participating. I would leave open the possibility that, in a future case, participation by Canadian officers in activities in another country that would violate Canada’s international human rights obligations might justify a remedy under s. 24(1) of the *Charter* because

canadiennes sont les invitées de l’État étranger dont elles sollicitent l’assistance pour les besoins d’une enquête criminelle, les règles de l’État d’accueil priment.

Une pondération s’impose clairement pour « établir un juste équilibre entre les intérêts de l’individu visé et l’intérêt de l’État qui est d’assurer un système de justice applicable et équitable » : arrêt *Harrer*, par. 14. On ne peut écarter complètement les droits individuels au nom de la collaboration transfrontalière. L’article 7 et l’al. 11d) disposent que toute personne traduite en justice au Canada a droit à un procès équitable et qu’il ne sera porté atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. Lorsque, au procès, le ministère public dépose en preuve un élément recueilli à l’étranger, les droits constitutionnels régissant la procédure judiciaire au Canada font en sorte qu’un juste équilibre soit établi et que les droits d’un accusé ayant fait l’objet d’une enquête à l’étranger soient dûment pris en considération.

Qui plus est, on peut soutenir que la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à des activités contraires aux obligations internationales du Canada. En règle générale, un policier canadien peut prendre part à une enquête à l’étranger, mais il doit alors se soumettre aux lois de l’État d’accueil. La règle autorisant un policier canadien à participer à une enquête même s’il n’y a aucune obligation en ce sens est issue du principe de courtoisie. La règle de l’application du droit étranger découle des principes d’égalité souveraine et de non-intervention. Or le principe de courtoisie peut cesser de justifier la participation d’un policier canadien à une activité d’enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. En pareil cas, la règle « permissive » ne peut plus s’appliquer, et la participation du policier canadien peut être frappée d’interdiction. Je n’écarte pas la possibilité que, dans un pourvoi ultérieur, la participation de policiers canadiens à des actes à l’étranger qui contreviendraient aux obligations

100

101

of the impact of those activities on *Charter* rights in Canada.

(4) A Balancing Methodology

102 In light of the foregoing considerations, several issues arise with respect to the question of the application of the *Charter* to investigations. It will be necessary to consider each of them carefully in order to develop a principled approach to determining whether the *Charter* applies and avoid the uncertainties that now plague the question.

103 The court must first turn to s. 32 in order to determine whether the actors are agents of government and then determine whether the activities fall within the scope of the legislative authority of Parliament or the provincial legislatures. It must begin by considering the wording of s. 32(1) of the *Charter*, bearing in mind that provision's two distinct components. As a threshold question, it must be asked whether there is a state actor in the sense of a government agent or official possessing statutory authority or exercising a public function (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 34-13 to 34-15 and 34-16 to 34-18). Police officers are clearly government actors to whom, *prima facie*, the *Charter* would apply: "By its terms, s. 32(1) dictates that the *Charter* applies to the Canadian police by virtue of their identity as part of the Canadian government" (*Cook*, at para. 124). However, the inquiry does not end there. It is clear that s. 32(1) applies to state actors "*in respect of all matters*" within the authority of Parliament or the provincial legislatures. The second part of the s. 32(1) inquiry is essential in such cases.

104 Although, on the basis of nationality, Canada has some jurisdiction over Canadian agents acting abroad, that jurisdiction is subject to the caveat that the matter must be within the authority of Parliament or the provincial legislatures. Consequently, Canada's jurisdiction is circumscribed

internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse fonder l'octroi d'une réparation suivant le par. 24(1) en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la *Charte* au Canada.

(4) Une méthode de pondération

En raison des considérations qui précèdent, l'application de la *Charte* aux enquêtes menées à l'étranger soulève plusieurs questions. Il faudra examiner chacune d'elles attentivement afin de définir une méthode raisonnée, apte à déterminer si la *Charte* s'applique et de dissiper l'incertitude actuelle.

D'abord, les tribunaux doivent s'en remettre à l'art. 32 pour déterminer si les acteurs en cause sont des mandataires du gouvernement et si les activités en cause ressortissent à la compétence législative du Parlement ou de la législature d'une province. Il convient de commencer par l'examen des termes employés au par. 32(1) de la *Charte*, en gardant présentes à l'esprit les deux composantes distinctes de la disposition. La question préliminaire consiste à déterminer si nous sommes en présence d'un acteur étatique, c'est-à-dire un mandataire du gouvernement ou un fonctionnaire investi d'un pouvoir légal ou exerçant une charge publique (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 34-13 à 34-15 et 34-16 à 34-18). Le policier est clairement un acteur étatique auquel s'applique à première vue la *Charte* : « Aux termes de cette disposition, la *Charte* s'applique à la police canadienne parce que celle-ci fait partie du gouvernement du Canada ou d'une province » (arrêt *Cook*, par. 124). L'examen ne prend pas fin pour autant. Il ressort du par. 32(1) que la *Charte* s'applique aux acteurs étatiques « pour tous les domaines » relevant du Parlement ou des législatures provinciales. Le second volet de l'analyse fondée sur le par. 32(1) est alors essentiel.

Bien que, sur le fondement de la nationalité, le Canada ait une certaine compétence à l'égard de ses mandataires à l'étranger, cette compétence doit s'exercer dans un domaine relevant du Parlement ou de la législature d'une province. La compétence du Canada se trouve donc limitée par la

by the territorial jurisdiction of the state in which its agents are operating. For example, Canadian consular officials operating abroad have some immunity from local laws on the basis of nationality jurisdiction, but that does not mean they have the power to abide by Canadian laws and only Canadian laws when in the host state. Bastarache J. correctly noted in *Cook* that a Canadian police officer is not stripped of his or her status as such on crossing the border into the U.S., but the officer's authority to exercise state powers is necessarily curtailed. Canada does not have authority over all matters respecting what the officer may or may not do in the foreign state. Where Canada's authority is limited, so too is the application of the *Charter*.

Neither Parliament nor the provincial legislatures have the power to authorize the enforcement of Canada's laws over matters in the exclusive territorial jurisdiction of another state. Canada can no more dictate what procedures are followed in a criminal investigation abroad than it can impose a taxation scheme in another state's territory. Criminal investigations implicate enforcement jurisdiction, which, pursuant to the principles of international law discussed above, cannot be exercised in another country absent the consent of the foreign state or the application of another rule of international law under which it can so be exercised. While concurrent jurisdiction over prosecutions of crimes linked with more than one country is recognized under international law, the same is not true of investigations, which are governed by and carried out pursuant to territorial jurisdiction as a matter inherent in state sovereignty. Any attempt to dictate how those activities are to be performed in a foreign state's territory without that state's consent would infringe the principle of non-intervention. And, as mentioned above, without enforcement, the *Charter* cannot apply.

In some cases, the evidence may establish that the foreign state consented to the exercise of Canadian enforcement jurisdiction within its territory. The *Charter* can apply to the activities of Canadian officers in foreign investigations where the host state consents. In such a case, the investigation would

compétence territoriale de l'État étranger. Par exemple, le fonctionnaire consulaire canadien en poste à l'étranger jouit à l'égard des lois locales d'une certaine immunité fondée sur la compétence nationale, mais il ne s'ensuit pas pour autant que seules les lois canadiennes lui sont opposables pendant son séjour dans l'État d'accueil. Dans l'arrêt *Cook*, le juge Bastarache a affirmé avec justesse que le policier canadien qui se rend aux États-Unis demeure un policier canadien, mais que son pouvoir d'exercer les attributions conférées par l'État est nécessairement limité. Le Canada n'a pas compétence dans tous les domaines à l'égard des actes permis à l'agent dans l'autre État. Lorsque survient une telle limitation de la compétence du Canada, elle vaut aussi pour l'application de la *Charte*.

Ni le Parlement ni les législatures provinciales n'ont le pouvoir d'autoriser l'application des lois canadiennes à des événements qui relèvent de la seule compétence territoriale d'un autre pays. À l'étranger, le Canada ne peut pas davantage dicter la procédure à suivre dans le cadre d'une enquête criminelle qu'il n'a la capacité d'y légiférer en matière de fiscalité. L'enquête criminelle met en jeu la compétence d'exécution et, selon les principes de droit international analysés précédemment, celle-ci ne peut être exercée dans un autre pays sans que l'État étranger y consente ou qu'une autre règle du droit international le permette. Lorsqu'un crime possède un lien avec plus d'un pays, le droit international reconnaît le caractère concurrent de la compétence à l'égard de la poursuite, mais pas à l'égard de l'enquête, qui ressortit fondamentalement à la compétence territoriale en raison de la souveraineté des États. Toute tentative du Canada de régir le déroulement de l'enquête sans le consentement de l'État étranger porterait atteinte au principe de la non-intervention. Et, je le répète, sans le pouvoir de faire respecter ses dispositions, la *Charte* ne saurait recevoir d'application.

Il peut arriver que la preuve établisse le consentement de l'État étranger à l'exercice, sur son territoire, de la compétence d'exécution du Canada. La *Charte* peut s'appliquer aux actes d'agents canadiens lors d'une enquête à l'étranger si l'État d'accueil y consent. L'enquête appartient alors à un

be a matter within the authority of Parliament and would fall within the scope of s. 32(1). Consent clearly is neither demonstrated nor argued on the facts of the instant appeal, so it is unnecessary to consider when and how it might be established. Suffice it to say that cases in which consent to the application of Canadian law in a foreign investigation is demonstrated may be rare.

domaine relevant du Parlement et tombe sous le coup du par. 32(1). Il est clair que l'existence d'un consentement n'est pas prouvée ni même alléguée en l'espèce, de sorte qu'il n'y pas lieu de déterminer à quelles conditions et de quelle manière elle peut être établie. Je ferai seulement observer que rares seront les cas dans lesquels l'on pourra prouver l'assujettissement au droit canadien d'une enquête à l'étranger.

107

If the court is not satisfied that the foreign state consented to the enforcement of Canadian law in its territory, it must turn to the final stage of the inquiry and consider how to ensure the fairness of a trial held in Canada. What is in issue at this stage is no longer whether the actions of state agents outside Canada were consistent with the *Charter*, but whether they affect the fairness of a trial inside Canada.

Le tribunal qui n'est pas convaincu que l'État étranger a consenti à l'application du droit canadien dans son territoire doit passer à la dernière étape de l'analyse et déterminer la manière de garantir l'équité d'un procès au Canada. Il ne s'agit plus de savoir si les actes accomplis à l'étranger par les mandataires de l'État ont respecté la *Charte*, mais bien s'ils ont des conséquences sur l'équité du procès au Canada.

108

Any individual tried in Canada for an offence under Canadian law has, pursuant to s. 11(d) and to centuries of common law, the right to a fair trial. In addition, everyone has the right to liberty and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7). This Court has in fact held that the right to a fair trial is a principle of fundamental justice: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603. If evidence is gathered in a way that fails to meet certain minimum standards, its admission at trial in Canada may — regardless of where it was gathered — amount to a violation of either or both of those sections of the *Charter*. Judges have the discretion to exclude evidence that would result in an unfair trial. That discretion, long established at common law, has attained constitutional status by being entrenched in s. 11(d) of the *Charter*. However, it does not automatically follow that a trial will be unfair or that the principles of fundamental justice will be infringed if evidence obtained in circumstances that do not meet *Charter* standards is admitted: *Harrer*, at para. 14.

L'alinéa 11d) de la *Charte* et des siècles d'application de la common law garantissent un procès équitable à toute personne accusée au Canada d'une infraction prévue en droit canadien. De plus, l'art. 7 dispose que chacun a droit à la liberté et qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Notre Cour a effectivement statué que le droit à un procès équitable est un principe de justice fondamentale : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603. Lorsqu'un élément de preuve est obtenu — où que ce soit — d'une manière qui ne respecte pas certaines conditions de base, son admission en preuve au Canada peut emporter la violation de l'une ou l'autre de ces dispositions de la *Charte*, ou des deux. Le tribunal détient le pouvoir discrétionnaire d'écarter un élément de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Consacré depuis longtemps en common law, ce pouvoir est désormais constitutionnalisé à l'al. 11d) de la *Charte*. Cependant, l'admission en preuve d'un élément obtenu dans des circonstances non conformes aux exigences de la *Charte* ne rendra pas automatiquement le procès inéquitable ni ne constituera d'emblée une atteinte aux principes de justice fondamentale : *Harrer*, par. 14.

109

The circumstances in which the evidence was gathered must be considered in their entirety to

Il faut examiner toutes les circonstances de l'obtention d'un élément de preuve pour décider si son

determine whether admission of the evidence would render a Canadian trial unfair. The way in which the evidence was obtained may make it unreliable, as would be true of conscriptive evidence, for example. The evidence may have been gathered through means, such as torture, that are contrary to fundamental *Charter* values. Such abusive conduct would taint the fairness of any trial in which the evidence was admitted: *Harrer*, at para. 46. La Forest J. offered the following additional guidance in *Harrer*, at paras. 16-18:

The fact that the evidence was obtained in another country in accordance with the law of that country may be a factor in assessing fairness. Its legality at the place in question will necessarily affect all participants, including the police and the individual accused. More specifically, conformity with the law of a country with a legal system similar to our own has even more weight, for we know that a number of different balances between conflicting principles can be fair . . .

But the foreign law is not governing in trials in this country. For example, it may happen that the evidence was obtained in a manner that conformed with the law of the country where it was obtained, but which a court in this country would find in the circumstances of the case would result in unfairness if admitted at trial. On the other hand, the procedural requirements for obtaining evidence imposed in one country may be more onerous than ours. Or they may simply have rules that are different from ours but are not unfair. Or again we may not find in the particular circumstances that the manner in which the evidence was obtained was sufficiently objectionable as to require its rejection. In coming to a decision, the court is bound to consider the whole context.

At the end of the day, a court is left with a principled but fact-driven decision.

La Forest J. and McLachlin J. both found that admission of the evidence would not render the trial unfair in the circumstances of that case. McLachlin J. noted in particular that the relevant

admission rendrait inéquitable le procès instruit au Canada. La manière dont est recueilli un élément de preuve peut le rendre non crédible : p. ex., la mobilisation de l'accusé contre lui-même. La preuve peut avoir été obtenue sous la torture ou un autre moyen contraire aux valeurs fondamentales de la *Charte*, auquel cas son admission compromettrait l'équité du procès au Canada : *Harrer*, par. 46. Dans cet arrêt, le juge La Forest a ajouté à ce propos (par. 16-18) :

Le fait que l'élément de preuve ait été recueilli dans un autre pays, conformément au droit de ce pays, peut être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qui est équitable. La légalité de cet élément de preuve dans le pays en question aura nécessairement des conséquences pour les divers intervenants, y compris la police et l'accusé. De façon plus particulière, l'élément de preuve aura un poids encore plus grand s'il est conforme aux règles de droit d'un pays ayant un système juridique similaire au nôtre, car nous savons que le fait que des pays aient établi un équilibre différent entre des valeurs opposées n'est pas un obstacle à l'équité . . .

Cependant, ce n'est pas le droit étranger qui s'applique dans les procès au Canada. Par exemple, il est possible qu'un élément de preuve ait été recueilli conformément au droit du pays étranger visé, mais qu'un tribunal canadien juge néanmoins que, dans les circonstances de l'espèce, admettre cet élément entraînerait un procès inéquitable. Par ailleurs, il se peut également que les exigences procédurales d'un pays étranger en matière d'obtention de la preuve soient plus rigoureuses que les nôtres, ou encore que certains pays aient des règles tout simplement différentes des nôtres, sans pour autant que ces règles soient inéquitables. Enfin, il est toujours possible que nous jugions que, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'élément de preuve n'a pas été obtenu d'une manière suffisamment condamnable pour qu'il soit nécessaire de l'écarter. Pour prendre sa décision à cet égard, le tribunal doit tenir compte de l'ensemble du contexte.

En fin de compte, le tribunal rend une décision qui est fondée sur des principes mais déterminée par les faits.

Les juges La Forest et McLachlin ont tous deux conclu que l'admission de l'élément de preuve n'aurait pas rendu le procès inéquitable dans les circonstances de l'espèce. La juge McLachlin a en

circumstances included the expectations of the accused in the place where the evidence was taken, and that the police conduct was neither unfair nor abusive. She made the following comment, at para. 49: “The unfairness arises in large part from the accused’s expectation that the police in Canada will comply with Canadian law. Where the [evidence] is [gathered] abroad, the expectation is otherwise.”

particulier fait état, au nombre des circonstances à considérer, des attentes de l’accusée là où l’élément avait été recueilli, et elle a estimé que le comportement des policiers n’avait été ni inéquitable ni abusif. Elle a fait observer que « [l]’injustice découle en grande partie du fait que l’accusé s’attend à ce que les policiers canadiens respectent la loi canadienne. Lorsque la [preuve] est recueillie à l’étranger, les attentes ne sont pas les mêmes » (par. 49).

111

Individuals can reasonably expect that certain basic standards will be adhered to in all free and democratic societies; where those standards are deviated from in gathering evidence, a Canadian trial that relies on that evidence may be unfair. In such instances, “[i]t may be that . . . notwithstanding the suspect’s submission to the law of the foreign jurisdiction, to admit the evidence would be so grossly unfair as to repudiate the values underlying our trial system and condone procedures which are anathema to the Canadian conscience” (*Harrer*, at para. 51). Whether the evidence was obtained in compliance with or in violation of the law of the foreign state may also be relevant. However, where commonly accepted laws are complied with, no unfairness results from variances in particular procedural requirements or from the fact that another country chooses to do things in a somewhat different way than Canada. Further, the failure to comply with a particular rule in a given case does not necessarily amount to an injustice. As La Forest J. noted in *Harrer*, at para. 15, “we must be mindful that a constitutional rule may be adopted to ensure that our system of obtaining evidence is so devised as to ensure that a guaranteed right is respected as a matter of course”. The rule is directed not at the individual case alone, but rather at systemic fairness — a concern that does not arise in foreign investigations under foreign systems. Instead, the concern is to preserve the fundamental values of the Canadian trial process.

On peut raisonnablement s’attendre au respect de certaines exigences fondamentales dans toute société libre et démocratique. Lorsqu’il n’est pas satisfait à ces exigences pour l’obtention d’un élément de preuve, le procès canadien qui s’appuie sur cet élément peut devenir inéquitable. Dans ce cas, « [i]l se peut que [. . .] même si le suspect était soumis à la loi étrangère, utiliser [l’élément] de preuve constituerait une injustice criante au point de rejeter les valeurs qui sous-tendent notre système judiciaire et de tolérer des procédures qui sont totalement condamnées au Canada » (*Harrer*, par. 51). Le fait que l’élément de preuve a été obtenu conformément ou non au droit de l’État étranger peut aussi devenir pertinent. Toutefois, lorsque les règles généralement reconnues sont respectées, une différence au chapitre des exigences procédurales ou le choix du pays étranger de faire les choses différemment n’entraîne pas d’iniquité. En outre, le non-respect d’une règle particulière dans un cas donné n’équivaut pas nécessairement à une injustice. Comme l’a souligné le juge La Forest dans l’arrêt *Harrer*, « il faut être conscient qu’une règle constitutionnelle peut être adoptée pour faire en sorte que nos mécanismes d’obtention de la preuve soient conçus de manière à assurer, dans le cours normal des choses, le respect d’un droit garanti » (par. 15). La règle vise non seulement l’équité dans le cas considéré, mais aussi l’équité systémique, un objectif qui ne vaut pas pour l’enquête dans un autre État menée conformément aux exigences de ce dernier. La règle vise plutôt à préserver les valeurs fondamentales de la procédure judiciaire au Canada.

112

Despite the fact that the right to a fair trial is available only at the domestic level, after the investigation, it does provide an incentive for Canadian

Même si le droit à un procès équitable s’applique seulement dans notre pays après l’enquête menée en collaboration à l’étranger, il incite le policier

police officers to encourage foreign police to maintain high standards in the course of a co-operative investigation so as to avoid having the evidence excluded or a stay entered: *Terry*, at para. 26. In a similar vein, L'Heureux-Dubé J. commented in *Cook*, at para. 103, that to the extent that it is possible to do so in the circumstances, Canadian police should strive to conduct investigations outside Canada in accordance with the letter and spirit of the *Charter*, even when its guarantees do not apply directly.

G. *Summary of the Approach*

The methodology for determining whether the *Charter* applies to a foreign investigation can be summarized as follows. The first stage is to determine whether the activity in question falls under s. 32(1) such that the *Charter* applies to it. At this stage, two questions reflecting the two components of s. 32(1) must be asked. First, is the conduct at issue that of a Canadian state actor? Second, if the answer is yes, it may be necessary, depending on the facts of the case, to determine whether there is an exception to the principle of sovereignty that would justify the application of the *Charter* to the extraterritorial activities of the state actor. In most cases, there will be no such exception and the *Charter* will not apply. The inquiry would then move to the second stage, at which the court must determine whether evidence obtained through the foreign investigation ought to be excluded at trial because its admission would render the trial unfair.

H. *Application to the Facts*

I will now apply the foregoing methodology to the facts of the instant case.

At the first stage, there is no question in the case at bar that the RCMP officers involved in the searches and seizures are state actors for the purposes of s. 32(1). However, since the search was carried out in Turks and Caicos, it is not a matter within the authority of Parliament. Without evidence of consent, that is enough to conclude that the *Charter* does not apply. It is not reasonable to suggest that

canadien à encourager son homologue étranger à observer des normes rigoureuses afin d'éviter l'exclusion d'un élément de preuve ou l'arrêt des procédures : *Terry*, par. 26. Dans le même ordre d'idées, la juge L'Heureux-Dubé a opiné que lors d'une enquête à l'étranger, le policier canadien doit, dans la mesure du possible, s'efforcer de respecter la lettre et l'esprit de la *Charte* même lorsque les droits qu'elle garantit ne s'appliquent pas directement : *Cook*, par. 103.

G. *Résumé de la méthode à appliquer*

Je résumerai maintenant la méthode grâce à laquelle on peut déterminer si la *Charte* s'applique à une enquête à l'étranger. La première étape consiste à se demander si l'acte considéré tombe sous le coup du par. 32(1) et est soumis à la *Charte*. En raison de la présence des deux alinéas du par. 32(1), deux sous-questions se posent alors. Premièrement, l'acte a-t-il été accompli par un acteur étatique canadien? Deuxièmement, dans l'affirmative, il peut se révéler nécessaire, selon les faits de l'espèce, de déterminer si une exception au principe de souveraineté justifie l'application de la *Charte* aux activités extraterritoriales de l'acteur étatique. Dans la plupart des cas, aucune ne vaudra, et la *Charte* n'aura pas d'effet. Le tribunal passe alors à la seconde étape — déterminer si la preuve obtenue à l'issue de l'enquête à l'étranger doit être écartée au motif qu'elle est de nature à compromettre l'équité du procès.

H. *Application aux faits*

J'appliquerai maintenant cette méthode aux faits de l'espèce.

En ce qui a trait à la première étape, il ne fait aucun doute que les agents de la GRC ayant pris part aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées en l'espèce sont des acteurs étatiques pour les besoins du par. 32(1). Cependant, puisque les mesures ont été prises aux îles Turks et Caicos, elles n'appartiennent pas à un domaine relevant du Parlement. Nul consentement n'ayant été établi,

113

114

115

Turks and Caicos consented to Canadian extraterritorial enforcement jurisdiction in the instant case. Nonetheless, I will say a few words on the factual circumstances of the investigation.

force est donc de conclure que la *Charte* ne s'applique pas. On ne saurait prétendre que les îles Turks et Caicos ont consenti en l'espèce à l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution du Canada. Voici néanmoins quelques remarques au sujet du déroulement de l'enquête.

116

The trial judge made several significant findings of fact, and the appellant has not attempted to argue that they were based on a palpable and overriding error. Those findings are that:

Le juge du procès a tiré plusieurs conclusions de fait importantes, et l'appelant n'a pas tenté d'établir qu'elles reposaient sur une erreur manifeste et dominante :

- Detective Superintendent Lessemun “agreed to allow the RCMP to continue its investigation on the Islands, but was adamant he was going to be in charge, and that the RCMP would be working under his authority” (para. 4);
- “the RCMP officers were, and understood that they were, operating under the authority of Detective Superintendent Lessemun” (para. 25);
- the RCMP officers “were subject to Turks & Caicos authority” (para. 25);
- “the Canadian police, in this case, were operating under and subject to the authority of Detective Superintendent Lessemun” (para. 29); and
- “the propriety and legality of the entries into the private premises in the Turks & Caicos Islands . . . are subject to Turks & Caicos criminal law and procedures and the superintending scrutiny of the Turks & Caicos courts” (para. 29).
- le commissaire Lessemun a autorisé la GRC à poursuivre l'enquête dans l'archipel, mais il a précisé qu'il en aurait la responsabilité et que la GRC serait soumise à son autorité (par. 4).
- les agents de la GRC étaient sous l'autorité du commissaire Lessemun et ils en étaient conscients (par. 25);
- les agents de la GRC étaient soumis aux autorités des îles Turks et Caicos (par. 25);
- en l'espèce, les policiers canadiens agissaient sous l'autorité du commissaire Lessemun (par. 29);
- la régularité et la légalité des entrées clandestines dans les locaux privés aux îles Turks et Caicos relevaient du droit criminel et de la procédure pénale de ce pays et étaient assujetties au contrôle des tribunaux locaux (par. 29).

As those findings demonstrate, Turks and Caicos clearly and consistently asserted its territorial jurisdiction in the conduct of the investigation within its borders. It controlled the investigation at all times, repeatedly making it known to the RCMP officers that, at each step, the activities were being carried out pursuant to Turks and Caicos authority alone. As found by the trial judge, the RCMP officers were well aware that, when operating in Turks and Caicos, they were working under the authority and direction of Detective Superintendent

Comme le montrent ces conclusions, les îles Turks et Caicos ont toujours fait clairement valoir leur compétence territoriale à l'égard de l'enquête menée dans son territoire. Elles ont conservé la responsabilité de l'enquête du début à la fin, rappelant maintes fois aux agents de la GRC qu'à chacune des étapes, les mesures étaient prises sous leur seule autorité. Comme l'a conclu le juge du procès, les agents de la GRC étaient bien conscients du fait qu'ils étaient soumis, dans l'archipel, à l'autorité du commissaire Lessemun. Même si une grande

Lessemun. Although much of the planning took place in Canada, and Canada contributed much of the human and technological resources, Turks and Caicos law and procedure applied to all the searches: it applied to the perimeter searches in February 1998, to the covert entries in March 1998, and to the overt entries in February 1999. In his trial testimony, Officer Boyle explained this as follows:

I – I don’t think there would have been any way, and certainly we would – I wasn’t of the – I wasn’t of the opinion that we would make [Detective Superintendent Lessemun] answerable to us in any way. We were – we were at his – it was at his discretion as to what we were allowed to do on that island. We were asking for his assistance as a Turks and Caicos police officer.

. . .

. . . I had no authority. None of our officers, myself or the RCMP officers, had any authority to conduct any investigations or searches on the island.

Finally, warrants were sought in Turks and Caicos courts, and that country’s authorities prevented the seized documents from being removed to Canada.

The appellant took issue in this appeal with the trial judge’s finding that the RCMP and Turks and Caicos officers were engaged in a “co-operative investigation”. There is no magic in the words “co-operative investigation”, because the issue relates not to who participated in the investigation but to the fact that it occurred on foreign soil and that consent was not given for the exercise of extraterritorial jurisdiction by Canada. When investigations are carried out within another country’s borders, that country’s law will apply. A co-operative effort involving police from different countries “does not make the law of one country applicable in the other country”: *Terry*, at para. 18.

In short, although Canadian state actors were involved, the searches and seizures took place in Turks and Caicos and so were not matters within the authority of Parliament. The *Charter* does not apply.

partie de l’opération a été planifiée au Canada et que l’apport canadien a été important sur le plan des ressources humaines et techniques, le droit et la procédure des îles Turks et Caicos se sont appliqués à la totalité de l’opération, soit aux perquisitions périphériques de février 1998, aux entrées clandestines de mars 1998 et aux visites de février 1999. Au procès, l’agent Boyle a expliqué :

[TRADUCTION] Je – je ne pense pas qu’il y aurait eu moyen, et nous aurions certainement – je ne – je ne croyais pas que [le commissaire Lessemun] aurait pu nous être subordonné de quelque manière. Nous – nous relevions – lui seul décidait de ce que nous étions autorisés à faire dans l’archipel. Nous demandions son assistance en tant que policier des îles Turks et Caicos.

. . .

. . . je n’avais aucun pouvoir. Aucun de nos agents, ni moi ni les autres agents de la GRC, n’avait le pouvoir de faire enquête ou d’effectuer des fouilles et des perquisitions dans l’archipel.

Enfin, des demandes de mandat ont été présentées aux tribunaux des îles Turks et Caicos, et les autorités de l’archipel ont empêché le transfert au Canada des documents saisis.

L’appelant conteste la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers de la GRC et ceux des îles Turks et Caicos ont participé à une « enquête menée en collaboration ». Cette qualification importe peu. Ce n’est pas l’identité des participants à l’enquête qui revêt un caractère déterminant, mais plutôt le fait que celle-ci a eu lieu en sol étranger, sans consentement à l’exercice de la compétence extraterritoriale du Canada. Lorsqu’une enquête se déroule dans un autre pays, le droit étranger s’applique. Une opération à laquelle collaborent des policiers de différents pays « ne rend pas les lois d’un pays applicables dans un autre » : *Terry*, par. 18.

En somme, même si des acteurs étatiques canadiens étaient en cause, les fouilles, les perquisitions et les saisies ont eu lieu aux îles Turks et Caicos et n’appartenaient donc pas à un domaine relevant du Parlement. La *Charte* ne s’applique pas.

119

The final recourse available to the appellant would be to demonstrate that the trial judge erred in admitting the evidence because doing so rendered the trial unfair. The trial judge determined that to admit the evidence would not result in an unfair trial and that it need not therefore be excluded, and the appellant did not argue trial fairness in this appeal. Nonetheless, I will consider this issue briefly.

120

There was some discussion at trial about the existence of warrants authorizing the March 14, 1998 entries. No warrants were admitted into evidence, and I must proceed on the basis that the searches were warrantless. However, considering all the circumstances, I cannot conclude that the admission of the documents obtained through the searches rendered the trial unfair. The evidence at issue consists of documents obtained from the BWIT's office. As Juriansz J. found in his ruling on the application to exclude, it is not conscriptive evidence. The actions of the RCMP officers were not unreasonable or unfair, as they were acting under Detective Superintendent Lessemun's direction and had a genuine and reasonable belief that they were complying with Turks and Caicos law. They thought that search warrants had been obtained and that the investigation was lawful under Turks and Caicos law. The RCMP officers acted in good faith at all times. Their actions were not improper. The way in which the evidence was obtained in no way undermines its reliability. Moreover, since he had chosen to conduct business in Turks and Caicos, the appellant's reasonable expectation should have been that Turks and Caicos law would apply to the investigation. Although no warrants were admitted at trial, I can find no evidence that the searches and seizures were conducted in a manner inconsistent with the requirements of Turks and Caicos law. Little evidence was presented on Turks and Caicos law. Foreign law must be proved. I see no basis for concluding that the procedural requirements for a lawful search and seizure under Turks and Caicos law fail to meet basic standards commonly accepted by free and democratic societies.

Le dernier moyen dont dispose l'appellant consisterait à établir que le juge du procès a eu tort d'admettre les éléments de preuve, car le procès en a été rendu inéquitable. Le juge du procès a conclu que les éléments ne devaient pas être écartés pour ce motif, et l'appellant n'a pas invoqué la question de l'équité du procès dans le présent pourvoi. J'examinerai néanmoins la question brièvement.

L'existence de mandats autorisant les entrées du 14 mars 1998 n'a pas été clairement établie au procès. Aucun document n'a été présenté à l'appui et je dois considérer que les fouilles et les perquisitions ont été effectuées sans mandat. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je ne puis toutefois conclure que l'admission des documents obtenus grâce aux fouilles et aux perquisitions ont rendu le procès inéquitable. Les éléments de preuve en cause sont des documents saisis aux bureaux de la BWIT. Comme l'a fait observer le juge Juriansz, il ne s'agit pas d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Les agents de la GRC n'ont pas agi de manière abusive ou inéquitable. Ils ont suivi les instructions du commissaire Lessemun et ont véritablement et raisonnablement cru respecter le droit des îles Turks et Caicos. Ils pensaient que des mandats de perquisition avaient été délivrés et que l'enquête était conforme au droit local. Ils ont toujours agi de bonne foi. Leurs actes n'ont pas été abusifs. Le mode d'obtention de la preuve ne diminue en rien sa valeur. De plus, en choisissant d'exercer ses activités aux îles Turks et Caicos, l'appellant aurait dû raisonnablement s'attendre à ce que le droit de l'archipel s'applique à l'enquête. Bien qu'aucun mandat n'ait été admis en preuve au procès, je ne puis conclure que les fouilles, les perquisitions et les saisies ont été effectuées sans que les exigences du droit local soient respectées. Peu d'éléments de preuve ont été présentés concernant le régime juridique des îles Turks et Caicos. Le droit étranger doit être prouvé. Rien ne permet de conclure que les exigences procédurales applicables aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies dans l'archipel ne sont pas équivalentes à celles qui s'appliquent généralement à ces mesures dans les sociétés libres et démocratiques.

I do not think the circumstances demonstrate that this is a case where admission of the evidence would violate the appellant's right to a fair trial.

III. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

The reasons of Bastarache, Abella and Rothstein were delivered by

BASTARACHE J. — This appeal is concerned with only one situation, investigatory actions undertaken by Canadian law enforcement officials in the Turks and Caicos Islands. It is argued that this Court's decision in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, left unclear whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will apply in such a case and that some clarification of the issue is required.

I have read the reasons of LeBel J. and believe we agree on many points. We agree that Canadian officers must respect fundamental human rights when investigating abroad. We also see the need for Canadian officers to participate effectively in the fight against transnational crime and recognize that this will often require Canadian officials to follow foreign laws and procedures. We both recognize that, on one hand, comity demands respect for a foreign state's choice of criminal procedure, while on the other hand, there is the possibility that some foreign procedures may violate fundamental human rights. In essence, we both see the need to strike a balance between effective participation by Canadian officers in fighting transnational crime and the protection of fundamental human rights.

Where we disagree is on the *Charter's* role in this process. My colleague sees international law as the proper vehicle for achieving this balance. I prefer to continue to rely on the *Charter*, as this Court attempted to do in *Cook*, though I recognize

Je ne crois pas qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où l'admission des éléments de preuve porterait atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable.

III. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs des juges Bastarache, Abella et Rothstein rendus par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi ne vise qu'une situation, soit celle où des mesures d'enquête sont prises par des policiers canadiens aux îles Turks et Caicos. Dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, notre Cour n'aurait pas tranché clairement, soutient-on, la question de l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la situation considérée en l'espèce, de sorte que des éclaircissements s'imposeraient.

J'ai pris connaissance des motifs du juge LeBel et j'y souscris en grande partie. Nous sommes tous deux d'avis que les policiers canadiens doivent respecter les droits fondamentaux de la personne lorsqu'ils font enquête à l'étranger. En outre, nous jugeons nécessaire qu'ils participent effectivement à la lutte contre la criminalité transnationale et nous reconnaissons que cela exige souvent qu'ils se conforment à des règles de droit et de procédure étrangères. Nous convenons également que la courtoisie internationale exige le respect de la procédure pénale établie par l'État étranger, mais qu'il peut arriver que celle-ci porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne. Essentiellement, nous convenons de la nécessité d'établir un équilibre entre, d'une part, la participation efficace des policiers canadiens à la lutte contre la criminalité transnationale et, d'autre part, la protection des droits fondamentaux de la personne.

Toutefois, nous divergeons d'opinions quant au rôle de la *Charte* dans cette démarche. Selon mon collègue, c'est en fonction du droit international que s'établit le mieux cet équilibre. Pour ma part, je préfère m'en tenir à la *Charte*, comme notre Cour

121

122

123

124

125

there are problems with the position of the majority in that case that must be dealt with. Constitutions operate to define the sphere of legitimate governmental action; the *Charter* imposes restraints on all conduct of Canadian government officials with respect to fundamental human rights. It is a flexible document, amenable to contextual interpretation and permitting reasonable justifications of limitations to fundamental rights. I am of the view that it can apply to Canadian officers operating in another country without jeopardizing the need for comity.

126 I would resolve this case by ruling that the *Charter* did apply to the search and seizures conducted by the RCMP in the Turks and Caicos Islands. I would however dismiss the appeal by finding that Hape has not established a breach of s. 8 of the *Charter*.

I. Background

127 I generally agree with the summary of facts and judicial history of the case as set out by my colleague. However, I find it useful for the analysis that is to follow to set out the trial judge's ruling on the *Charter* and s. 8 in greater detail.

128 The trial judge resolved Hape's *Charter* motion by reference to *Cook*. He first noted that the majority found the *Charter* did apply to the actions of Canadian law enforcement in foreign territory and then cited an excerpt from my concurring reasons as imposing a qualification based on the extent of control an officer exercises over the investigation ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

129 He then stated that both the majority and concurring reasons require more than just s. 32 compliance, citing the majority's statement that the *Charter* will not apply where it "interfere[s] with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate[s] an objectionable extra-territorial effect" (para. 20).

a tenté de le faire dans l'arrêt *Cook*. Je reconnais cependant que la position des juges majoritaires dans cet arrêt pose certains problèmes qui doivent être réglés. Une constitution délimite l'action gouvernementale. La *Charte*, elle, limite les actes des membres de l'appareil gouvernemental canadien afin d'assurer le respect des droits fondamentaux de la personne. La *Charte* est un instrument souple qui se prête à une interprétation contextuelle et qui permet d'apporter à un droit fondamental une restriction fondée sur un motif raisonnable. À mon sens, on peut l'appliquer à un policier canadien faisant enquête à l'étranger sans que cela ne porte atteinte au principe de courtoisie internationale.

En l'espèce, j'estime que la *Charte* s'appliquait aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies de la GRC aux îles Turks et Caicos, mais je suis d'avis de rejeter le pourvoi, car M. Hape n'a pas prouvé la violation de l'art. 8 de la *Charte*.

I. Contexte

Je fais généralement miens le résumé des faits et l'historique judiciaire de mon collègue. Toutefois, il me paraît utile, pour les besoins de ma propre analyse, d'exposer plus en détail les conclusions du juge du procès relatives à la *Charte* et à son art. 8.

Le juge du procès s'est appuyé sur l'arrêt *Cook* pour statuer sur la requête présentée par M. Hape en application de la *Charte*. Il a d'abord relevé la conclusion des juges majoritaires selon laquelle la *Charte* s'appliquait aux actes des policiers canadiens à l'étranger, mais — citant à l'appui un passage de mes motifs concordants — qu'il fallait tenir compte de la mesure dans laquelle les policiers avaient dirigé l'enquête ([2002] O.J. No. 3714 (QL)).

Il a ajouté que suivant les motifs majoritaires et concordants, la stricte conformité à l'art. 32 ne suffisait pas, les juges majoritaires ayant opiné que la *Charte* ne pouvait s'appliquer que si elle ne portait pas « atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produi[sai]t donc pas d'effet extraterritorial inacceptable » (par. 20).

The trial judge went on to discuss alternative language used by the majority to express this requirement, specifically that “Charter standards could ‘not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state’” (para. 21). He then quoted all of para. 54 of *Cook* where he found that the majority again stressed this limitation.

The trial judge then pointed out the majority’s emphasis on the words “co-operative investigation” in para. 54, quoting Justice McLachlin’s (as she then was) observation in *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, that “any co-operative investigation involving law enforcement agencies of Canada and the United States will be governed by the laws of the jurisdiction in which the activity is undertaken”.

Following this, the trial judge rejected the defence’s argument that a “co-operative investigation” is one where the participants make relatively equal contributions. He found that the term did not connote the extent of participation of the parties except that they “wor[k] together to the same end” (para. 24).

He then proceeded to find that the RCMP officers in question were involved in a “co-operative investigation”:

In any event, Detective Superintendent Lessemun was with the Canadian police at all times and did play a role in what they did by acting as a look-out, by providing information, and, the Canadian police believed, by obtaining warrants. While the Canadians may have made a larger contribution of officers, expertise and equipment, the Turks & Caicos contributed police authority in the jurisdiction. The RCMP sought and was granted permission from the Turks & Caicos authorities to conduct investigation on the Island. I accept Officer Boyle’s testimony that the RCMP officers were, and understood that they were, operating under the authority of Detective Superintendent Lessemun. The fact that the RCMP could not remove the seized records from the Island, as they had planned, makes apparent that they were subject to Turks & Caicos authority.

I find that all the actions of the RCMP on the Turks and Caicos Islands were part of a “co-operative investigation.” [paras. 25-26]

Il s’est penché sur la même exigence, mais formulée différemment par les juges majoritaires : [TRADUCTION] « l’application des normes imposées par la Charte “n’entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l’État étranger” » (par. 21). Puis il a cité le par. 54 de l’arrêt *Cook* en entier où, à son avis, les juges majoritaires revenaient sur cette restriction.

Il a relevé dans le même paragraphe l’accent mis sur les mots « enquête fondée sur la collaboration » employés par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207 : « toute enquête fondée sur la collaboration entre des autorités policières canadiennes et américaines sera régie par les lois du pays où l’activité en question se déroule ».

Il a rejeté la thèse de la défense voulant qu’une « enquête fondée sur la collaboration » suppose l’égalité relative des participations. Il a conclu qu’une telle enquête n’exigeait pas un niveau particulier de participation de part et d’autre, mais uniquement la collaboration à une même entreprise (par. 24).

Il a statué que les agents de la GRC avaient participé à une « enquête fondée sur la collaboration » :

[TRADUCTION] De toute façon, le commissaire Lessemun a toujours accompagné les policiers canadiens et il a participé à l’enquête en faisant le guet, en fournissant des renseignements et, selon ce que croyaient les policiers canadiens, en obtenant des mandats. L’apport du Canada a peut-être été plus grand sur le plan de l’effectif, de l’expertise et du matériel, mais les îles Turks et Caicos avaient la responsabilité de l’enquête policière dans le territoire. La GRC avait obtenu l’autorisation de faire enquête dans l’archipel. J’ajoute foi au témoignage de l’agent Boyle selon lequel les agents de la GRC étaient sous l’autorité du commissaire Lessemun et en étaient conscients. Le fait que les agents de la GRC n’ont pu quitter l’archipel en emportant avec eux les dossiers saisis comme ils l’avaient projeté indique clairement qu’ils étaient soumis à l’autorité des îles Turks et Caicos.

Je conclus que tous les actes de la GRC aux îles Turks et Caicos ont été accomplis dans le cadre d’une « enquête fondée sur la collaboration ». [par. 25-26]

130

131

132

133

134

Following this conclusion, the trial judge determined that it was for him to determine whether the application of the *Charter* to this “co-operative investigation” would result in an objectionable extra-territorial effect. He concluded that it would:

Cory J. and Iacobucci J., in the majority judgment in *Cook*, indicated, at paragraphs 15 and 54, that there is an objectionable extra-territorial effect when Canadian criminal law standards are imposed on foreign officials and procedures. In *Cook*, the words which the Canadian police spoke to the accused were at their complete discretion. The conversation between the Canadian police and *Cook*, while it took place in a U.S. jail, was not subject to American law and procedure. In that conversation, the Canadian police could have instructed the accused about his right to counsel in accordance with Canadian standards without implicating American criminal law or procedures.

This is a different case, because the Canadian police, in this case, were operating under and subject to the authority of Detective Superintendent Lessemun. Moreover, the propriety and legality of the entries into the private premises in the Turks & Caicos Islands, whether pursuant to warrants or not, are subject to Turks & Caicos criminal law and procedures and the superintending scrutiny of the Turks & Caicos courts. [paras. 28-29]

On this basis, the trial judge held that the *Charter* did not apply.

135

The Court of Appeal essentially endorsed the trial judge’s ruling on s. 8, finding that he considered the binding authorities (*Terry* and *Cook*) and correctly concluded on the basis of these authorities that the *Charter* did not apply ((2005), 201 O.A.C. 126).

II. Submissions of the Parties

136

The appellant’s argument is that the conduct of the Canadian police falls within the factual confines of *Cook*. He further argues that the courts below erred in not applying the *Charter* on the basis that the RCMP officer’s actions were part of a “co-operative investigation”. He submits that the passage in *Terry* that employs this term only emphasizes that the *Charter* will not apply to foreign authorities, not that the *Charter* cannot apply

Le juge du procès s’est ensuite demandé — comme il estimait devoir le faire — si l’application de la *Charte* à cette « enquête fondée sur la collaboration » produirait un effet extraterritorial inacceptable. Il a répondu par l’affirmative :

[TRADUCTION] Les juges Cory et Iacobucci, majoritaires dans l’affaire *Cook*, indiquent aux par. 15 et 54 que l’effet extraterritorial est inacceptable lorsque les normes du droit pénal canadien sont appliquées à la procédure et aux fonctionnaires étrangers. Dans cette affaire, les policiers canadiens avaient pu dire ce qu’ils avaient voulu à l’accusé. Leur entretien avec M. *Cook*, même s’il avait eu lieu dans une prison américaine, n’avait pas été assujéti aux règles de droit et de procédure américaines. Au cours de cet entretien, les policiers canadiens auraient pu informer l’accusé de son droit à l’assistance d’un avocat conformément aux exigences canadiennes sans porter atteinte au droit pénal américain — substantiel ou procédural.

La présente espèce se distingue de l’affaire *Cook* en ce que les policiers canadiens agissaient sous l’autorité du commissaire Lessemun. En outre, la régularité et la légalité des entrées dans les locaux privés aux îles Turks et Caicos, qu’elles aient eu lieu ou non en vertu de mandats, relèvent du droit pénal — substantiel ou procédural — de l’archipel et sont assujetties au contrôle des tribunaux de ce pays. [par. 28-29]

Le juge du procès a donc conclu que la *Charte* ne s’appliquait pas.

La Cour d’appel a essentiellement fait sienne la décision concernant l’art. 8, concluant que le juge du procès avait tenu compte des arrêts applicables (*Terry* et *Cook*) et avait eu raison de conclure, à la lumière de ces arrêts, que la *Charte* ne s’appliquait pas ((2005), 201 O.A.C. 126).

II. Thèses des parties

L’appelant soutient que les actes des policiers canadiens sont assimilables à ceux considérés dans l’arrêt *Cook*. Il ajoute que les tribunaux inférieurs ont eu tort de conclure à la non-application de la *Charte* au motif que les agents de la GRC avaient agi dans le cadre d’une « enquête fondée sur la collaboration ». Il fait valoir que dans l’arrêt *Terry*, notre Cour a employé cette expression pour préciser que la *Charte* ne s’applique pas aux autorités

to Canadian authorities. The appellant asks that the conviction be quashed as a result of a violation of s. 8 (though I note that he submits no argument on the alleged s. 8 breach or s. 24(2)).

The respondent takes the position that the trial judge correctly applied a “co-operation” test to determine the application of the *Charter*, and that the appellant is really only challenging his factual finding that the RCMP officers were co-operating with and under the control of Turks and Caicos officials. It argues that the decision of the trial judge is entitled to deference absent a palpable and overriding error and notes that no such error has been demonstrated. The respondent further argues that applying the *Charter* in this case would result in imposing the *Charter* to the laws and procedures of a foreign country, which *Cook* determined would constitute an interference with the sovereign authority of that country.

The intervener, Attorney General of Ontario, argues that co-operation *per se* precludes the application of the *Charter* in this case and supports the rulings of the courts below. The intervener does, however, make an alternative argument assuming *Charter* application. It argues that before determining whether *Charter* compliance will constitute an “objectionable extraterritorial effect”, it is first necessary to determine the nature and scope of the s. 8 *Charter* right in the location and jurisdiction searched. Essentially, the intervener cautions this Court against endorsing an approach that would permit wholesale application of s. 8 to the activities of Canadian officials investigating abroad. It argues that protection consistent with the law of the foreign country is merited here and that this can be realized by adopting the approach of Lamer C.J. in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, or by relying on comments made by this Court in previous judgments that provide that the scope of s. 8 is determined by a contextual approach. The intervener also emphasizes that a wholesale approach to applying s. 8 abroad would hamper international co-operation in fighting transnational crime.

étrangères, et non qu'elle ne peut s'appliquer aux autorités canadiennes. L'appelant demande l'annulation de sa déclaration de culpabilité au motif qu'il a été porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 (même s'il n'a formulé aucun argument concernant la violation alléguée de l'art. 8 ou du par. 24(2)).

L'intimée est d'avis que le juge du procès a correctement appliqué le critère de la « collaboration » pour statuer sur l'application de la *Charte* et que l'appelant ne conteste que la conclusion de fait suivant laquelle les agents de la GRC collaboraient avec les autorités des îles Turks et Caicos et relevaient d'elles. Elle soutient qu'à défaut d'une erreur manifeste et dominante, la décision du juge du procès commande la déférence et elle signale qu'une telle erreur n'a pas été établie. Elle fait également valoir qu'appliquer la *Charte* en l'espèce équivaut à la substituer aux règles de droit et de procédure de l'État étranger, ce qui, suivant l'arrêt *Cook*, porterait atteinte à l'autorité souveraine de ce dernier.

L'intervenant, le procureur général de l'Ontario, soutient que la collaboration fait en soi obstacle à l'application de la *Charte* en l'espèce et il appuie les jugements des tribunaux inférieurs. Dans le cas où la *Charte* serait jugée applicable, il fait valoir à titre subsidiaire qu'avant de décider si l'application de la *Charte* produit un « effet extraterritorial inacceptable », il faut déterminer la nature et la portée du droit garanti par l'art. 8 dans le ressort où ont eu lieu les fouilles et les perquisitions. Essentiellement, il met notre Cour en garde contre l'adhésion à une approche qui permettrait l'application sans discernement de l'art. 8 aux enquêtes policières canadiennes à l'étranger. Il prétend que c'est la protection prévue par le droit de l'État étranger qui vaut en l'espèce et qu'elle peut être assurée en recourant à la démarche préconisée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, ou en se fondant sur des arrêts antérieurs où notre Cour a dit que la portée de l'art. 8 est déterminée au moyen d'une analyse contextuelle. L'intervenant fait en outre observer que l'application sans discernement de l'art. 8 à l'étranger nuirait à la collaboration internationale dans la lutte contre la criminalité transnationale.

137

138

III. Analysis

139 It is clear from this Court's jurisprudence (notably *Cook*, but also comments made by La Forest J. in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 11 and 12, and by Lamer C.J. in *Schreiber*, at para. 16) that the *Charter's* reach does not end at the "water's edge". It is less clear, however, when and how the *Charter* applies abroad.

A. *Solution(s) Presented by the Majority Judgment in Cook*

140 At para. 25 of *Cook*, the majority set out two factors it identified as critical to its conclusion that the *Charter* applied to the activities of the Canadian police in that case on the basis of nationality: (1) the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*; and (2) the application of the *Charter* does not interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect. These two factors have since been seen by many as the test for the application of the *Charter* abroad.

141 Applying this test to the facts in *Cook*, the majority held that s. 10(b) of the *Charter* applied to the conduct of two Vancouver police officers in the United States. As to the first stage, the Court found that the officers involved were Canadians and thus the impugned act (failure to provide a proper counsel warning) fell within the scope of s. 32(1). I would similarly find that the first branch of the test in *Cook* applies to the RCMP officers' actions in this case.

142 What remains unclear about the majority's decision in *Cook* is when the second branch of its test has been met. In my view, the majority decision in *Cook* does not provide a definitive answer. Rather, several possible approaches to the question, "When is there an interference with the sovereign authority of foreign state?" appear possible on the basis of *Cook*. I review each of these below.

III. Analyse

Il ressort de la jurisprudence de notre Cour (en particulier de l'arrêt *Cook*, mais aussi des observations du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, aux par. 11 et 12, et du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber*, au par. 16) que la *Charte* s'applique au-delà des limites territoriales. Les conditions et les modalités de cette application à l'étranger sont cependant moins certaines.

A. *Arrêt Cook : Solution(s) proposée(s) par les juges majoritaires*

Les juges majoritaires énoncent deux éléments leur permettant de conclure que la *Charte* s'applique aux actes des policiers canadiens sur le fondement de la nationalité (par. 25) : premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* ne porte pas atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable. Nombre de juristes estiment désormais qu'il s'agit des critères applicables pour déterminer si la *Charte* a une portée extraterritoriale ou non.

Après avoir appliqué ces deux critères aux faits de l'espèce, les juges majoritaires ont conclu que l'al. 10b) de la *Charte* s'appliquait aux actes des deux policiers de Vancouver accomplis aux États-Unis. En ce qui concerne le premier, notre Cour a statué que les policiers en cause étaient des Canadiens, de sorte que l'acte reproché (l'omission d'informer convenablement du droit à l'assistance d'un avocat) tombait sous le coup du par. 32(1). J'estime que la même conclusion vaut pour les actes des agents de la GRC en l'espèce.

Or, à la lecture des motifs majoritaires, le moment auquel il est satisfait au deuxième critère — l'absence d'atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger — demeure incertain. Je ne crois pas que la décision majoritaire apporte une réponse définitive. En fait, plusieurs réponses semblent possibles. J'examinerai chacune d'elles.

(1) “Co-Operation”

The reference to Justice McLachlin’s comments in *Terry* and the emphasis placed on “co-operation” at para. 54 of *Cook* suggest that co-operation is tantamount to interference with foreign jurisdiction if it involves the application of Canadian laws or procedures and that the determinative test for *Charter* application is therefore whether there is “co-operation” between Canadian and foreign officials or not. This also suggests that there was no co-operation in *Cook*. However, in my view, there clearly had to have been “co-operation”, at least in the form of consent, between the U.S. and the Canadian law enforcement officers in order for the interrogation to take place. (See R. A. Harvie and H. Foster, “Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a ‘Silver Platter’” (2001), 59 *Advocate* 71, at pp. 75-76.)

The majority in *Cook* suggests, at para. 54, by citing the comments of McLachlin J. in *Terry*, that once there is any co-operation, the door to the application of the *Charter* closes entirely. In the present appeal, the trial judge did not dispose of the *Charter* issue by simply finding that there was co-operation between the RCMP and Turks and Caicos police. He went on to find that applying the *Charter* to this particular “co-operative investigation” would result in imposing Canadian standards on foreign authorities, and therefore constitute an interference with foreign jurisdiction. This Court must now decide whether *Cook* actually created a test based on “co-operation” to determine *Charter* application.

In my opinion, using “co-operative investigation” language to determine whether there is an objectionable extraterritorial effect of Canadian law is not helpful. The first problem with this approach relates to the fact that co-operation with foreign officials in the context of Canadian investigations abroad will be inevitable in most, if not all cases. All Canadian officers investigating in a foreign territory, in order to fulfill their mandate,

(1) La collaboration

Le renvoi aux observations de la juge McLachlin dans l’arrêt *Terry* et l’accent mis sur la « collaboration » au par. 54 de l’arrêt *Cook* donnent à penser que la collaboration porte atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger lorsqu’elle s’accompagne de l’application des règles de droit et de procédure canadiennes et que le critère décisif pour décider de l’application de la *Charte* réside donc dans la « collaboration » ou la « non-collaboration » entre fonctionnaires canadiens et étrangers. On peut également en conclure qu’il n’y avait pas eu de collaboration dans l’affaire *Cook*. J’estime toutefois qu’il y a nécessairement eu « collaboration », du moins sous forme de consentement, entre policiers américains et canadiens pour que l’interrogatoire ait lieu (voir R. A. Harvie et H. Foster, « Let the Yanks Do It? The *Charter*, The Criminal Law and Evidence on a “Silver Platter” » (2001), 59 *Advocate* 71, p. 75-76).

Dans l’arrêt *Cook*, citant les remarques de la juge McLachlin dans l’arrêt *Terry*, les juges majoritaires laissent entendre au par. 54 que toute collaboration écarte totalement l’application de la *Charte*. En l’espèce, le juge du procès ne s’est pas contenté de conclure à la collaboration entre la GRC et le service de police des îles Turks et Caicos pour écarter l’application de la *Charte*. Il a ajouté qu’appliquer la *Charte* à l’« enquête fondée sur la collaboration » dans cette affaire équivalait à imposer les normes canadiennes aux autorités étrangères et, partant, constituait une atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger. Notre Cour doit maintenant décider si, dans l’arrêt *Cook*, notre Cour a effectivement dégagé un critère fondé sur la « collaboration » pour déterminer l’applicabilité de la *Charte*.

À mon sens, la notion d’« enquête fondée sur la collaboration » n’est d’aucune utilité pour déterminer si l’application du droit canadien produit un effet extraterritorial inacceptable. La première raison en est que dans la plupart des enquêtes menées à l’étranger, sinon toutes, les autorités canadiennes doivent collaborer avec celles de l’État étranger. Les policiers canadiens qui enquêtent en sol étranger doivent, pour s’acquitter de leur mission,

143

144

145

will have to co-operate with foreign officials and comply with foreign law. This principle of international law is stated in I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th ed. 2003), at p. 306:

The governing principle is that a state cannot take measures on the territory of another state by way of enforcement of national laws without the consent of the latter. Persons may not be arrested, a summons may not be served, police or tax investigations may not be mounted, orders for production of documents may not be executed, on the territory of another state, except under the terms of a treaty or other consent given.

It is repeated in S. Coughlan et al., “Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization” (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, at p. 32: “[S]tate officials such as police cannot exercise their executive powers on the territory of another state without that state’s permission”.

146

As well, in a paper on the extraterritorial application of the Fourth Amendment outside the United States, E. Bentley, writes:

[S]earches and seizures in foreign states are of necessity a cooperative endeavor, with United States agents routinely cast in the supporting role. In the “typical case,” of which *Verdugo* provides an example, “the foreign officials are the ones who decide the scope and reasonableness of any proposed search,” and United States agents “must comply with the demands of their hosts.” The reasons for this are both legal and practical.

It is a settled principle of international law that law enforcement operations are exclusively entrusted to each state within its own jurisdiction, and that when one state sends police to another state to conduct a search, it may conduct the search only with the permission, and conforming to the laws, of the host state. . . .

It is not only international law, but practical realities as well, that prevent the United States from conducting unilateral law enforcement operations in foreign states. United States law enforcement agents operating

collaborer avec les fonctionnaires étrangers et se conformer aux lois du ressort. I. Brownlie énonce ce principe de droit international dans *Principles of Public International Law* (6^e éd. 2003), p. 306 :

[TRADUCTION] Le principe directeur veut qu’un État ne puisse prendre de mesures pour appliquer ses propres lois sur le territoire d’un autre État sans le consentement de ce dernier. L’arrestation, l’assignation, l’enquête policière ou fiscale, l’exécution d’ordonnances de production de documents ne peuvent avoir lieu sur le territoire de l’autre État qu’en application d’un traité ou de quelque autre consentement.

Ce principe est repris par S. Coughlan et autres dans « Global Reach, Local Grasp : Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, p. 32 : [TRADUCTION] « [U]n fonctionnaire, tel un policier, ne peut exercer ses pouvoirs d’application de la loi sur le territoire d’un autre État sans l’autorisation de ce dernier ».

En outre, dans un article sur l’applicabilité du Quatrième Amendement à l’extérieur des États-Unis, E. Bentley dit ce qui suit :

[TRADUCTION] [L]es fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées à l’étranger supposent nécessairement la collaboration de l’État étranger, et les policiers américains sont alors habituellement relégués au second rôle. Dans la plupart des cas — l’affaire *Verdugo* constituant un bon exemple —, « il incombe aux policiers étrangers de déterminer la portée de la fouille ou de la perquisition projetée et son caractère non abusif » et aux policiers américains de « se conformer aux exigences de l’État d’accueil ». Il en est ainsi pour des raisons juridiques et pratiques.

Il est bien établi en droit international que les opérations de police relèvent du seul pouvoir d’un État sur son territoire et que les policiers envoyés en mission dans un autre pays pour y effectuer une fouille ou une perquisition doivent obtenir au préalable l’autorisation de l’État d’accueil et observer ses lois. . .

Outre le droit international, des considérations d’ordre pratique empêchent les États-Unis de se livrer unilatéralement à des opérations de police à l’étranger. Les policiers américains qui se rendent dans un autre

in a foreign state must try to accomplish their objectives while stripped of most of the powers of search and arrest that they wield in the United States. To accomplish anything, they generally must engage the cooperation of local authorities at one level or another. In attempting to do so, they face additional hurdles, in the form of alien legal and political systems, divergent law enforcement cultures, and diplomatic frictions.

As a result, United States extraterritorial law enforcement now takes place within an elaborate framework of international cooperation, at all levels of formality.

(“Toward an International Fourth Amendment: Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez*” (1994), 27 *Vand. J. Transnat’l L.* 329, at pp. 365-66 and 368)

Adopting a “co-operation” approach as the limit to *Charter* application will result in very few situations where the *Charter* can apply. This can be seen in the American experience. Bentley describes, at pp. 400-402, how the U.S. “joint venture standard” used to determine constitutional protection abroad (which operates somewhat like a co-operation test in that it seeks to identify sufficient participation of U.S. officials in foreign investigation to activate Fourth Amendment protection) has failed to be applied in a coherent fashion by U.S. courts and has resulted in little constitutional protection:

To date, as noted above, courts have found United States participation in foreign searches sufficient to trigger the Fourth Amendment in only a handful of cases. Among the activities which have been held not to rise to the requisite level of participation are: requesting, but not participating in, a foreign search, or otherwise “triggering the interest” of foreign authorities who subsequently conduct a search and pass the evidence on to United States authorities; passing on tips which prompt foreign police to initiate an investigation; passing on information requested by foreign governments; joining foreign police in a foreign-initiated search; participating in foreign wiretaps, as long as United States agents do not “initiate, supervise, control or direct” them; using information from an illegal foreign wiretap to support a United States search warrant; and even, in

pays doivent s’efforcer d’accomplir leur mission tout en s’abstenant d’exercer les pouvoirs dont ils sont investis aux États-Unis en matière de fouille, de perquisition et de saisie. Pour que leur enquête progresse, ils doivent généralement obtenir la collaboration des autorités de l’endroit à quelque échelon. Ils doivent surmonter d’autres obstacles : les particularités du régime juridique et politique étranger, sa culture différente en matière d’application de la loi et les tensions diplomatiques.

Par conséquent, les opérations de police à l’extérieur des États-Unis se déroulent dans un cadre de collaboration internationale complexe en ce qui concerne les différentes exigences de forme.

(« Toward an International Fourth Amendment : Rethinking Searches and Seizures Abroad After *Verdugo-Urquidez* » (1994), 27 *Vand. J. Transnat’l L.* 329, p. 365-366 et 368)

Si le critère de la « collaboration » est retenu, rares seront les cas où la *Charte* pourra s’appliquer. Examinons à cet égard la situation aux États-Unis. Bentley explique comment le critère américain de l’« opération conjointe » utilisé pour déterminer la portée de la protection constitutionnelle à l’étranger (qui s’apparente à celui de la collaboration en ce qu’il consiste à déterminer si la participation des policiers américains est suffisante pour que le Quatrième Amendement joue à l’étranger) n’a pas été appliqué avec cohérence par les tribunaux américains et, partant, n’a donné lieu qu’à une protection constitutionnelle minimale (p. 400-402) :

[TRADUCTION] À ce jour, je le rappelle, les tribunaux ont dans quelques cas seulement jugé la participation des États-Unis à une fouille et à une perquisition suffisante pour faire jouer le Quatrième Amendement à l’étranger. Au nombre des actes écartés, mentionnons les suivants : demander une fouille et une perquisition à l’étranger sans y participer ou susciter par ailleurs l’intérêt des autorités étrangères au point de les amener à effectuer une fouille et une perquisition et à transmettre les éléments de preuve recueillis aux autorités américaines; refiler un tuyau incitant la police étrangère à faire enquête; communiquer les renseignements demandés par un gouvernement étranger; participer à une fouille ou à une perquisition à l’étranger à la demande des autorités policières de l’État en cause; prendre part à de l’écoute électronique à l’étranger, à condition que

a few cases, triggering and then participating in a foreign search.

If these decisions embody a coherent standard on joint participation, it is difficult to perceive. While most courts have followed the test set out in *Stonehill v. United States* — that “Federal agents so substantially participated in the raids so as to convert them into joint ventures” — or language essentially to that effect; they have failed to articulate what this test entails in any coherent fashion, instead applying the test in an ad hoc, apparently result-oriented manner to the facts of the case at hand. . . . Whatever factors courts have focused on, the result has been the same: courts have found insufficient United States participation in all but the most indisputable circumstances. If one had to judge by the few cases in which joint participation has been found, one would have to conclude that the Fourth Amendment does not apply abroad unless United States officials both initiate the search and then continue to participate actively as it unfolds.

This near-elimination of Fourth Amendment liability cannot have been intended by the Supreme Court when it formulated the doctrine on which the joint venture standard was based. [Emphasis deleted.]

148

A second problem with the “co-operation” approach, at least in my view, is the fact that co-operation as such which occurs between Canadian officials and foreign authorities tells us nothing about whether impermissible extraterritorial effects will occur. An objectionable territorial effect does not necessarily result from the mere fact of co-operation. On this basis, I think Justice McLachlin’s comments in *Terry* are better characterized as a recognition of a state of affairs rather than a prescription of when there will be objectionable extraterritorial effects.

(2) The “Factors” Approach to Determining When There Is Interference With the Sovereign Authority of a Foreign State

149

At para. 50, the majority in *Cook* enumerates a number of factual elements that demonstrate why there is no interference with U.S.

des policiers américains ne soient pas à l’origine de la mesure, ne l’encadrent pas ni ne la dirigent; utiliser des renseignements issus d’une écoute électronique illégale à l’étranger pour obtenir un mandat de perquisition aux États-Unis; dans quelques cas, donner l’impulsion à une fouille ou à une perquisition à l’étranger, puis y participer.

Difficile de discerner dans ces décisions un critère cohérent quant au caractère conjoint de l’enquête. La plupart des tribunaux ont appliqué le critère énoncé dans l’arrêt *Stonehill c. United States* — ou quelque variante — selon lequel la participation des policiers fédéraux à une descente doit avoir été suffisamment importante pour qu’il s’agisse d’une opération conjointe. Toutefois, ils n’ont pas circonscrit ce critère avec cohérence, l’appliquant plutôt dans chaque cas de manière ponctuelle et apparemment axée sur le résultat recherché [. . .] Peu importe les éléments privilégiés, les tribunaux sont arrivés au même résultat : la participation des États-Unis a été jugée insuffisante sauf lorsque le contraire était indéniable. Il appert des quelques cas où le tribunal a reconnu le caractère conjoint de l’enquête que le Quatrième Amendement ne s’applique à l’étranger que lorsque les policiers américains lancent la fouille ou la perquisition et participent activement à son déroulement.

La Cour suprême ne saurait avoir voulu cette quasi-suppression de l’obligation découlant du Quatrième Amendement lorsqu’elle a formulé la doctrine dont est issu le critère de l’opération conjointe. [Italiques omis.]

Le critère de la collaboration pose selon moi un deuxième problème : la collaboration comme telle entre fonctionnaires canadiens et autorités étrangères ne permet pas de conclure à l’existence d’un effet extraterritorial inacceptable. La collaboration ne produit pas nécessairement un tel effet. Voilà pourquoi j’estime qu’il faut voir dans les observations de la juge McLachlin dans l’arrêt *Terry* la reconnaissance d’un état de fait et non l’énoncé d’un critère permettant de conclure à un effet extraterritorial inacceptable.

(2) La prise en compte de certains « éléments » pour déterminer s’il y a atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger

Dans l’arrêt *Cook*, les juges majoritaires énumèrent un certain nombre de faits démontrant que, dans cette affaire, il n’y a pas eu d’empiétement sur

territorial jurisdiction on the facts in that case. These are: (1) the arrest and interrogation were initiated by a Canadian extradition request; (2) the offence was committed exclusively in Canada and was to be prosecuted in Canada; (3) the U.S. authorities did not become involved in the investigation; and (4) the interrogation was conducted solely by Canadian police officers. Harvie and Foster, at pp. 75-76, suggest that this is in fact *the* test advanced by the majority and criticize it as “a difficult and complex analysis”, not straightforward enough, and difficult for lower courts to apply.

I have difficulty seeing how these factors establish a “test”. Rather, this approach is based on a determination that seems as vague as “We will know what an interference is when we see one”. Nevertheless, this is the type of “test” the appellant seems to suggest *Cook* stands for by arguing that his situation falls within the factual confines of *Cook*. There is clearly a need to define a more principled articulation of the rule governing the application of the *Charter* abroad.

(3) Who Initiates the Investigation as Determinative of When There Is Interference With the Sovereign Authority of a Foreign State

It has been suggested that the principle that can be distilled from the factors raised by the majority in *Cook* is that the *Charter* will apply when the Canadian investigation abroad occurs absent an independent foreign investigation (see Harvie and Foster, at p. 76). R. J. Currie, in “*Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms*” (2004), 27 *Dal. L.J.* 235, at p. 242, states that the majority of the Court in *Cook* permitted *Charter* application to the interrogation in that case because “even though it occurred on U.S. territory, [it] did not interfere with American sovereignty since it was directed at the activities of Canadian officers acting within the context of a Canadian investigation, aimed at the ultimate result of a criminal trial in Canada”. Coughlan et al., at p. 57, footnote 58, identifies the basis for applying the *Charter* in *Cook* as follows: “The application of

la compétence territoriale des États-Unis : (1) l’arrestation et l’interrogatoire avaient fait suite à une demande d’extradition présentée par le Canada; (2) l’infraction avait été commise uniquement au Canada et son auteur devait y être poursuivi; (3) les autorités américaines étaient restées à l’écart de l’enquête; (4) seuls les policiers canadiens avaient mené l’interrogatoire (par. 50). Harvie et Foster (aux p. 75-76) y voient le véritable critère énoncé par la majorité, lui reprochant d’être peu clair et difficile d’application par les tribunaux inférieurs et de donner lieu à une [TRADUCTION] « analyse ardue et compliquée ».

J’ai du mal à comprendre comment ces éléments peuvent constituer un « critère ». Cela revient à dire laconiquement que l’on saura ce qu’est une atteinte lorsqu’on en verra une. Quoi qu’il en soit, tel est le genre de « critère » que notre Cour aurait établi dans l’arrêt *Cook* selon l’appelant, qui soutient que cet arrêt s’applique en l’espèce au regard des faits. De toute évidence, il est nécessaire de doter d’un fondement plus rationnel la règle régissant l’application de la *Charte* à l’étranger.

(3) L’identité des instigateurs de l’enquête comme élément déterminant de l’atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger

D’aucuns ont laissé entendre que des éléments énoncés par les juges majoritaires dans l’arrêt *Cook* se dégagent le principe que la *Charte* s’applique lorsque l’enquête canadienne est menée à l’étranger sans que les autorités étrangères ne procèdent à une enquête indépendante (Harvie et Foster, p. 76). Dans « *Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms* » (2004), 27 *Dal. L.J.* 235, p. 242, R. J. Currie affirme que dans l’arrêt *Cook*, les juges majoritaires ont reconnu l’application de la *Charte* à l’interrogatoire parce que [TRADUCTION] « même si ce dernier avait eu lieu aux États-Unis, l’application de la *Charte* ne portait pas atteinte à la souveraineté de ce pays puisqu’elle visait les actes de policiers canadiens accomplis dans le cadre d’une enquête canadienne dont le but ultime était la tenue d’un procès criminel au Canada ». Selon Coughlan et autres, [TRADUCTION] « l’applicabilité

150

151

the *Charter* in this kind of case appears to turn on whether the Canadian police are conducting their own investigative activities with the consent of the foreign authorities to do so, or whether they are engaged in policing activities under the direction of the foreign police authority.”

152 The statement in *Cook*, at para. 54, that “It may well be a different case where, for example, Canadian authorities participate, on foreign territory, in an investigative action undertaken by foreign authorities in accordance with foreign procedures” supports this view (emphasis added). “Undertaken” can be seen to refer to an investigation *initiated* by foreign authorities. Therefore, as long as the investigation is initiated by Canadians and the evidence is sought to be used in Canada, compliance with the test in *Cook* will be achieved. The facts of this case do tend to support the view that this was indeed an investigation initiated by Canadians and that the role played by Turks and Caicos authorities was merely one of facilitating the RCMP’s investigation.

153 I see no principled basis why the *Charter* would not apply to Canadian officials who are actively involved in an investigation just because they did not initiate the investigation.

(4) Foreign “Control” Over the Investigation as the Limit on the Extraterritorial Application of the *Charter*

154 The approach I suggested in my concurring reasons in *Cook* offered a solution to the indeterminacy presented by the majority’s “factors” or “cooperation” approaches. It would appear that the trial judge in this case interpreted my reasons to call for such a “control” test and found this test to be easily reconcilable with the majority reasons in *Cook*. This view of the “control” test has been summarized as follows: “On the one hand, no *Charter* breach occurs if the evidence is obtained by the host officers or under their supervision. On the other hand, the *Charter* does apply if the Canadian authorities are primarily responsible for obtaining

de la *Charte* dans ce genre d’affaire [*Cook*] paraît dépendre du fait que les policiers canadiens mènent leur propre enquête avec le consentement des autorités étrangères ou qu’ils agissent sous l’autorité de la police étrangère » (p. 57, note 58).

Notre Cour a confirmé ce point de vue dans l’arrêt *Cook* : « Il se peut bien qu’un cas différent se présente où, par exemple, les autorités canadiennes participent, à l’étranger, à une enquête menée par des autorités étrangères conformément à des procédures étrangères » (par. 54 (je souligne)). On peut conclure de l’emploi du terme « menée » que l’enquête est *entreprise* par les autorités étrangères. Par conséquent, il sera satisfait au critère énoncé dans l’arrêt *Cook* si l’enquête est entreprise par des Canadiens et que la preuve recueillie doit être utilisée au Canada. Les faits de la présente affaire donnent à penser que l’enquête a effectivement été entreprise par les policiers canadiens et que les autorités des îles Turks et Caicos se sont contentées de faciliter leur enquête.

À mon avis, il n’y a pas de fondement rationnel à la décision de ne pas appliquer la *Charte* aux policiers canadiens qui participent activement à une enquête uniquement parce que ce ne sont pas eux qui l’ont entreprise.

(4) La « direction » de l’enquête par les autorités étrangères comme élément déterminant de l’application extraterritoriale de la *Charte*

L’approche que je proposais dans l’arrêt *Cook* apportait une solution à l’indétermination de la démarche des juges majoritaires axée sur certains « éléments » ou sur la « collaboration ». Le juge du procès semble avoir déduit de mes motifs concordants que je préconisais un critère fondé sur la « direction » de l’enquête et avoir jugé ce critère facile à concilier avec les motifs majoritaires. Voici comment cette interprétation du critère de la « direction » a été résumée : [TRADUCTION] « D’une part, il n’y a pas d’atteinte à la *Charte* si la preuve est obtenue par les policiers de l’État d’accueil ou sous leur autorité. D’autre part, la *Charte*

the evidence” (Harvie and Foster, at p. 74). A “control” test would thus be seen as a precision on the “co-operation” test discussed above, but this overlooks the fact that in most foreign investigations foreign officers will be in “control” since Canadian officials must operate in the foreign territory under their consent and guidance, usually relying on their procedures.

(5) Imposing Canadian Standards as Determinative of When There Is an Interference With the Sovereign Authority of a Foreign State

The majority reasons in *Cook* also suggest that the *Charter* will not apply where Canadian criminal law standards are imposed on foreign officials or where they would supplant foreign procedures (para. 54). I believe that this is what the trial judge in the case at bar concluded in his analysis. Above any other determination, in my view, his analysis emphasized the fact that the RCMP officers were subject to Turks and Caicos authority. This can be seen at para. 30, where, analysing the s. 8 arguments of the defence, he notes a tacit recognition by the defence of “the inescapable conclusion that foreign criminal law and procedures are engaged”.

Adopting this approach will no doubt help resolve the issue where Canadian officers act independently; they will have to satisfy their normal *Charter* obligations. The test rests on two assumptions: (1) that whenever the *Charter* does apply, Canadian standards are applied *wholesale*; and (2) that some investigations occurring in a foreign state will be regulated by Canadian law. When the Canadian officers can meet their *Charter* obligation *independently* (and not by consent, as argued by LeBel J.), as was the case in *Cook*, there will be no interference. But when the assistance or authorization of foreign authorities is required, fulfilling Canadian standards for some *Charter* rights will always result in an interference if they are, as

s’applique si les autorités canadiennes sont les principales responsables de l’obtention de la preuve » (Harvie et Foster, p. 74). Le critère de la « direction » resserrerait donc celui de la « collaboration » examiné précédemment. Or, dans la plupart des enquêtes menées à l’étranger, les policiers de l’endroit « dirigeant » l’enquête puisque les policiers canadiens doivent s’acquitter de leur mission avec leur consentement et sous leur autorité, en se conformant généralement à la procédure de l’État étranger.

(5) L’imposition des normes canadiennes comme élément déterminant de l’atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger

Dans l’arrêt *Cook*, les juges majoritaires ont également laissé entendre que la *Charte* ne s’applique pas lorsque les normes du droit pénal canadien seraient imposées aux fonctionnaires étrangers ou qu’elles supplanteraient les règles de procédure de l’État étranger (par. 54). Telle est selon moi la conclusion que le juge du procès a tirée à l’issue de son analyse, dont il ressort principalement que les agents de la GRC ont agi sous l’autorité des îles Turks et Caicos. En effet, au par. 30 de ses motifs, où il se penche sur les prétentions de la défense fondées sur l’art. 8, le juge du procès signale la reconnaissance tacite par la défense de [TRADUCTION] « la conclusion inéluctable que le droit pénal étranger — substantiel ou procédural — s’applique ».

Ce critère contribue sans doute à régler la question dans le cas où les policiers canadiens agissent de façon indépendante : ils doivent s’acquitter de leurs obligations habituelles suivant la *Charte*. Il repose sur deux prémisses : (1) si la *Charte* s’applique, les exigences canadiennes s’appliquent *intégralement*; (2) certaines enquêtes à l’étranger seront assujetties au droit canadien. Si comme dans l’affaire *Cook*, les policiers canadiens peuvent s’acquitter de leurs obligations constitutionnelles *de façon indépendante* (et non avec le consentement de l’État étranger, selon le juge LeBel), il n’y aura pas d’atteinte. En revanche, si l’aide ou l’autorisation des autorités étrangères est requise, l’observation *intégrale* des exigences canadiennes à l’égard

155

156

said earlier, applied *wholesale*, as if the investigation was being held in Canada. For example, meeting Canadian s. 8 standards abroad will then mean imposing warrant requirements and standards on Turks and Caicos and requiring a certain conduct of Turks and Caicos officials. This generates objectionable extraterritorial effects.

de certains droits garantis par la *Charte*, comme si l'enquête se déroulait au Canada, donnera toujours lieu à une atteinte. Par exemple, satisfaire aux exigences découlant de l'art. 8 aura pour effet d'imposer aux îles Turks et Caicos les normes canadiennes en matière de mandats et d'exiger de leurs fonctionnaires qu'ils accomplissent certains actes. Il en résultera un effet extraterritorial inacceptable.

157 But this approach produces inconsistent application of the *Charter's* protection of legal rights because some rights, such as s. 10(b), could apply, as in *Cook*, but s. 8 and maybe s. 9 never will. This sort of "patchwork" approach to the *Charter* seems quite unprincipled. I recognize that the majority in *Cook* having said that the *Charter* would only apply in "rare circumstances" (see para. 25) supports the opposite inference; but I prefer the contrary view of Lamer C.J. in *Schreiber*, at para. 16, that "[Canadian] officials are clearly subject to Canadian law, including the *Charter*, within Canada, and in most cases, outside it" (cited in *Cook*, at para. 46).

Or, cette démarche rend incohérente l'application des garanties juridiques de la *Charte* en ce que certains droits, dont ceux prévus à l'al. 10b), pourraient s'appliquer, comme dans l'affaire *Cook*, mais non ceux garantis à l'art. 8, ni peut-être même ceux que confère l'art. 9. Une telle application « morcelée » de la *Charte* paraît assez irrationnelle. Bien que les juges majoritaires dans l'arrêt *Cook* aient appuyé la conclusion contraire en affirmant que la *Charte* ne s'appliquera que dans de « rares circonstances » (par. 25), je préfère le point de vue opposé du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber*, à savoir que « [les agents canadiens] sont clairement assujettis au droit canadien, y compris la *Charte*, à l'intérieur du Canada et, dans la plupart des cas, à l'extérieur du Canada » (par. 16, cité dans l'arrêt *Cook*, par. 46).

B. *An Alternative to the Majority Approach in Cook*

B. *Solution de rechange à l'approche des juges majoritaires dans l'arrêt Cook*

158 It thus appears that the various approaches to determining when there is an interference with the sovereign authority of a foreign state presented by this Court's decision in *Cook* are problematic. One solution is to revert to the dissenting position of L'Heureux-Dubé J. in *Cook* and cut off the *Charter's* reach at the "water's edge" on the basis that comity requires it. But there is an alternative to this displacement of the *Charter*.

Il appert donc que les différentes avenues proposées par notre Cour dans l'arrêt *Cook* pour déterminer s'il y a atteinte ou non à l'autorité souveraine d'un État étranger comportent des failles. Une solution pourrait être de se tourner vers les motifs dissidents de la juge L'Heureux-Dubé dans cette affaire et, au nom de la courtoisie internationale, de s'abstenir d'appliquer la *Charte* au-delà des limites territoriales. Mais il y a une autre possibilité.

159 Section 32(1) provides as follows:

Le paragraphe 32(1) est libellé comme suit :

32. (1) This Charter applies

32. (1) La présente charte s'applique :

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

These terms do not extend the application of the *Charter* to the actions of foreign officials. But they do not imply that the *Charter* cannot apply to Canadian police officials acting abroad. There can be no suggestion, therefore, that the *Charter* creates any legal consequences whatsoever for a foreign agent or for the application of foreign law.

I would disagree with LeBel J. that if one cannot enforce Canadian law outside Canada the matter falls outside the authority of Parliament and the provincial legislatures under s. 32(1) (para. 69). I think s. 32(1) includes all actions of Canadian police officers precisely because s. 32 does not distinguish between actions taken on Canadian soil and actions taken abroad. It would also be unprincipled, in my view, to draw a distinction the moment a Canadian police officer's foot touches foreign soil. As I noted in *Cook*, at para. 120: "the status of a police officer as an officer of the state is not altered by crossing a jurisdictional border, even if he or she is deprived of all the coercive powers conferred by the home state. . . . From the perspective of the home legal system, . . . police officers are still representatives of their home government." The fact that Canadian law is not enforced in a foreign country does not mean that it cannot apply to a Canadian government official. I would note in particular that some Canadian laws apply on the basis of nationality wherever the crime is committed: see s. 7(4.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on sex crimes committed outside Canada and ss. 7(3.7) to 7(3.75) on crimes against humanity.

I do not think a restrictive interpretation of the words "matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures", adopted at para. 69 of my colleague's reasons, is warranted in discussing the obligations of Canadian police officers operating in another country. I am uncomfortable with such a "reading down" of s. 32(1) of the *Charter*. Section 32(1) of the *Charter* defines *who* acts, not *where* they act. In the instant case, the

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Ce libellé n'étend pas l'application de la *Charte* aux actes des fonctionnaires étrangers. Toutefois, il n'écarte pas son application aux policiers canadiens en mission à l'étranger. On ne peut donc conclure que la *Charte* a quelque effet juridique sur un policier étranger ou sur l'application du droit étranger.

Contrairement au juge LeBel, je ne crois pas que le domaine échappe à la compétence du Parlement et des législatures provinciales suivant le par. 32(1) s'il n'est pas possible de faire appliquer le droit canadien à l'extérieur du Canada (par. 69). À mon sens, la compétence que confère le par. 32(1) vise tous les actes des policiers canadiens précisément parce que l'art. 32 ne distingue pas entre les mesures prises au Canada et celles prises à l'étranger. Il ne serait pas fondé non plus, à mon avis, de faire une distinction dès le moment où le policier canadien foule le sol étranger. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Cook*, « [l]a qualité d'agent de l'État [du policier] ne change pas à la frontière, même s'il perd tous les pouvoirs coercitifs conférés par l'État d'origine [. . .] [V]u sous l'angle du système de droit d'origine, le policier est toujours le représentant du gouvernement d'origine » (par. 120). Ce n'est pas parce qu'on ne peut lui donner d'effet dans un pays étranger que le droit canadien ne peut s'appliquer à un fonctionnaire canadien. J'insiste entre autres sur le fait que certaines lois canadiennes s'appliquent en fonction de la nationalité indépendamment du lieu de perpétration du crime : voir le par. 7(4.1) (crimes sexuels commis à l'étranger) et les par. 7(3.7) à 7(3.75) (crimes contre l'humanité) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Je ne crois pas qu'il faille interpréter l'expression « domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales » de manière restrictive comme le fait mon collègue au par. 69 de ses motifs pour définir les obligations des policiers canadiens en mission à l'étranger. Une telle interprétation atténuée du par. 32(1) de la *Charte* me gêne. Ce paragraphe précise l'*identité* de l'acteur et non le *lieu* où il agit. En l'espèce, le domaine est une enquête criminelle

matter is a Canadian criminal investigation involving Canadian police acting abroad, which clearly makes it a matter within the authority of Parliament or the provincial legislatures. It appears strange to me that my colleague could see an investigation as falling under s. 32(1) of the *Charter* in one case (in Canada) and not the other (outside Canada). If the investigative activities of Canadian police officers abroad do not fall under “matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures”, then the officers would have no jurisdiction whatsoever to be conducting investigations abroad. Clearly, they do, as found in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.

162

The second thing that must be recognized is that the application of the *Charter* as such to the actions of Canadian officials does not automatically result in an interference with the sovereign authority of foreign states. In *Cook*, where I had adopted the “control” test, I found that there was no interference or “conflict” with sovereign authority when Canadian officials are subject to the *Charter* because the *Charter* does not mandate specific conduct, but rather imposes certain limits on the conduct of government officials:

[T]he nature of the rights contained in the relevant sections of the *Charter* are not mandatory, but rather conditional upon the occurrence of specified investigatory activities. Thus, if there is a rule of investigation in the foreign jurisdiction that directly contradicts a *Charter* provision, there is still no conflict. The reason for this is that the *Charter* does not impose any obligation to investigate; it simply requires that if an investigation is made by the officer, it must be conducted in accordance with certain conditions. It follows from this, moreover, that the application of the *Charter* to the Canadian official has no impact on the foreign legal system.

. . .

As is clear from the discussion above, there is no question of a “conflict” between foreign procedures and Canadian procedures. If the compulsory foreign procedure adopted falls below the standard required by the *Charter*, then the Canadian officials may not take a directing or primary role in the part of the investigation involving those techniques. In essence, they may not exercise, even when invited to do so by the foreign

canadienne nécessitant l’intervention de policiers canadiens à l’étranger, et il est clair qu’il « relève » du Parlement ou des législatures provinciales. Je m’étonne que mon collègue considère que l’enquête tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte* dans un cas (au Canada), mais pas dans l’autre (à l’étranger). Si leurs activités d’enquête à l’étranger ne « relèvent » pas du Parlement ou des législatures provinciales, les policiers canadiens n’ont aucun pouvoir d’enquête à l’étranger. Or, ils possèdent de toute évidence ce pouvoir, comme notre Cour l’a dit dans l’arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

Il faut en outre reconnaître que l’application de la *Charte* comme telle aux actes de fonctionnaires canadiens à l’étranger ne porte pas automatiquement atteinte à l’autorité souveraine de l’État en cause. Dans l’affaire *Cook*, où j’ai retenu le critère de la « direction », j’ai conclu qu’assujettir les fonctionnaires canadiens à la *Charte* ne portait pas atteinte à l’autorité souveraine ni ne créait de « conflit », car la *Charte* ne rend aucun acte obligatoire, mais impose certaines limites aux fonctionnaires dans l’exercice de leurs fonctions :

[L]es droits garantis par les articles applicables de la *Charte* ne sont pas de nature impérative, leur application est plutôt subordonnée au déploiement des activités d’enquête expressément prévues. Donc, si une règle d’enquête en vigueur dans l’État étranger va directement à l’encontre d’une disposition de la *Charte*, il n’y a toujours pas de conflit parce que la *Charte* ne rend aucune enquête obligatoire; elle prévoit simplement que s’il y a enquête, celle-ci doit respecter certaines conditions. Il s’ensuit en outre que l’application de la *Charte* aux fonctionnaires canadiens n’a aucune incidence sur le système de droit étranger.

. . .

Ainsi qu’il ressort de l’analyse qui précède, il n’est nullement question de « conflit » entre les règles de procédure de l’État étranger et les règles de procédure canadiennes. Si la procédure obligatoire de l’État étranger accorde une protection inférieure à celle de la norme imposée par la *Charte*, les policiers canadiens ne peuvent pas diriger la partie de l’enquête qui y est soumise, ni y jouer le rôle principal. Pour l’essentiel,

authority, the powers purportedly conferred on them by the foreign investigatory procedures. This is no more complex than the obligation imposed by the *Charter* within Canada. [Emphasis added; paras. 143 and 150.]

By putting the onus squarely on Canadian authorities to not exercise control if the investigatory action is not *Charter* compliant, we never have to ask whether the application of the *Charter* results in an interference with sovereign authority of a foreign state. If the “control” test is not adopted, as prescribed by *Cook*, we must consider in what circumstances there will be interference in cases where Canadian officers simply co-operate with foreign authorities.

At para. 97 of his reasons, LeBel J. concedes that international law does not prohibit Canada from imposing restraints on its own conduct and that of its officials. He admits that it is the policy consideration of Canadian participation in the fight against transnational crime that ultimately informs his conclusion:

Since the *Charter* does not authorize state action, but simply operates as a limit on such action, could it not be said that the *Charter* “applies” to extraterritorial investigations by prohibiting Canadian officers from participating in investigations abroad that do not conform to Canadian law? International law provides only part of the answer to this question. To prohibit Canadian officers from participating would indeed ensure conformity with both international law and the *Charter*; however, it would also mean that the investigation could not be conducted. This is a serious concern. The complete answer therefore lies both in international law and in the need to address the challenges of investigating and prosecuting transborder criminal activity.

I do not question the importance of this policy consideration and the need for Canada to participate in the fight against transnational crime. However, I fail to see how the *Charter* prevents us from taking into account this important societal need while holding Canadian officers to their obligation to respect fundamental Canadian values. Let me then examine more closely what *Charter* compliance demands of Canadian officials. For present purposes I will

même à la demande des autorités de l’État étranger, ils ne peuvent pas exercer les pouvoirs que prétendent leur conférer les méthodes d’enquête de cet État. Voilà qui n’est pas plus compliqué que l’obligation imposée par la *Charte* sur le territoire du Canada. [Je souligne; par. 143 et 150.]

Si l’on enjoint clairement aux autorités canadiennes de s’abstenir de prendre la direction d’une enquête non conforme à la *Charte*, la question de savoir si l’application de la *Charte* porte atteinte à l’autorité souveraine d’un État étranger ne se pose jamais. Si le critère de la « direction » n’est pas retenu comme le prescrit l’arrêt *Cook*, nous devons déterminer les cas dans lesquels la simple collaboration des policiers canadiens avec les autorités étrangères sera attentatoire.

Le juge LeBel reconnaît que le droit international ne fait pas obstacle à ce que le Canada limite son champ d’action et celui de ses fonctionnaires (par. 97 de ses motifs). Il concède en outre que sa conclusion repose en dernière analyse sur la considération d’intérêt public qu’est la participation du Canada à la lutte contre la criminalité transnationale :

Comme la *Charte* n’autorise pas l’action de l’État, mais ne fait que la circonscrire, ne pourrait-on pas prétendre qu’elle « s’applique » à l’enquête extraterritoriale en empêchant un policier canadien de participer à une enquête à l’étranger qui ne respecte pas le droit canadien? Le droit international n’offre qu’un élément de réponse. L’interdiction faite à un policier canadien de prendre part à l’enquête assurerait certes le respect du droit international et de la *Charte*, mais l’enquête ne pourrait avoir lieu. L’inconvénient serait majeur. La réponse complète réside donc à la fois dans le droit international et dans la nécessité que l’activité criminelle transfrontalière fasse l’objet d’enquêtes et de poursuites.

Je ne conteste pas l’importance de cette considération d’intérêt public ni la nécessité que le Canada participe à la lutte contre la criminalité transnationale. Toutefois, je ne vois pas en quoi la *Charte* nous empêche de tenir compte de cet impératif social majeur si l’on oblige les policiers canadiens à respecter les valeurs fondamentales du Canada. J’examine maintenant plus à fond les exigences auxquelles les fonctionnaires canadiens doivent

limit my examination to the Legal Rights set out in ss. 7-14 of the *Charter*.

satisfaire pour se conformer à la *Charte*. Pour les besoins du présent pourvoi, je m'en tiendrai aux garanties juridiques prévues aux art. 7 à 14 de la *Charte*.

164 The Legal Rights provisions of the *Charter* are very different from the provisions one can find in the *Criminal Code*, although there are provisions of the *Criminal Code* that prohibit specific conduct by Canadian officials based on the recognition of fundamental human rights. Take, for example, s. 269.1(1) which makes “[e]very official, or every person acting at the instigation of or with the consent or acquiescence of an official, who inflicts torture on any other person” liable of an indictable offence.

Les dispositions de la *Charte* conférant des garanties juridiques sont très différentes de celles du *Code criminel*, y compris celles qui interdisent aux fonctionnaires canadiens de se livrer à des actes contraires aux droits fondamentaux de la personne. Par exemple, suivant le par. 269.1(1) du *Code criminel*, est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement « le fonctionnaire qui — ou la personne qui, avec le consentement exprès ou tacite d’un fonctionnaire ou à sa demande — torture une autre personne ».

165 The Legal Rights provisions of the *Charter* are also very different from the provisions in the *Criminal Code*, or other statutes, that stipulate specific criminal procedures that must be followed in a given case. For example, the *Criminal Code* specifies the circumstances in which search or arrest warrants are necessary (see for example ss. 487 to 489 and 495(2) of the *Criminal Code*), as well as those when they are not (see for example ss. 117.02(1), (2), 199(2), 254(2) to (4), 462 and 495(1)). Police also have powers to search and detain without a warrant in certain circumstances at common law under the *Waterfield* test (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2).

Les dispositions de la *Charte* prévoyant des garanties juridiques sont également très différentes de celles du *Code criminel* ou d’autres lois qui établissent la procédure à suivre dans un cas donné. Par exemple, le *Code criminel* précise les circonstances dans lesquelles un mandat de perquisition ou d’arrestation est nécessaire (voir, p. ex., les art. 487 à 489 et le par. 495(2)) et celles où il ne l’est pas (voir, p. ex., l’art. 462 et les par. 117.02(1) et (2), 199(2), 254(2) à (4) et 495(1)). En outre, suivant le critère de l’arrêt *Waterfield*, la common law confère au policier le pouvoir, dans certaines circonstances, d’effectuer une fouille ou une perquisition et de détenir une personne sans obtenir au préalable un mandat (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2).

166 The Legal Rights provisions of the *Charter* neither mandate nor prohibit specific conduct by Canadian officials. Rather they lay down a number of fundamental principles — framed as general propositions regarding the treatment of individuals — that are used to scrutinize the legitimacy of the specific criminal procedures and conduct of Canadian officials. The principles embodied within these provisions are broadly worded and from these courts draw out further guiding principles. Consider s. 8 of the *Charter*, which puts forth the principle that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

Dans la *Charte*, les garanties juridiques ne dicent ni n’interdisent aucun acte aux fonctionnaires canadiens. Il s’agit plutôt de principes fondamentaux — formulés de façon générale concernant le traitement des personnes — qui permettent de déterminer la légitimité d’une règle de procédure pénale ou d’une mesure prise par un fonctionnaire canadien. Les principes consacrés par ces dispositions sont larges, et les tribunaux en tirent des principes directeurs. Prenons l’art. 8 selon lequel « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ». De ce principe général les tribunaux en ont dégagé

This general principle has engendered a number of further principles determining what constitutes a “reasonable” search. This Court has stated in previous cases that: (1) the purpose behind s. 8 is to protect the privacy of individuals from unjustified state intrusion (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145); (2) this interest in privacy is, however, limited to a “reasonable expectation of privacy” (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8); (3) wherever feasible, prior authorization must be obtained in order for a search and seizure to be reasonable (*Hunter*); (4) prior authorization must be given by someone who is neutral and impartial and who is capable of acting judicially (*Hunter*); (5) the person granting the authorization must be satisfied by objective evidence on oath that there are reasonable and probable grounds for believing that an offence has been committed and that a search of the place for which the warrant is sought will find evidence related to that offence (*Hunter*); (6) a search is reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner of the search is reasonable (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51).

It is the role of courts to interpret the general principles set out in the provisions of the *Charter*, draw out further principles, and apply these to the facts of a given case. That exercise is an ongoing process which has produced, up to now, a body of rules applicable within the Canadian legal system. The specific application of these principles to factual circumstances and the rules they create, however, should not be confused with the more abstract principles for which the *Charter* stands.

For example s. 10(b), in the context of officers operating in Canada, has been interpreted to require that officers tell individuals upon detention, without delay, of their right to counsel and to provide reasonable access to counsel if the right is exercised. In the context of officers operating in a foreign country, unless it is a situation like that in *Cook* where the officers were acting independently, the officer will have to rely on the foreign authorities and their procedures. When the foreign officials are detaining and interrogating the individual,

d’autres précisant ce qu’est une fouille ou une perquisition non « abusive ». Notre Cour a notamment statué que : (1) l’art. 8 vise à protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145); (2) ce droit au respect de la vie privée ne confère cependant qu’une « attente raisonnable en matière de vie privée » (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8); (3) l’autorisation préalable, lorsqu’elle peut être obtenue, est nécessaire pour que la fouille, la perquisition ou la saisie ne soit pas abusive (arrêt *Hunter*); (4) l’auteur de l’autorisation préalable doit être une personne neutre et impartiale qui est en mesure d’agir de façon judiciaire (arrêt *Hunter*); (5) il doit être convaincu par un témoignage objectif sous serment qu’il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise et que la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve liés à l’infraction (arrêt *Hunter*); et, (6) pour qu’elle ne soit pas abusive, la fouille ou la perquisition doit être autorisée par la loi, la loi ne doit avoir elle-même rien d’abusif et la fouille ou la perquisition ne doit pas être effectuée d’une manière abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51).

Il incombe au tribunal d’interpréter les principes généraux de la *Charte*, d’en tirer de nouveaux principes et de les appliquer aux faits de chaque espèce. Jusqu’à maintenant, ce processus incessant a produit un ensemble de règles applicables dans notre système de justice. L’application de ces principes à des faits et les règles qui s’en dégagent ne doivent toutefois pas être confondues avec les principes plus abstraits que consacre la *Charte*.

Par exemple, selon l’interprétation dont a fait l’objet l’al. 10b), un policier exerçant au Canada doit informer une personne sans délai, dès sa mise sous garde, de son droit à l’assistance d’un avocat et lui donner convenablement accès à un avocat si elle se prévaut de ce droit. Sauf s’il agit de façon indépendante comme dans l’affaire *Cook*, le policier qui enquête à l’étranger doit se soumettre aux autorités et à la procédure étrangère. Lorsqu’une personne est détenue et interrogée par un policier étranger, le policier canadien qui participe à l’interrogatoire

and where there is Canadian participation, the participating Canadian officer is not required to give a s. 10(b) warning; detention and interrogation are governed by the local laws. Nor is the Canadian officer required to provide “a crash course” to foreign officials on how to give the accused his s. 10(b) warning on the Canadian government’s behalf. The *Charter* is not meant to be applied as if it were merely a code of criminal procedure.

169

In my view, adhering to fundamental principles that emanate from the *Charter* would simply require the Canadian officers to inform themselves of the rights and protections that exist under foreign law when dealing with the individual’s legal rights on detention, and compare them to those guaranteed under the *Charter* in order to determine if they are consistent with fundamental human rights norms. It is not the case that the protections have to be identical. When the foreign procedure differs from the plain language of s. 10(b) (the right to retain and instruct counsel is not provided without delay upon arrest or detention for example), there will be a *prima facie* breach of this provision. However, differences resulting from different legal regimes and different approaches adopted in other democratic societies will usually be justified given the international context, the need to fight transnational crime and the need to respect the sovereign authority of other states, coupled with the fact that it is impossible for Canadian officials to follow their own procedures in those circumstances. Flexibility in this case is permitted by s. 1 of the *Charter*. Trivial and technical differences will easily be discarded, more substantial differences between the protections that would be available in Canada and those available in the foreign state will require more in order to be justified.

170

Consider a further example that is closer to the facts at hand. In *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, while investigating an illegal marijuana growing operation in British Columbia, police conducted a perimeter search of a dwelling, acting without reasonable grounds to justify a warrantless search under s. 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. **The search not being authorized by statute**, the Court found that the police had no

n’est pas tenu de faire la mise en garde qu’exige l’al. 10(b); la détention et l’interrogatoire ressortissent au droit local. Il n’a pas non plus à donner à son homologue étranger un « cours accéléré » sur la manière de faire cette mise en garde au nom de l’État canadien. La *Charte* ne saurait être appliquée comme un simple code de procédure pénale.

À mon avis, pour se conformer aux principes fondamentaux qui se dégagent de la *Charte*, le policier canadien n’a qu’à s’enquérir des droits et des garanties d’une personne en détention suivant la loi étrangère et à les comparer à ceux prévus par la *Charte* pour déterminer s’ils respectent les droits fondamentaux de la personne. Il n’est pas nécessaire que les garanties soient identiques. Si la garantie étrangère diffère de celle énoncée clairement à l’al. 10(b) (p. ex., le droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat n’est pas accordé sans délai en cas d’arrestation ou de détention), il y a de prime abord violation de cet alinéa. Toutefois, la divergence due au régime de droit différent et à la démarche distincte adoptée par un État démocratique sera généralement justifiée au regard, d’une part, du contexte international, de la nécessité de combattre la criminalité transnationale et de l’obligation de respecter l’autorité souveraine des autres États et, d’autre part, de l’impossibilité pour un fonctionnaire canadien d’observer alors la procédure de son propre pays. Dans ce contexte, l’article premier de la *Charte* assure une certaine souplesse. Les différences minimales et techniques entre les garanties au Canada et celles à l’étranger pourront être écartées sans difficulté, mais les plus importantes seront plus difficiles à justifier.

Considérons une autre affaire dont les faits s’apparentent davantage à ceux de la présente espèce : *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3. Soupçonnant un individu de se livrer à la culture illégale de la marijuana en Colombie-Britannique, les policiers avaient soumis sa résidence à une perquisition périphérique sans avoir de motifs raisonnables justifiant une perquisition sans mandat suivant l’al. 10(1)(a) de *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970,

common law power to conduct the perimeter search because the common law rights of property holders to be free of police intrusion can be restricted only by clear statutory language. The search was therefore deemed illegal, and hence in violation of s. 8 of the *Charter*. But the case does not stand for the general rule that the *Charter* always prohibits warrantless perimeter searches. The case also does not mean that Canadian officers conducting such a search under the laws of a foreign state would have to obtain a warrant issued in Canada to be executed, for example, in the Turks and Caicos (this would be contrary to norms of international law, as earlier stated), or require Turks and Caicos officials to obtain an authorization that is not required under local law.

Under s. 8 *Charter* principles, a warrantless perimeter search may be *Charter* compliant if authorized by law. On the facts of this case, we know that a warrantless perimeter occurred and that such searches are permitted under Turks and Caicos law. *Charter* principles also require that a search permitted by law must be reasonable. The reasonableness test to be applied here is one that has regard to comity and the determination that the foreign law is not inconsistent with fundamental human rights. The ultimate question becomes, in reality: Was it reasonable for Canadian officers to participate in the search authorized by Turks and Caicos law?

I believe the *Charter* is flexible enough to permit a reasonable margin of appreciation for different procedures. Even between free and democratic societies, investigative procedures can vary and it is necessary, in order to foster continued co-operation between nations in the fight against transnational crime, to respect certain differences. As was noted by McLachlin J. in *Harrer*, at para. 55:

ch. N-1. La perquisition n'ayant pas été autorisée par la loi, notre Cour a conclu que la common law ne conférait pas aux policiers le pouvoir de l'effectuer, car le droit que la common law reconnaissait au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne pouvait être restreint que par une disposition législative claire. La perquisition a donc été jugée illégale et, partant, contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Il convient toutefois de signaler que cet arrêt n'établit pas la règle générale que la *Charte* interdit toute perquisition périphérique sans mandat. Il ne dit pas non plus que le policier canadien qui effectue une telle perquisition en conformité avec les lois de l'État étranger est tenu d'obtenir au Canada un mandat qui sera exécuté, par exemple, aux îles Turks et Caicos (ce qui, je le rappelle, serait contraire aux exigences du droit international) ni qu'un fonctionnaire de cet archipel doit obtenir une autorisation que n'exige pas le droit qui s'y applique.

Suivant les principes qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte*, la perquisition périphérique effectuée sans mandat peut être conforme à la *Charte* si elle est autorisée par une disposition législative. Dans la présente affaire, une perquisition périphérique a été effectuée sans mandat, ce qu'autorisaient les lois des îles Turks et Caicos. Les principes qui sous-tendent la *Charte* exigent en outre que la perquisition autorisée par la loi ne soit pas abusive. Il faut dès lors tenir compte de la courtoisie internationale et déterminer que la loi étrangère n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux de la personne. En dernière analyse, la question qui se pose en réalité est celle de savoir s'il était abusif ou non que les policiers canadiens participent à la perquisition autorisée par la loi aux îles Turks et Caicos.

J'estime que la *Charte* est assez souple pour conférer une latitude raisonnable dans l'appréciation d'une procédure différente. Même dans les sociétés libres et démocratiques, les méthodes d'enquête peuvent différer. Afin de favoriser la collaboration continue des pays dans la lutte contre la criminalité transnationale, il convient de respecter certaines différences. Dans l'arrêt *Harrer*, la juge McLachlin a dit au par. 55 :

171

172

We live in an era when people, goods and information pass from country to country with great rapidity. Law enforcement authorities, if they are to do their job, must apprehend people and intercept goods and communications wherever they may be found. Often they find themselves working with officers in foreign jurisdictions; often they are merely the recipients of information gathered independently elsewhere. The result is evidence gathered by rules which may differ from Canadian rules. We need to accommodate the reality that different countries apply different rules to evidence gathering, rules which must be respected in some measure if we are to retain the ability to prosecute those whose crime and travel take them beyond our borders. To insist on exact compliance with Canadian rules would be to insist universally on Canadian standards of procedures which, in the real world, may seldom be attained — an insistence which would make prosecution of many offences difficult, if not impossible.

Nous vivons à une époque où les personnes, les biens et l'information circulent d'un pays à l'autre très rapidement. Les autorités chargées d'appliquer la loi doivent, pour faire leur travail, arrêter des personnes et intercepter des biens et des communications là où ils se trouvent. Souvent elles travaillent avec des agents de police dans des pays étrangers; souvent elles ne sont que les destinataires de renseignements recueillis ailleurs de façon indépendante. On obtient alors des éléments de preuve recueillis selon des règles qui peuvent différer de celles en vigueur au Canada. Nous devons composer avec le fait que des pays différents appliquent des règles différentes à la collecte des éléments de preuve, lesquelles règles doivent être respectées dans une certaine mesure si nous devons conserver la capacité de poursuivre ceux que les crimes et les voyages emmènent au-delà de nos frontières. Insister sur le respect intégral des règles canadiennes reviendrait à insister sur l'application universelle d'un modèle canadien de procédures, ce qui, dans la réalité, peut rarement se faire — insistance qui rendrait difficile, voire impossible, la poursuite de nombreuses infractions.

173

The *Charter* permits the incorporation of legitimate justifications, sometimes within the right itself, as with s. 8, or pursuant to ss. 1 and 24(2). Both my colleague and I are prepared to accept that the need for Canadian officers to fight transnational crime, abide by foreign procedures and respect the sovereign authority of foreign states justifies Canada's participation in investigation procedures that are not identical to Canada's, *to a point*. For LeBel J., this point seems to be when Canadian authorities violate their international law obligations (para. 101). It may be that this proposition sounds appealing in theory, but I have difficulty in seeing how, in practice, Canadian officials will know when this point has been reached. Is the expectation that Canadian officers become knowledgeable in international customary law — an area of law whose content is uncertain and disputed? Practically speaking, I believe it is preferable to frame the fundamental rights obligations of Canadian officials working abroad in a context that officers are already expected to be familiar with — their obligations under the *Charter*. LeBel J.'s proposal of applying international law standards to the actions of Canadian officials working abroad introduces another new set of standards to the mix, which my colleague himself appears to recognize is difficult, at para. 90:

La *Charte* admet l'exception légitime, parfois intégrée directement au droit, comme à l'art. 8, ou reconnue en application de l'article premier ou du par. 24(2). À l'instar de mon collègue, je conviens que la nécessité de la participation à la lutte contre la criminalité transnationale, de l'observation de la procédure étrangère et du respect de l'autorité souveraine des États étrangers justifient, *jusqu'à un certain point*, qu'un policier canadien prenne part à une enquête qui n'est pas entièrement conforme aux exigences canadiennes. Pour le juge LeBel, la justification disparaîtrait lorsque les autorités canadiennes manquent à leurs obligations internationales (par. 101). La proposition est valable en théorie, mais j'ai du mal à voir comment, en pratique, les policiers canadiens détermineront le moment auquel il leur faudra mettre fin à leur participation. Doit-on exiger d'eux qu'ils se familiarisent avec le droit international coutumier, dont la teneur est incertaine et suscite le débat? D'un point de vue pratique, j'estime préférable d'inscrire l'obligation de respect des droits fondamentaux de la personne qui incombe aux fonctionnaires canadiens travaillant à l'étranger dans un cadre qu'ils sont déjà censés connaître, à savoir la *Charte*. Le juge LeBel propose d'appliquer les exigences du droit international aux actes de ces fonctionnaires mais, ce faisant, il établit un nouvel ensemble d'exigences, ce qui — il semble le reconnaître lui-même au par. 90 — est problématique :

It is no more helpful to suggest that some third option other than the law of the host state or the full application of *Charter* standards might govern foreign investigations. Where would the standards to be applied come from? How would Canadian officials know what is required of them at the outset of an investigation?

The approach I am advocating is in my view far more practical. It is also consistent with this Court's approach in extradition and deportation cases: see for instance *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, and *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7. What I advocate is that Canadian officers assess the fundamental human rights protection offered by the foreign procedures against the principles guaranteed by the *Charter*; they may consider *Charter* compliance for guidance. Minor differences in protection can be justified on the basis for the need for Canadian officials to participate in fighting transnational crime, and comity. Substantial differences require greater justifications, but there will still be a favourable presumption for laws and procedures of democratic countries.

To summarize, in any challenge to the conduct of Canadian officials investigating abroad, the onus will be on the claimant to demonstrate that the difference between fundamental human rights protection given by the local law and that afforded under the *Charter* is inconsistent with basic Canadian values; the onus will then shift to the government to justify its involvement in the activity. In many cases, differences between protections guaranteed by *Charter* principles and the protections offered by foreign procedures will simply be justified by the need for Canada to be involved in fighting transnational crime and the need to respect the sovereign authority of foreign states. On account of this, courts are permitted to apply a rebuttable presumption of *Charter* compliance where the Canadian officials were acting pursuant to valid foreign laws and procedures. Unless it is shown that those laws or procedures are substantially inconsistent with the fundamental principles emanating from the *Charter*, they will not give rise to the breach of a *Charter* right. In my view, this is the most principled and practical way to strike an appropriate

Il est tout aussi vain d'envisager que l'enquête menée à l'étranger ne soit assujettie ni au droit de l'État d'accueil ni aux dispositions de la *Charte*. Quelle serait l'origine des règles alors applicables? Comment un policier canadien pourrait-il connaître ses obligations au début de l'enquête?

La démarche que je privilégie me semble d'application beaucoup plus aisée. De plus, elle est conforme à celle qu'a adoptée notre Cour en matière d'extradition et d'expulsion : voir p. ex. *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, et *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7. Je préconise en somme que les policiers canadiens soupèsent la protection des droits fondamentaux de la personne qu'offre la procédure étrangère au regard des principes qui sous-tendent la *Charte*, comme si la *Charte* s'appliquait. Un écart minime peut être justifié par la nécessité que les policiers canadiens participent à la lutte contre la criminalité transnationale et par la courtoisie internationale. Un écart important devra être justifié plus avant, mais les règles de droit et de procédure de pays démocratiques bénéficieront toujours d'une présomption favorable.

En résumé, la personne qui conteste un acte d'un fonctionnaire canadien enquêtant à l'étranger devra démontrer que l'écart entre la protection des droits fondamentaux de la personne par le droit étranger et celle prévue par la *Charte* est incompatible avec les valeurs fondamentales canadiennes. Il incombera alors au gouvernement de justifier sa participation à l'acte en cause. Dans bien des cas, l'écart entre la protection assurée par les principes qui sous-tendent la *Charte* et celle offerte par la procédure étrangère sera simplement justifié par la nécessité que le Canada participe à la lutte contre la criminalité transnationale et respecte l'autorité souveraine des États étrangers. C'est pourquoi le tribunal peut appliquer la présomption réfutable du respect de la *Charte* lorsqu'un fonctionnaire canadien a agi conformément aux règles de droit et de procédure étrangères. Il n'y aura atteinte à un droit garanti par la *Charte* que si une incompatibilité importante entre les règles de droit et de procédure étrangères et les principes fondamentaux de la *Charte* est établie. À mon sens, c'est le moyen le plus rationnel et le plus pratique d'établir un juste équilibre entre la

balance between effective participation by Canadian officers in fighting transnational crime and respect for fundamental human rights.

175

It can be argued that applying the *Charter* abroad in this fashion, at the end of the day, essentially achieves the same result as applying the *Charter* “*ex post facto*”; under that approach, the *Charter* never applies abroad, but evidence at a Canadian trial could be excluded on the basis of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The first problem I see with that approach is that it can only address situations where a s. 24(2) remedy may be sought (i.e., the exclusion of evidence), and not situations where s. 24(1) remedies may be sought. Though no such case has yet come before the Court, it is possible that at some future date an applicant may seek a declaration or some other remedy resulting from a *Charter* violation by Canadian officials acting abroad. It would be premature, in my view, to preclude this from occurring, without such a case being properly before the Court. The second problem with the ss. 7 and 11(d) approach is that it curtails the use of the fundamental principles set out under the other provisions of the *Charter*. From an analytical standpoint, it is preferable to use the principles emanating from s. 8 of the *Charter* to assess whether evidence gathered from a search and seizure ought to be excluded from a trial in Canada than to refer to principles developed under s. 7 to deal with the same issue.

C. *Conclusion on the Proper Approach to Extraterritorial Charter Application*

176

The main question here is to determine what are the *Charter* obligations of Canadian officers investigating in another country. In my view, *Cook* at least established that Canadian authorities must abide by standards set for actions taken in Canada when they act independently, i.e., where the foreign state takes absolutely no part in the action and does not subject the action to its laws. Where the host state takes part in the action by subjecting Canadian authorities to its laws, the *Charter* still applies to Canadian officers but there will be no *Charter* violation where the Canadian officers abide by the laws of the host

participation efficace des policiers canadiens à la répression de la criminalité transnationale et le respect des droits fondamentaux de la personne.

D’aucuns pourraient soutenir qu’appliquer ainsi la *Charte* à l’étranger revient en fin de compte à l’appliquer après coup. Pour eux, la *Charte* ne s’applique jamais à l’étranger, mais la preuve présentée à un tribunal au Canada peut être écartée en application de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, la première faille de cette thèse est qu’elle vaut dans le cas d’une réparation demandée sur le fondement du par. 24(2) (exclusion de la preuve), mais non du par. 24(1). Notre Cour n’a pas encore été saisie de la question, mais elle pourrait devoir trancher un jour si une déclaration ou quelque autre réparation lui était demandée au motif qu’un fonctionnaire canadien a violé la *Charte* à l’étranger. Je juge prématuré d’exclure une telle réparation avant qu’elle n’ait été dûment demandée à notre Cour. La seconde faille de l’approche fondée sur l’art. 7 et l’al. 11d) est qu’elle limite l’application des principes fondamentaux énoncés aux autres dispositions de la *Charte*. D’un point de vue analytique, pour décider d’écarter ou non — lors du procès au Canada — une preuve recueillie lors d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie à l’étranger, mieux vaut se fonder sur les principes d’application de l’art. 8 de la *Charte* que sur ceux issus de l’art. 7.

C. *Conclusion : La démarche appropriée en ce qui concerne l’application extraterritoriale de la Charte*

Le principal objet du présent pourvoi est la détermination des obligations constitutionnelles des policiers canadiens qui enquêtent à l’étranger. À mon avis, l’arrêt *Cook* établit à tout le moins que les autorités canadiennes doivent satisfaire aux exigences applicables au Canada lorsqu’elles agissent de façon indépendante, soit lorsque l’État étranger ne participe aucunement à l’opération ni ne l’assujettit à ses lois. Lorsque l’État d’accueil participe à l’opération et soumet les autorités canadiennes à ses lois, la *Charte* continue de s’appliquer aux policiers canadiens. Toutefois, ces derniers ne violeront

state, subject to the exception discussed above. I believe this is the outcome contemplated in *Harrer and Terry*. This is also consistent with the approach taken by Lamer C.J. in *Schreiber*, who found a person's expectation of privacy to be commensurate with legal protections provided in the host country; his approach was based on a contextual application of the *Charter* and also showed some deference to the laws of the foreign country where the search took place.

I cannot agree with LeBel J. that the *Charter* is inapplicable or cannot be complied with outside Canadian territory. If s. 8 of the *Charter* was inapplicable to a s. 32(1) matter, as LeBel J. argues, I fail to see why he would apply s. 7 of the *Charter* as a control mechanism *ex post facto* (see para. 91) to the same matter, i.e. a Canadian investigation. There is, in my view, no meaningful distinction between *ex post facto* and *ex ante* application of the *Charter* to Canadian officials.

The *Charter* applies extraterritorially, but the obligations it creates in the circumstances will depend on the nature of the right at risk, the nature of the action of the police, the involvement of foreign authorities and the application of foreign laws. In the context of actions taken outside Canada, the search had to be conducted in conformity with the local laws. There is obviously consent to the participation of Canadian officers in all cases where they operate in another country. Thus, in my view, consent is not a useful criterion to determine *Charter* application. The main question is rather whether the foreign law applies. *Cook* was a rare instance where it did not. But even where the foreign law applies, there are potential *Charter* protections. As LeBel J. recognizes himself at para. 109, flagrant breaches of fundamental human rights, such as torture, would not be accepted even if authorized by local laws.

On the facts of this case, it is clear that the Canadian authorities were operating under the

pas la *Charte* s'ils se conforment aux lois de l'État d'accueil, sous réserve de l'exception susmentionnée. J'estime que tel est le résultat voulu par notre Cour dans les arrêts *Harrer et Terry*. Cette position est également compatible avec celle du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schreiber* — l'attente d'une personne en matière de vie privée est fonction des garanties juridiques accordées dans l'État d'accueil —, où il a fondé sa conclusion sur une analyse contextuelle de la *Charte* et fait preuve d'une certaine déférence à l'égard du législateur étranger en cause.

Je ne puis convenir avec le juge LeBel de l'inapplicabilité de la *Charte* ou de l'impossibilité de la respecter à l'extérieur du pays. Si, comme il le soutient, l'art. 8 de la *Charte* ne peut s'appliquer à un domaine visé au par. 32(1), je ne comprends pas pourquoi l'art. 7 de la *Charte* s'applique à la même enquête canadienne pour la contrôler après coup (par. 91). À mon sens, il n'y a pas de distinction valable entre appliquer la *Charte* aux fonctionnaires canadiens après coup ou préventivement.

La *Charte* s'applique à l'extérieur du territoire canadien, mais les obligations qu'elle crée dépendent de la nature du droit en jeu et de la mesure policière, de la participation des autorités étrangères et de l'application des lois étrangères. Dans le cas d'actes accomplis à l'extérieur du Canada, la perquisition doit être effectuée conformément aux lois de l'État d'accueil. La participation de policiers canadiens à une opération à l'étranger suppose nécessairement le consentement de l'État d'accueil. Par conséquent, je ne crois pas que le critère du consentement permette vraiment de déterminer si la *Charte* s'applique. Il faut plutôt se demander si le droit étranger s'applique. L'affaire *Cook* constitue un rare cas où il ne s'appliquait pas. Toutefois, l'application du droit étranger n'exclut pas celle des garanties prévues par la *Charte*. Comme le reconnaît le juge LeBel (par. 109), la violation flagrante des droits fondamentaux de la personne (la torture, par exemple) demeure inacceptable même lorsqu'elle est autorisée par les lois de l'autre État.

Il ressort des faits de l'espèce que les autorités canadiennes ont agi sous l'autorité du commissaire

177

178

179

authority of Detective Superintendent Lessemun, that the local laws applied to the investigation and that there was no evidence that the local laws had been breached or did not meet fundamental human rights standards. Hape led no evidence to suggest there were any differences between the fundamental human rights protections available under Turks and Caicos search and seizure laws and what the protections the *Charter* guarantees under Canadian law that would raise serious concerns. The seizure of documents was thus reasonable in the context and the evidence should not be excluded.

IV. Conclusion

180 I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

The following are the reasons delivered by

181 BINNIE J. — This appeal raises relatively straightforward issues arising out of a money laundering investigation. It should be dismissed. As my colleagues note, the searches and seizures of the appellant's bank records in the Turks and Caicos Islands were carried out under the authority of the local police in conformity with local powers of search and seizure. No prejudice to the appellant's right to a fair trial in Canada has been demonstrated. The appellant, having chosen to do his banking in the Turks and Caicos Islands, can be taken to have accepted the degree of privacy which the law of that jurisdiction affords. The record demonstrates that superimposing the Canadian law of search and seizure on top of that of the Turks and Caicos Islands would be unworkable. The appeal fails because the appellant cannot bring his case within the requirements adopted by the majority of this Court in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, at para. 25, namely that:

... (1) the impugned act falls within s. 32(1) of the *Charter*; and (2) the application of the *Charter* to the actions of the Canadian [police in the Turks and Caicos Islands do] not, in this particular case, interfere with the sovereign authority of the foreign state

Lessemun, que l'enquête était assujettie aux lois de l'État étranger et que l'inobservation de ces lois ou leur incompatibilité avec les droits fondamentaux de la personne n'ont pas été établies. M. Hape n'a présenté aucune preuve de différences préoccupantes entre, d'une part, la protection des droits fondamentaux de la personne et les dispositions régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies aux îles Turks et Caicos et, d'autre part, les garanties prévues par la *Charte* au Canada. Par conséquent, la saisie des documents n'était pas abusive dans le contexte, et la preuve n'aurait pas dû être écartée.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — La présente affaire soulève des questions assez simples relativement à une enquête menée dans une affaire de blanchiment d'argent. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Comme le signalent mes collègues, la fouille, la perquisition et la saisie des documents bancaires de l'appelant ont eu lieu aux îles Turks et Caicos sous l'autorité du service de police de l'archipel conformément aux pouvoirs conférés par le droit étranger en la matière. Nulle atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable au Canada n'a été établie. En choisissant d'exercer ses activités financières aux îles Turks et Caicos, l'appelant est présumé avoir accepté le degré de protection que prévoit le droit de l'archipel en matière de vie privée. Il appert du dossier que la superposition du droit canadien et du droit des îles Turks et Caicos en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies poserait des problèmes insurmontables. L'appelant est débouté parce qu'il n'a pu prouver le respect en l'espèce des exigences établies par les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, par. 25 :

... premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* aux actes [des policiers canadiens aux îles Turks et Caicos] ne constitue pas, dans ce cas particulier, une atteinte à l'autorité souveraine de l'État

and thereby generate an objectionable extraterritorial effect. [Emphasis added.]

My colleague LeBel J. holds, in essence, that any extraterritorial effect is objectionable (para. 85). This effectively overrules *Cook* and would further limit the potential extraterritorial application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect, I do not believe that this case, or the narrowly focussed argument of the very experienced counsel for the appellant (a 12-page factum of which three pages were devoted to legal argument citing only four authorities) affords a proper springboard for such sweeping conclusions.

While the application of *Cook* is not without practical and theoretical difficulties, as my colleagues Bastarache and LeBel JJ. show, there is sufficient flexibility in the notion of *objectionable* extraterritorial effect for such difficulties to be resolved over time in circumstances more challenging than those of the routine police investigations at issue here and in the four cases cited by the appellant, namely, *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, and *Cook* itself. Routine Canadian police investigations in the United States (*Harrer*, *Terry* and *Cook*), Switzerland (*Schreiber*) and in the Turks and Caicos Islands (this case) are of course significant, but issues of more far-reaching importance will soon confront Canadian courts, especially in the context of the “war on terror” and its progeny. We should, in my view, avoid premature pronouncements that restrict the application of the *Charter* to Canadian officials operating abroad in relation to Canadian citizens.

In the 12 years since *Harrer*, serious questions of the utmost importance have arisen respecting the extent to which, if at all, a constitutional bill of rights follows the flag when state security and police authorities operate outside their home territory. In the United States, the issues are being debated in the context of “special renditions” of

étranger et ne produit donc pas d’effet extraterritorial inacceptable. [Je souligne.]

Mon collègue le juge LeBel conclut essentiellement que *tout* effet extraterritorial est inacceptable (par. 85), infirmant dans les faits l’arrêt *Cook* et limitant davantage l’application extraterritoriale éventuelle de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avec égards, je ne crois pas que la présente affaire non plus que la plaidoirie très ciblée de l’avocat chevronné de l’appelant (des 12 pages de son mémoire, trois sont consacrées à l’argumentation juridique et il n’y cite que quatre arrêts de jurisprudence) offrent l’assise voulue pour un tel revirement.

Même si — mes collègues LeBel et Bastarache le montrent — l’application de l’arrêt *Cook* n’est pas sans soulever de difficultés d’ordre pratique et théorique, la notion d’effet extraterritorial *inacceptable* offre suffisamment de souplesse pour les surmonter dans des circonstances qui présentent un plus grand défi que celles de la banale enquête policière menée en l’espèce ou dans les quatre affaires invoquées par l’appelant, à savoir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, et *Cook*. Certes, les enquêtes de routine effectuées par des policiers canadiens aux États-Unis (*Harrer*, *Terry* et *Cook*), en Suisse (*Schreiber*) et aux îles Turks and Caicos (en l’espèce) n’étaient pas sans importance, mais les tribunaux canadiens seront bientôt saisis de questions à la portée beaucoup plus grande, en particulier dans le contexte de la « guerre au terrorisme » et des mesures qui en découlent. Selon moi, il nous faut éviter de formuler prématurément des énoncés qui limitent l’application de la *Charte* à l’égard des fonctionnaires canadiens exerçant leurs activités à l’étranger relativement à des citoyens canadiens.

Au cours des 12 années qui se sont écoulées depuis l’arrêt *Harrer*, des questions graves et de la plus haute importance ont été soulevées quant à la mesure dans laquelle, le cas échéant, une charte des droits inscrite dans la Constitution continue de régir à l’étranger les autorités chargées de la sûreté de l’État et du respect de la loi. Aux États-Unis,

182

183

184

suspects by non-military U.S. authorities to and between foreign countries and the rights of individuals held in camps said to be operated under the control of non-military U.S. personnel outside the United States (quite apart from military installations such as Guantanamo Bay). It has been widely contended in that country that different standards apply to civilian as distinguished from military personnel and to citizens as distinguished from non-citizens. Canadian police and security officials have also been active recently in foreign “hot spots” as diverse as Haiti, Iraq and Afghanistan. In fact, since 1989, the RCMP has managed the deployment of over 2,000 Canadian police officers in at least 12 countries with troubled histories including Kosovo, East Timor, Guinea, Sierra Leone, Bosnia and Herzegovina, Ethiopia, Haiti, Jordan, Iraq, the Democratic Republic of Congo, Côte d’Ivoire and Afghanistan (Royal Canadian Mounted Police, *RCMP International Peacekeeping Branch Review, 2004/2005* (2006)). In addition, RCMP “International Operations Branch” Officers work in 25 locations around the world (Royal Canadian Mounted Police, *RCMP Fact Sheet — International Operations Branch* (2005)) in circumstances that could give rise to *Charter* challenges. Recently, claims have been launched in Canadian courts by human rights activists (including Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association) against the federal government asking the courts to extend *Charter* protections (as well as international human rights and humanitarian law) to individuals detained by the Canadian Forces operating in Afghanistan. It is not known to what extent Canadian citizens were among the detainees in question, although there is some evidence that there are Canadians among the Taliban. The allegation against the Minister of National Defence and the Attorney General of Canada (both civilian authorities) is that detainees were given into the custody of the security personnel of the government of Afghanistan without adequate safeguards (see Federal Court File Number T-324-07). We have no idea if there is any merit in any of these claims, but at some point we are likely to be called upon to address them. The Maher Arar Inquiry disclosed serious issues about Canadian

les questions se posent dans le contexte du « transfert spécial » de suspects par des autorités américaines non militaires à des pays étrangers, et entre pays étrangers, ainsi qu’en fonction des droits des personnes détenues dans des camps qui seraient dirigés par du personnel américain non militaire à l’extérieur des États-Unis (et non dans des installations militaires comme celles de Guantanamo). Bon nombre d’observateurs de ce pays soutiennent que des normes différentes s’appliquent aux civils et aux militaires, ainsi qu’aux citoyens et aux non-citoyens. Aussi, ces dernières années, des forces de sécurité canadiennes, y compris des policiers, ont été déployées dans divers « points chauds » du globe comme Haïti, l’Iraq et l’Afghanistan. En fait, depuis 1989, la GRC a géré le déploiement de plus de 2 000 policiers canadiens dans au moins 12 pays déchirés par des conflits, dont le Kosovo, le Timor oriental, la Guinée, la Sierra Leone, la Bosnie-Herzégovine, l’Éthiopie, Haïti, la Jordanie, l’Iraq, la République démocratique du Congo, la Côte d’Ivoire et l’Afghanistan (Gendarmerie royale du Canada, *Revue de la Sous-direction du maintien de la paix internationale, 2004/2005* (2006)). En outre, des membres de la « Sous-direction des opérations internationales » de la GRC participent à 25 missions dans le monde (Gendarmerie royale du Canada, *GRC Fiches documentaires — Sous-direction des opérations internationales* (2005)) dans un contexte susceptible de donner lieu à des contestations fondées sur la *Charte*. Des défenseurs des droits de la personne (dont Amnistie Internationale Canada et l’association des libertés civiles de la Colombie-Britannique) ont récemment poursuivi le gouvernement fédéral devant les tribunaux canadiens afin d’obtenir que les garanties prévues par la *Charte* (ainsi que par les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne et au droit humanitaire) bénéficient également aux personnes détenues par les Forces canadiennes en Afghanistan. On ne sait pas à quel point des citoyens canadiens figurent parmi ces détenus, mais il semble qu’il y aurait des Canadiens parmi les talibans. Selon l’allégation formulée contre le ministre de la Défense nationale et le procureur général du Canada (deux civils), on aurait confié des détenus à la garde de responsables de la sécurité au sein du

police conduct in relation to the extraterritorial apprehension of a Canadian citizen in the United States which led to his incarceration and torture in Syria. The work of Canadian security personnel other than the RCMP may give rise to other issues, some of which may relate to the extraterritorial treatment of Canadian citizens. I mention these matters simply to illustrate the sort of issues that may eventually wind up before us and on which we can expect to hear extensive and scholarly argument in relation to the extraterritorial application of the *Charter*. Traditionally, common law courts have declined to make far-reaching pronouncements before being required by the facts before them to do so, heeding the cautionary words of the poet:

There are more things in heaven and earth, Horatio,
Than are dreamt of in your philosophy.

(*Hamlet*, Act I, Scene v, 11. 166-67)

Justice LeBel places great emphasis on the remedial potential of s. 24(2) of the *Charter* under which evidence may, in certain circumstances, be excluded from a Canadian trial, but the allegations now coming before our courts may not result in a trial in Canada. Indeed even the *right* to an ordinary trial may become an issue here as it has in the United States. Such serious *Charter* issues should be resolved only after full argument and debate in this Court, which we did not receive (and had no reason to expect) in this case.

My colleague LeBel J. draws a number of very broad propositions from his analysis of certain aspects of international law and takes a more attenuated view of s. 32(1) of the *Charter* than was adopted by the majority in *Cook*. LeBel J. concludes that:

gouvernement afghan sans obtenir les assurances voulues au préalable (Cour fédérale, dossier T-324-07). Nous ignorons si ces allégations ont quelque fondement, mais nous serons probablement appelés à les examiner un jour ou l'autre. Dans l'affaire Maher Arar — arrestation extraterritoriale d'un citoyen canadien aux États-Unis, emprisonné et torturé par la suite en Syrie —, l'enquête a soulevé de graves questions au sujet du comportement des policiers canadiens. Les mesures prises par d'autres organismes canadiens que la GRC peuvent soulever d'autres questions, notamment en ce qui concerne le traitement de citoyens canadiens à l'étranger. Je donne ces exemples uniquement pour illustrer le genre de questions dont notre Cour pourrait un jour être saisie, bénéficiant alors d'une argumentation approfondie et savante sur l'application extraterritoriale de la *Charte*. Traditionnellement, les tribunaux de common law ont refusé de rendre des décisions de grande portée lorsque les faits dont ils étaient saisis ne l'exigeaient pas, tenant ainsi compte de la mise en garde du poète :

Il y a plus de choses au ciel et sur la terre, Horatio, que dans les rêves de la philosophie.

(*Hamlet*, acte I, scène v, lignes 166-167)

Le juge LeBel insiste beaucoup sur le potentiel réparateur du par. 24(2) de la *Charte* qui, dans certaines circonstances, permet d'écarter un élément de preuve lors du procès au Canada. Or, les allégations formulées aujourd'hui devant nos tribunaux ne donneront pas nécessairement lieu à un procès au Canada. En fait, même le *droit* à un simple procès pourrait être compromis comme il l'est aux États-Unis. De si graves questions concernant la *Charte* ne doivent être tranchées qu'à l'issue d'une plaidoirie et d'un débat exhaustifs devant notre Cour, ce à quoi nous n'avons pas eu droit (et ne pouvons nous attendre) en l'espèce.

Mon collègue le juge LeBel tire des conclusions très générales de son analyse de certains volets du droit international, et son interprétation du par. 32(1) de la *Charte* est davantage atténuée que celle des juges majoritaires dans l'arrêt *Cook*. Il conclut :

185

186

Since extraterritorial enforcement [of Canadian law] is not possible, and enforcement is necessary for the *Charter* to apply, extraterritorial application of the *Charter* is impossible. [Emphasis added; para. 85.]

I accept, of course, that enforcement is a central issue, but at this stage I would not treat difficulties in that regard as conclusive. My colleague adds at para. 100 that “[i]ndividual rights cannot be completely disregarded in the interests of transborder co-operation” (emphasis added). In an effort to fill the gap created by his rejection of *Charter* applicability, LeBel J. would substitute Canada’s “international human rights obligations”, as a source of limitation on state power. The content of such obligations is weaker and their scope is more debatable than *Charter* guarantees. Specifically, LeBel J. writes, at para. 101, that relief may be available “where the participation of Canadian officers in investigative activities sanctioned by foreign law would place Canada in violation of its international obligations in respect of human rights”. The proposal is that international human rights obligations should become the applicable “extraterritorial” standard in substitution for *Charter* guarantees even as between the Canadian government and Canadian citizens.

Comme il n’est pas possible de faire respecter la *Charte* à l’étranger, et que cela est nécessaire pour qu’elle s’applique, l’application extraterritoriale de la *Charte* est impossible. [Je souligne; par. 85.]

Je reconnais bien sûr que la question de la mise en application est fondamentale, mais à ce stade, les difficultés s’y rapportant ne me paraissent pas décisives. Mon collègue ajoute qu’« [o]n ne peut écarter complètement les droits individuels au nom de la collaboration transfrontalière » (par. 100 (je souligne)). Afin de combler le vide créé par la non-application de la *Charte*, le juge LeBel propose, pour circonscrire le pouvoir de l’État, de s’en remettre aux « obligations internationales [du Canada] en matière de droits de la personne ». La teneur de ces obligations est moindre et leur portée est plus discutable que celles des garanties de la *Charte*. Plus précisément, le juge LeBel dit qu’il pourrait y avoir réparation lorsque « la participation d’un policier canadien à une activité d’enquête permise par le droit étranger [. . .] emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne » (par. 101). Ainsi, ces obligations deviendraient la norme « extraterritoriale » applicable en lieu et place des garanties de la *Charte*, même entre l’État canadien et les citoyens canadiens.

187 This is not the case, in my respectful view, for the Court to determine whether Canadian citizens harmed by the extraterritorial conduct of Canadian authorities should be denied *Charter* relief (except if faced with a criminal trial in Canada) and be left to arguments about Canada’s international law obligations. The Crown and the intervener, the Attorney General of Ontario, sought no such limitation. Neither the parties nor the intervener asked that *Cook* be revisited, much less overruled. Counsel were not at all dismissive of the relevance of the *Charter* in holding to account “extraterritorial” conduct of Canadian officials in relation to Canadian citizens, accepting (in my view correctly) that in *Charter* terms the denial of “objectionable extraterritorial effect” is a very different thing from the denial of *any* extraterritorial effect.

À mon humble avis, notre Cour ne saurait déterminer en l’espèce si un citoyen canadien lésé par le comportement extraterritorial d’une autorité canadienne devrait se voir refuser une réparation fondée sur la *Charte* (sauf s’il fait l’objet d’un procès pénal au Canada) et ne pouvoir invoquer que les obligations du Canada en droit international. Le ministre public et l’intervenant le procureur général de l’Ontario n’ont pas demandé pareille limitation. Ni les parties ni l’intervenant n’ont demandé la révision de l’arrêt *Cook*, encore moins son infirmation. Les avocats n’ont pas du tout écarté la pertinence de la *Charte* en faisant valoir qu’un fonctionnaire canadien pourrait devoir répondre de ses actes à l’étranger vis-à-vis d’un citoyen canadien, reconnaissant (à juste titre, selon moi) qu’il est très différent de nier l’« effet extraterritorial inacceptable » de l’application de la *Charte* et de nier *tout* effet extraterritorial en résultant.

So too my colleague LeBel J. writes, at para. 101:

I would leave open the possibility that, in a future case, participation by Canadian officers in activities in another country that would violate Canada's international human rights obligations might justify a remedy under s. 24(1) of the *Charter* because of the impact of those activities on *Charter* rights in Canada.

However, the scope of this possible exception is unclear, given the fact that the conduct at issue would necessarily be outside Canada and, according to my colleague, ought not to be judged by the *Charter* standards because "extraterritorial application of the *Charter* is impossible" (para. 85).

I would therefore resolve this appeal on the basis of *Harrer, Terry, Schreiber* and *Cook*. I would retain for the present *Cook*'s "objectionable extraterritorial effect" principle while leaving the door open to future developments in assessing the extraterritorial application of the *Charter*. Our grasp of the potential ramifications of different approaches would be sharpened by the challenging fact situations and fresh perspectives presented in cases now working their way through the system. Constitutional pronouncements of such far-reaching implications as are laid down by my colleague ("extraterritorial application of the *Charter* is impossible") were not even on the radar screen of the parties and interveners to this appeal, all of whom were represented by able and experienced counsel. The Court should decline to resolve such important questions before they are ripe for decision.

Since writing the above, my colleague LeBel J. has joined issue with this lone protest with the following comment:

We cannot always know what new issues might arise before the courts in the future, but we can trust that the law will grow and evolve as necessary and when necessary in response. [para. 95]

The law of the Constitution can only "grow and evolve" if the Court leaves it the flexibility to do

Mon collègue le juge LeBel écrit par ailleurs au par. 101 :

Je n'écarte pas la possibilité que, dans un pourvoi ultérieur, la participation de policiers canadiens à des actes à l'étranger qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse fonder l'octroi d'une réparation suivant le par. 24(1) en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la *Charte* au Canada.

Or, la portée de cette exception éventuelle demeure incertaine, car les actes en cause seraient nécessairement accomplis à l'étranger et, selon mon collègue, ne devraient pas être jugés au regard des exigences canadiennes parce que « l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible » (par. 85).

Je suis donc d'avis de statuer sur le pourvoi en fonction des arrêts *Harrer, Terry, Schreiber* et *Cook*. Je m'en tiendrais pour l'instant au principe de l'« effet extraterritorial inacceptable » établi dans l'arrêt *Cook* et laisserais la voie libre à une évolution ultérieure quant à la question de l'application extraterritoriale de la *Charte*. Certaines affaires qui franchissent actuellement les différents paliers du système judiciaire offrent une assise factuelle stimulante et une perspective nouvelle qui nous permettraient de mieux saisir les conséquences possibles des différents points de vue. Un énoncé constitutionnel de grande portée comme celui de mon collègue le juge LeBel (« l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible ») n'était même pas envisagé par les parties et l'intervenant en l'espèce, qui étaient tous représentés par des avocats compétents et chevronnés. Notre Cour devrait refuser de se prononcer prématurément sur des questions aussi importantes.

Après avoir pris connaissance des motifs qui précèdent, mon collègue a confirmé notre désaccord en ajoutant :

Il n'est pas toujours possible de prévoir les questions nouvelles dont seront saisis les tribunaux, mais on peut être assuré que le droit se développera et évoluera dans la mesure nécessaire et au moment opportun. [par. 95]

Le droit constitutionnel ne « se développera et [n]évoluera » que si notre Cour offre la souplesse

188

189

190

191

so. It is precisely because of the uncertainty about future developments, some of which are now in the litigation pipeline, that I believe the Court should not in this case substitute rigidity for flexibility and, prematurely (and unnecessarily), foreclose *Charter* options that are now open to it under the flexible principles enunciated in *Cook*.

voulue. C'est précisément l'incertitude quant aux affaires à venir — certaines d'entre elles cheminant actuellement devant les tribunaux inférieurs — qui m'amène à croire que notre Cour ne doit pas, en l'espèce, substituer la rigidité à la souplesse et supprimer prématurément (et sans nécessité) les possibilités qu'offrent actuellement les principes flexibles énoncés dans l'arrêt *Cook* relativement à l'application de la *Charte*.

192 I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Gold & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelant : Gold & Associates, Toronto.

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

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

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

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.