

**Gurmakh Kang-Brown** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. KANG-BROWN**

**Neutral citation: 2008 SCC 18.**

File No.: 31598.

2007: May 22; 2008: April 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Bus stations — Police officer involved in special operation designed to detect drug couriers at bus stations observing suspicious passenger disembarking from bus — Officer approaching passenger and asking to inspect contents of his bag — Passenger starting to open bag when officer reached hand out — Passenger pulling bag back and acting nervously — Officer signaling to another officer with sniff dog to approach — Dog indicating presence of drugs in passenger's bag — Passenger arrested and drugs found on him and in his bag upon search — Whether dog sniff constituted search — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Police — Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.*

**Gurmakh Kang-Brown** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. KANG-BROWN**

**Référence neutre : 2008 CSC 18.**

N° du greffe : 31598.

2007 : 22 mai; 2008 : 25 avril.

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'ALBERTA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Gares d'autobus — Policier participant à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus observant un passager suspect qui descend d'un autobus — Policier abordant le passager et lui demandant à voir le contenu de son sac — Policier tendant la main vers le sac au moment où le passager commence à l'ouvrir — Passager tirant le sac vers lui et manifestant de la nervosité — Policier faisant signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur — Chien indiquant la présence de drogue dans le sac du passager — Passager mis en état d'arrestation et drogue découverte sur lui et dans son sac lors d'une fouille — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Police — Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?*

An RCMP officer involved in a special operation designed to detect drug couriers at bus stations observed a bus arriving at the station and the accused getting off. The accused gave the officer an elongated stare and went into the station lobby. He then turned and looked back at the officer, who found this behaviour suspicious. The officer eventually approached the accused, identified himself and told him that he was not in any trouble and was free to go at any time. The officer asked the accused if he was carrying narcotics. The accused said no. The officer then asked to look in the accused's bag. The accused put his bag down and was unzipping it when the officer went to touch the bag. The accused pulled it away, looking nervous. At that point, the officer signaled another officer with a sniffer dog to approach. The dog sat down, indicating the presence of drugs in the bag. The accused was arrested for possession of and/or trafficking in drugs. The accused was searched and drugs were found on his person and in his bag. The trial judge found that the accused was neither arbitrarily detained nor unlawfully searched and entered a conviction. She held that the odours from the bag, which emanated freely in a public transportation facility, did not constitute information in which the accused had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was accordingly not engaged. The Court of Appeal upheld the conviction.

*Held* (Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

1. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of reasonable suspicion.

*Per* Bastarache J.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of generalized suspicion.

*Per* LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: There was no authority at common law for the sniffer-dog search in this case.

2. *Per curiam*: The dog sniff of the passenger's bag at the bus station amounted to a search within s. 8 of the *Charter*.

Un agent de la GRC qui participait à une opération spéciale destinée à détecter les passeurs de drogue dans les gares d'autobus a observé un autobus qui arrivait et l'accusé qui en descendait. L'accusé a jeté un long regard au policier et s'est rendu dans le hall de la gare. Il s'est ensuite retourné et a regardé le policier, qui a jugé ce comportement suspect. En fin de compte, le policier a abordé l'accusé, s'est présenté à lui et lui a dit qu'il n'avait rien à lui reprocher et qu'il était libre de partir en tout temps. Le policier a demandé à l'accusé s'il transportait des stupéfiants. L'accusé a répondu par la négative. Le policier a alors demandé à voir l'intérieur du sac de l'accusé. L'accusé a déposé son sac et il en ouvrait la fermeture éclair lorsque le policier a tendu la main vers le sac. L'accusé a retiré le sac, paraissant nerveux. Le policier a alors fait signe à un autre policier de s'amener avec son chien renifleur. Le chien s'est mis en position assise, indiquant la présence de drogue dans le sac. L'accusé a été mis en état d'arrestation pour possession ou trafic de drogue, ou les deux à la fois. L'accusé a été fouillé et de la drogue a été découverte sur lui et dans son sac. La juge du procès a conclu que l'accusé n'avait été ni détenu de façon arbitraire ni soumis à une fouille illégale et elle a inscrit une déclaration de culpabilité. Elle a jugé que les odeurs provenant du sac, qui s'échappaient librement dans un établissement de transport public, ne constituaient pas un renseignement à l'égard duquel l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée, et que l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'appliquait donc pas. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

1. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons raisonnables conforme à la *Charte*.

*Le* juge Bastarache : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons généraux conforme à la *Charte*.

*Les* juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La common law ne permettait pas d'effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce.

2. *Per curiam* : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac du passager à la gare d'autobus constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

3. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station violated s. 8 of the *Charter*.

*Per* Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ.: The sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station did not violate s. 8 of the *Charter*.

4. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: In the circumstances of this case, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

*Per* Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ.: There is no need to determine whether the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because the sniffer-dog search of the passenger's bag at the bus station did not violate s. 8.

---

*Per* LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The use of sniffer dogs constitutes a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*, and absent justified authority for such a search in a statute or at common law, the sniffer-dog search breached s. 8. Given the seriousness of the breach, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. [1] [17]

It is undisputed that the search was not specifically authorized by statute. In determining whether the police were authorized at common law to conduct the search in fulfilment of their general duty to investigate crime, the threshold for the exercise of police powers should not be lowered to one of "reasonable suspicion" since, to do so, would impair the important safeguards found in s. 8 against unjustified state intrusion. The existing and well-established standard of "reasonable and probable grounds" should be applied. In this case, the search did not meet this standard. [1]

Any perceived gap in the present state of the law on police investigative powers arising from the use of sniffer dogs is a matter better left for Parliament. Jurisprudence-based solutions which would openly or implicitly advocate the creation of new common law rules reducing the standard of scrutiny of state intrusion into privacy do not represent an appropriate exercise of judicial power in the circumstances of this case. When rights and interests as fundamental as personal privacy and autonomy are at stake, the constitutional role of the Court suggests that the creation of a new and

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus violait l'art. 8 de la *Charte*.

*Les* juges Bastarache, Deschamps et Rothstein : La fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*.

4. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : Dans les circonstances de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

*Les* juges Bastarache, Deschamps et Rothstein : Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* parce que la fouille du sac du passager effectuée à l'aide du chien renifleur à la gare d'autobus ne violait pas l'art. 8.

---

*Les* juges LeBel, Fish, Abella et Charron : L'utilisation d'un chien renifleur constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte* et, en raison de l'absence dans la loi et la common law d'un pouvoir justifiant une telle fouille, la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur a violé l'art. 8. Vu la gravité de cette violation, la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. [1] [17]

Il est incontesté que la fouille n'était pas expressément autorisée par la loi. Pour déterminer si, dans l'accomplissement de leur devoir général d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers étaient autorisés par la common law à procéder à la fouille en question, il n'y a pas lieu d'assujettir l'exercice des pouvoirs policiers à la norme moins stricte des « soupçons raisonnables » puisque cela aurait pour effet de compromettre les importantes garanties que l'art. 8 offre contre les atteintes injustifiées de l'État. La norme existante et bien établie des « motifs raisonnables et probables » doit être appliquée. La fouille effectuée en l'espèce ne respectait pas cette norme. [1]

Il vaut mieux laisser au législateur le soin de résoudre la question — découlant de l'utilisation des chiens renifleurs — de toute lacune qui peut être perçue dans l'état actuel du droit en matière de pouvoirs d'enquête policière. Les solutions jurisprudentielles qui préconiseraient ouvertement ou implicitement l'établissement de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l'État dans la vie privée des gens ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances de la présente affaire. Lorsque des droits et des

more intrusive power of search and seizure should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework. [4] [6] [11] [13]

*Per* McLachlin C.J. and Binnie J.: A “sniff” amounts to a s. 8 search under the *Charter* because of the significance and quality of the information obtained about concealed contents, whether such contents are in a suspect’s belongings or carried on his or her person. (In the present case, the positive “sniff” was itself considered sufficient by the RCMP to arrest the accused before even physically checking his bag to confirm the present of illegal drugs.) However, because of the minimal intrusion, contraband-specific nature and pinpoint accuracy of a sniff executed by a trained and well-handled dog, a proper balance between an individual’s s. 8 rights and the reasonable demands of law enforcement would be struck by permitting such “sniff” searches on a “reasonable suspicion” standard without requiring prior judicial authorization. The sniff in this case was an unreasonable search since the RCMP officer did not have grounds for reasonable suspicion at the time the dog was called. [26] [58] [97]

Sniffer dogs have been in common use by police forces in Canada for the last 30 years or more. If the police have lawful authority to use sniffer dogs only when they already have reasonable grounds to believe contraband is present, sniffer dogs would be superfluous and unnecessary, i.e. because *ex hypothesi* the police already have the grounds to obtain a search warrant and would not require the confirmatory evidence of a dog. [21]

The difficult issue raised by this appeal is not the existence of a police power to investigate crime using sniffer dogs or any other lawful devices or technology in places where the police are lawfully entitled to be, but the extent to which the use of such devices or techniques or animals is permitted by s. 8 of the *Charter* and, if so, in what circumstances. It is emphatically the duty of the courts, not Parliament, to resolve the issue of *Charter* compliance. [23]

intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l’autonomie personnelles sont en jeu, le rôle confié à notre Cour par la Constitution tend à indiquer qu’il devrait appartenir au législateur de créer et de justifier, dans un cadre législatif approprié, un nouveau pouvoir plus envahissant de fouiller, perquisitionner et saisir. [4] [6] [11] [13]

*La* juge en chef McLachlin et le juge Binnie : L’intervention d’un chien renifleur constitue une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte* en raison de l’importance et de la qualité des renseignements qu’elle permet d’obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels d’un suspect ou sur sa personne. (En l’espèce, les agents de la GRC ont jugé que l’indication positive donnée par le chien renifleur était suffisante en soi pour arrêter l’accusé avant même de vérifier son sac pour confirmer la présence de drogues illégales.) Cependant, à cause de l’atteinte minime portée, de la recherche ciblée d’articles interdits et de la grande fiabilité dont fait montre un chien dressé et bien utilisé, un juste équilibre entre les droits garantis à un individu par l’art. 8 et les impératifs raisonnables de l’application de la loi serait atteint si on permettait que ces fouilles ou perquisitions à l’aide d’un chien renifleur soient effectuées en fonction d’une norme des « soupçons raisonnables » sans qu’il soit nécessaire d’obtenir préalablement une autorisation judiciaire. L’intervention du chien renifleur en l’espèce constituait une fouille abusive étant donné que l’agent de la GRC n’était pas justifié d’avoir des soupçons raisonnables au moment où il a fait appel au chien. [26] [58] [97]

Au Canada, les services de police utilisent couramment des chiens renifleurs depuis au moins 30 ans. Si la loi ne permet le recours à un chien renifleur que dans le cas où les policiers ont déjà des motifs raisonnables de croire à la présence d’articles interdits, le chien renifleur devient alors superflu et inutile, du fait que les policiers sont déjà censés avoir les motifs requis pour obtenir un mandat les autorisant à effectuer une fouille ou perquisition et qu’ils n’ont pas besoin d’un chien pour confirmer la présence de ces articles. [21]

La question difficile que soulève le présent pourvoi n’est pas de savoir si les policiers peuvent effectuer des enquêtes criminelles à l’aide de chiens renifleurs ou de n’importe quels autres dispositifs ou techniques légitimes dans les endroits où ils ont le droit de se trouver. Il s’agit plutôt de savoir dans quelle mesure et, le cas échéant, dans quels cas l’art. 8 de la *Charte* autorise l’utilisation de ces dispositifs, techniques ou animaux. Il n’y a aucun doute qu’il appartient aux tribunaux, et non au législateur, de résoudre la question de la conformité avec la *Charte*. [23]

The “reasonable suspicion” standard is not a new juridical standard called into existence for the purposes of this case. “Suspicion” is an expectation that the targeted individual is possibly engaged in some criminal activity. A “reasonable” suspicion means something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds. Because sniffer-dog searches are conducted without prior judicial authorization, the after-the-fact judicial scrutiny of the grounds for the alleged “reasonable suspicion” must be rigorous. Here, the police action was based on speculation. [26] [75]

It is common ground that what occurred at the bus station was a warrantless search, and therefore presumptively unreasonable. However, had the dog-sniff search been based on reasonable suspicion, the dog’s positive alert would have given the police the grounds to proceed on the spot with a warrantless search of the accused’s bag because of the dog’s demonstrated accuracy 90 to 92 percent of the time. The RCMP accept that different dogs possess different abilities and track records and that “sniffer dogs” are not interchangeable. Proof must be made of the accuracy of a particular animal before police reliance is justified. This is another matter that should be established in the evidence (as it was here). In any event, given the dog alerts to the odour of narcotics, not to their actual presence, the arrest of the accused in this case was premature. The police should first have confirmed the presence of narcotics by a hand search of the bag. If reasonable cause had existed, and given the positive alert and the dog’s history of accuracy, the RCMP would have been entitled to perform such a verification search on the spot and without prior judicial authorization. [48] [99] [101]

The trial judge erred in principle by incorporating and relying on much of her s. 8 privacy analysis in her s. 24(2) analysis, thereby engaging in a species of double-counting, and undermining the deference that would otherwise be owed to her conclusion to admit the evidence. The trial judge having been reversed on that aspect of her privacy analysis (for the reasons set out in *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19), the trial judge’s continuing denial of a serious privacy interest should not be resuscitated as an independent ground to help the Crown over its s. 24(2) hurdle. While the evidence obtained in the illegal search was non-conscriptive, and was found by the trial judge to have been obtained by the RCMP in good faith, the

La norme des « soupçons raisonnables » n’est pas une nouvelle norme juridique créée pour les besoins de la présente affaire. Les « soupçons » sont une impression que l’individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Étant donné que les fouilles à l’aide d’un chien renifleur ont lieu sans autorisation judiciaire préalable, l’examen après le fait que les tribunaux effectuent des motifs justifiant les prétendus « soupçons raisonnables » doit être rigoureux. L’intervention des policiers en l’espèce était fondée sur des hypothèses. [26] [75]

Personne ne conteste que la fouille effectuée à la gare d’autobus était une fouille sans mandat et qu’elle était donc présumée abusive. Cependant, si la fouille à l’aide du chien renifleur avait été effectuée sur la foi de soupçons raisonnables, l’indication positive donnée par le chien aurait justifié les policiers à procéder sur-le-champ à une fouille du sac de l’accusé, compte tenu du fait que l’animal était fiable 90 à 92 pour 100 du temps. La GRC reconnaît que les chiens n’ont pas tous les mêmes capacités et le même taux de réussite, et que les « chiens renifleurs » ne sont pas interchangeables. La fiabilité d’un animal doit être prouvée pour démontrer que les policiers sont justifiés de faire appel à cet animal. Il s’agit d’un autre élément qui doit (comme cela a été fait en l’espèce) être établi par la preuve. De toute façon, étant donné que le chien indique qu’il a détecté l’odeur d’un stupéfiant et non la présence d’une telle substance, l’arrestation de l’accusé était prématurée en l’espèce. Les policiers auraient d’abord dû confirmer la présence d’un stupéfiant en fouillant manuellement le sac. En raison de l’indication positive donnée par le chien et de la fiabilité qu’il a démontrée dans le passé, les agents de la GRC auraient pu, s’ils avaient eu des motifs raisonnables, procéder sur-le-champ à une telle fouille aux fins de vérification sans devoir préalablement obtenir une autorisation judiciaire. [48] [99] [101]

La juge du procès a commis une erreur de principe en s’appuyant dans une large mesure sur l’analyse du droit à la vie privée au regard de l’art. 8 qu’elle effectue dans son examen du par. 24(2), et en se livrant ainsi à une sorte de double prise en compte, ce qui a pour effet de miner la déférence à laquelle aurait par ailleurs droit sa décision d’admettre la preuve. Étant donné que la décision de la juge du procès a été infirmée en ce qui concerne cet aspect de son analyse du droit à la vie privée (et ce, pour les motifs énoncés dans l’arrêt *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19), son refus constant de reconnaître l’existence d’un droit sérieux à la vie privée ne devrait pas être à nouveau invoqué comme moyen indépendant d’aider le ministère public

evidence should nonetheless be excluded. The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence. Drug trafficking is a serious matter, but so are the constitutional rights of the travelling public. In the sniffer-dog cases, the police are given considerable latitude to act in the absence of any requirement of prior judicial authorization. The only effective check on that authority is the after-the-fact independent assessment and, on the facts here, the police initiated a warrantless search on inadequate grounds. [103-104]

*Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting):* The use of a sniffer dog to check the accused's bag in a public bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered was proper and did not constitute an unreasonable search or seizure. [107]

The accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*. Where the applicability of s. 8 is at issue, failure to consider whether the claimant had a reasonable expectation of privacy that engages s. 8 may constitute an error of law. If the trial judge carries out the reasonable expectation of privacy analysis, however, deference will be owed to his or her finding. Here, the trial judge erred in analysing the reasonableness of the accused's expectation of privacy by incorrectly finding that the purpose of the use of the sniffer dog was to identify odours outside of his bag. It is significant that the odours in and emanating from the accused's bag were imperceptible to humans; hence the need for a dog to detect the narcotics. This is not a case in which the police were relying on their own senses. Rather, they used the dog to obtain information about the possible presence of a controlled substance inside the accused's bag. By detecting what was in the air in the vicinity of the accused's bag, the dog functioned as an investigative tool that allowed the police to conclude, in light of the dog's 90 to 92 percent success rate, that there was a controlled substance inside the bag. [143] [173-174] [210]

à surmonter l'obstacle posé par le par. 24(2). Bien que la preuve résultant de la fouille illégale n'ait pas été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même et qu'elle ait été recueillie de bonne foi par les agents de la GRC, comme l'a conclu la juge du procès, il y a néanmoins lieu d'écarter cette preuve. L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question. Le trafic de stupéfiants est une question sérieuse, mais la question des droits constitutionnels des voyageurs l'est tout autant. Dans les affaires relatives aux chiens renifleurs, les policiers disposent d'une grande latitude pour agir en l'absence d'exigence d'autorisation judiciaire préalable. L'appréciation indépendante après le fait constitue effectivement le seul moyen de contrôler ce pouvoir et, d'après les faits de la présente affaire, les policiers ont procédé à une fouille sans mandat pour des motifs insuffisants. [103-104]

*Les juges Deschamps et Rothstein (dissidents):* L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac de l'accusé dans une gare d'autobus — sur la foi de soupçons raisonnables que la preuve de l'existence d'une infraction serait découverte — était appropriée et ne constituait pas une fouille, perquisition ou saisie abusive. [107]

L'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*. Dans le cas où l'applicabilité de l'art. 8 est en cause, l'omission de vérifier si le demandeur avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 peut constituer une erreur de droit. Toutefois, si le juge du procès effectue l'analyse de l'attente raisonnable en matière de vie privée, il y a lieu de faire montre de déférence à l'égard de sa conclusion. En l'espèce, la juge du procès a commis une erreur en concluant à tort que le chien renifleur avait été utilisé pour identifier les odeurs à l'extérieur du sac de l'accusé. Fait important, les odeurs à l'intérieur du sac de l'accusé et celles qui en émanaient étaient imperceptibles aux humains, d'où la nécessité de recourir à un chien pour détecter les stupéfiants. Ce n'est pas un cas où les policiers se fiaient à leurs propres sens. Ils ont plutôt utilisé le chien pour recueillir des renseignements concernant la présence possible d'une substance réglementée à l'intérieur du sac de l'accusé. En décelant ce qu'il y avait dans l'air à proximité du sac de l'accusé, le chien a servi d'outil d'enquête qui a permis aux policiers de conclure — eu égard au taux de réussite du chien qui était de 90 à 92 pour 100 — que le sac contenait une substance réglementée. [143] [173-174] [210]

The dog's positive indication allowed for a strong, immediate and direct inference to be made about the contents of the accused's bag, and this involved a certain intrusion on informational privacy. The right to informational privacy protects biographical information, including the very nature of the information. In a case involving this right, the relevant elements of informational privacy include intimate personal details about an accused, such as his or her having come into contact with a controlled substance. The sniffer dog's intrusion on the accused's right to informational privacy thus suggests that the accused had an objectively reasonable expectation of privacy. Other factors support that conclusion. The accused owned and used the bag, he was present at the time of the search, the bag was one that could be carried close to the body, and he did not abandon it or leave it unattended. The conduct of the police in this case also intruded to a certain extent on the accused's right to territorial privacy: members of the public have historically used bus terminals to travel as a means of exercising their freedom of mobility, security screening was not done routinely in this terminal and there were no signs indicating that a luggage search was possible. Nevertheless, the accused's objectively reasonable expectation of privacy in this case was not high. The search in the present case was conducted in a public place. Moreover, the search technique employed by the police was only minimally intrusive. The accused also showed that he had a subjective expectation of privacy as evidenced by the facts that he had carried his bag close to his body and that he had sought, both verbally and physically, to control access to it. [175-178]

The search in this case was justified on the basis of the reasonable suspicion standard. This standard can be applicable only where there are circumstances that serve as safeguards against unreasonable intrusions on privacy and ensure a balance that affords proper protection. Consequently, a reasonable suspicion standard may be sufficient where the investigative technique is relatively non-intrusive and the expectation of privacy is not high. To determine whether the reasonable suspicion standard is met in a given case, the totality of the circumstances must be considered. [168] [195]

Here, the police were clearly acting in pursuit of their common law duty to investigate and prevent crime when they observed and questioned the accused and,

L'indication positive donnée par le chien a immédiatement et directement permis aux policiers de faire une forte inférence sur le contenu du sac de l'accusé, ce qui comportait une certaine atteinte au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels s'applique aux données biographiques, y compris la nature même de ces données. Dans une affaire où il est question de ce droit, les éléments pertinents qui sont protégés sont notamment les détails intimes concernant un accusé, tel le fait d'être entré en contact avec une substance réglementée. L'atteinte du chien renifleur au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels indique donc que l'accusé avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée. D'autres facteurs étayaient cette conclusion. L'accusé était le propriétaire et l'utilisateur du sac et il était présent au moment de la fouille; de plus, le sac en question pouvait être porté près du corps et il n'a été ni abandonné ni laissé sans surveillance par l'accusé. Le comportement adopté par les policiers en l'espèce a aussi, dans une certaine mesure, porté atteinte au droit à la vie privée de l'accusé en ce qui a trait aux lieux : les voyageurs utilisent depuis longtemps les gares d'autobus pour exercer leur liberté de circulation; aucun contrôle de sécurité systématique n'était effectué dans la gare en question et aucune affiche n'indiquait que les bagages pouvaient être fouillés. Cependant, l'attente objectivement raisonnable que l'accusé avait en matière de vie privée dans la présente affaire n'était pas grande. En l'espèce, la fouille a été effectuée dans un lieu public. De plus, la technique de fouille utilisée par les policiers ne portait qu'une atteinte minimale. L'accusé a aussi montré qu'il avait une attente subjective en matière de vie privée, comme en témoigne le fait qu'il avait transporté le sac près de son corps et qu'il avait tenté, tant verbalement que physiquement, d'en limiter l'accès. [175-178]

La fouille effectuée en l'espèce était justifiée selon la norme des soupçons raisonnables. Cette norme n'est applicable que dans une situation où il existe des garanties contre les atteintes abusives au droit à la vie privée et un équilibre qui assure une protection adéquate. La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d'enquête est relativement peu envahissante et que l'attente en matière de vie privée n'est pas grande. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour décider si la norme des soupçons raisonnables est respectée dans un cas donné. [168] [195]

En l'espèce, il est évident que les policiers s'acquittaient de leur devoir de common law d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime au moment

subsequently, when they used the dog to detect the presence of narcotics. The powers associated with this duty were used in a way that met the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. Given that the accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8, it would not have been reasonable for the police to use a sniffer dog to check his bag if they had no grounds for doing so. Although the trafficking of illegal drugs via public transportation is a serious problem, no evidence was adduced in this case that would support the random use of a sniffer dog to check the luggage of all bus travellers. However, with respect to the accused, the police had grounds for using the dog. The observation and questioning of the accused by the police officer resulted in “objectively discernible facts” that, in combination, aroused a reasonable suspicion that he was in possession of a controlled substance. It was only once the officer entertained reasonable suspicion that the well-trained and highly accurate sniffer dog became involved and was used as an investigative tool in furtherance of the police law enforcement duty. Not only did the accused have a lower expectation of privacy in the context of this case, but a number of safeguards were in place that limited the intrusiveness of the use of the sniffer dog. The dog was used in a public place and could only detect drugs that were identified as posing serious problems. It was used as a last resort in a progressive investigation and as a minimally intrusive investigative tool. Moreover, the police would not have been able to obtain a warrant, as the accused’s behaviour suggested that he was growing increasingly nervous and was preparing to exit the terminal. In these circumstances, the reasonable suspicion standard constitutes a reasonably necessary, and therefore justifiable, use of police powers because it strikes an appropriate balance between the accused’s reasonable privacy interest and society’s interest in interdicting illicit substances carried on public transportation. [182-183] [185] [187] [189] [191]

The sniffer-dog search was conducted in a reasonable manner. In light of the totality of the circumstances, the police made limited and prudent use of a law enforcement tool that was available to them. Accordingly, the use of the sniffer dog in this case was in full compliance with s. 8 of the *Charter*. [197-199]

où ils observaient et questionnaient l’accusé et lorsque, par la suite, ils ont utilisé le chien pour détecter la présence de stupéfiants. Les pouvoirs liés à ce devoir ont été exercés d’une manière qui respectait la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l’ensemble des circonstances. Étant donné que l’accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l’art. 8, il n’aurait pas été raisonnable que les policiers utilisent un chien renifleur pour vérifier son sac s’ils n’avaient eu aucun motif de le faire. Bien que le trafic de drogues illicites au moyen des transports publics soit un problème grave, on n’a produit en l’espèce aucune preuve qui justifierait l’utilisation au hasard d’un chien renifleur pour vérifier les bagages de toutes les personnes qui voyagent en autobus. Toutefois, en ce qui concerne l’accusé, les policiers avaient des motifs d’utiliser le chien en question. En observant et en questionnant l’accusé, le policier a relevé des « faits objectivement discernables » qui, pris ensemble, ont fait naître des soupçons raisonnables qu’il était en possession d’une substance réglementée. Ce n’est que lorsque le policier a eu des soupçons raisonnables que le chien renifleur bien dressé et très fiable est intervenu et que les policiers l’ont utilisé comme outil d’enquête dans l’exercice de leur fonction consistant à appliquer la loi. Dans le contexte de la présente affaire, l’accusé avait non seulement une attente moindre en matière de vie privée, mais encore il existait un certain nombre de garanties qui limitaient le caractère envahissant de l’utilisation du chien renifleur. Le chien a été utilisé dans un lieu public et il ne pouvait détecter que les drogues reconnues comme posant de graves problèmes. Il a été utilisé en dernier ressort dans le cadre d’une enquête progressive et en tant qu’outil d’enquête impliquant une atteinte minimale. De plus, les policiers n’auraient pas été en mesure d’obtenir un mandat étant donné qu’il ressortait du comportement de l’accusé que celui-ci devenait de plus en plus nerveux et qu’il se préparait à sortir de la gare. Dans ces circonstances, l’application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu’il permet d’établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l’accusé à la vie privée et l’intérêt qu’a la société à empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites. [182-183] [185] [187] [189] [191]

La fouille à l’aide du chien renifleur a été effectuée d’une manière non abusive. Compte tenu de l’ensemble des circonstances, les policiers ont fait un usage limité et prudent d’un outil d’application de la loi dont ils disposaient. Par conséquent, l’utilisation du chien renifleur en l’espèce était tout à fait conforme à l’art. 8 de la *Charte*. [197-199]

It is clear from the evidence of the high accuracy rate of the dog in question that its positive indication of the presence of narcotics provided the police with reasonable grounds to arrest the accused and to search his bag by hand in a search incidental to arrest. Therefore, the accused's s. 8 rights were not infringed. [200]

*Per Bastarache J. (dissenting):* The dog sniff search constituted a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The accused had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his luggage at the time the dog sniff occurred. Here, both a subjective and an objective expectation of privacy have been established. A subjective expectation of privacy is evidenced by the protective manner in which the accused carried his bag and his refusal to allow a voluntary search to occur. From an objective perspective, it is significant that the odour identified by the dog was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the contents of the accused's luggage. Although the accused did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, it was significantly reduced owing to the location at which the search occurred. In a bus depot, a passenger is voluntarily using the terminal to access a public mode of transportation, and he or she is aware that the state has an interest in ensuring that that transportation system is both secure and not being used to further criminal activity. Nonetheless, privacy interests do not have to be of the highest form to attract s. 8 protection. [227-228] [231]

In this case, the requisite balancing of individual rights with the state interest in preventing and investigating crime supports a finding that a sniff search of luggage using a police dog will not be in violation of s. 8 of the *Charter* where the police are acting on a reasonable suspicion about the committal of a crime. The reduced expectation of privacy at public terminals, the minimal intrusion caused by the search itself, and the effectiveness of sniffer-dog searches all support a standard of "reasonable suspicion". In some situations, like this one, reasonable suspicion will relate to a particular individual, and the police will have gathered, through observation or other means, sufficient information about a specific person to justify a sniff search of his or her bags. Although the police in this case based their search on individualized suspicion, it would have been equally permissible for them to use sniffer dogs to search the luggage of all of the passengers at the bus station that day, providing that the police had a reasonable suspicion that drug activity might be occurring at

Il ressort de la preuve du taux de fiabilité élevé du chien en question que le fait qu'il a indiqué la présence de stupéfiants a donné aux policiers des motifs raisonnables d'arrêter l'accusé et de fouiller manuellement son sac dans le cadre d'une fouille accessoire à son arrestation. Par conséquent, les droits que l'art. 8 garantit à l'accusé n'ont pas été violés. [200]

*Le juge Bastarache (dissident) :* L'utilisation d'un chien renifleur constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Au moment où le chien renifleur est intervenu, l'accusé avait une attente raisonnable, mais limitée, en matière de vie privée à l'égard de ses bagages. En l'espèce, l'existence d'une attente raisonnable, tant subjective qu'objective, en matière de vie privée a été établie. La façon dont l'accusé cherchait à protéger son sac en le transportant et son refus de consentir à une fouille volontaire témoignent de l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée. D'un point de vue objectif, il est important de souligner que l'odeur détectée par le chien était imperceptible aux humains et que sa détection a fourni immédiatement des renseignements sur le contenu des bagages de l'accusé. Bien que l'accusé ait eu une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, cette attente était beaucoup moindre en raison de l'endroit où la fouille a été effectuée. Dans une gare d'autobus, les passagers utilisent volontairement les lieux pour accéder à un mode de transport public, et ils savent que l'État a intérêt à veiller à ce que le système de transport soit sûr et non utilisé à des fins criminelles. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'être en présence de la forme la plus élevée de droit à la vie privée pour que la protection de l'art. 8 s'applique. [227-228] [231]

En l'espèce, il est permis de conclure, après avoir procédé à l'évaluation requise des droits des individus et de l'intérêt de l'État dans la prévention du crime et les enquêtes criminelles, que la fouille de bagages à l'aide d'un chien renifleur ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte* lorsque les policiers agissent sur la foi de soupçons raisonnables qu'un crime est commis. Les attentes moindres en matière de vie privée dans les terminaux, l'atteinte minimale portée par la fouille elle-même et l'efficacité des fouilles à l'aide d'un chien renifleur militent toutes en faveur de l'application d'une norme des « soupçons raisonnables ». Dans certains cas, comme la présente affaire, les soupçons raisonnables porteront sur un individu particulier, et les policiers auront recueilli, grâce à l'observation ou à d'autres méthodes, suffisamment de renseignements à son sujet pour justifier la fouille de ses bagages à l'aide d'un chien renifleur. Bien qu'en l'espèce les policiers aient effectué la fouille sur la foi de soupçons précis, ils auraient tout aussi bien pu utiliser des chiens renifleurs pour fouiller

the terminal, and reasonably informed passengers were aware of the fact that their baggage may be subject to a sniffer-dog search. [215] [243-244]

Because the accused's baggage was subjected to a sniffer-dog search as a result of individualized suspicion, it is unnecessary to determine conclusively whether a random search of his bag would have been constitutional. The trial judge found that the officer's suspicion with respect to the accused was in place before the sniff occurred and was based on objective facts. There is no reason to interfere with her finding on that point, and the search was therefore reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. [255]

#### Cases Cited

By LeBel J.

**Referred to:** *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

By Binnie J.

**Applied:** *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; **referred to:** *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Mack*, [1988]

les bagages de tous les passagers se trouvant dans la gare d'autobus ce jour-là, pourvu qu'ils aient eu des soupçons raisonnables qu'une activité liée à la drogue pouvait avoir lieu dans la gare, et que des passagers raisonnablement bien informés aient su que leurs bagages pouvaient faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur. [215] [243-244]

Étant donné que les bagages de l'accusé ont fait l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons précis, il n'est pas nécessaire de déterminer de façon concluante si une fouille au hasard de son sac aurait été constitutionnelle. La juge du procès a conclu que le policier avait des soupçons au sujet de l'accusé avant l'intervention du chien renifleur et que ses soupçons reposaient sur des faits objectifs. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion qu'elle a tirée à cet égard, et la fouille n'était donc pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. [255]

#### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

Citée par le juge Binnie

**Arrêt appliqué :** *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053;

2 S.C.R. 903; *R. v. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327; *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990); *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298; *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *R. v. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48; *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (1999); *R. v. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49; *R. v. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30.

By Deschamps J. (dissenting)

*R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223; *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32, rev'g (2005), 196 O.A.C. 16; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. v. Woods*, [2005] 2 S.C.R. 205, 2005 SCC 42; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *R. v. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315; *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (1990); *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (1990); *McGahan v. State*, 807 P.2d 506 (1991); *Commonwealth v. Johnston*, 530 A.2d 74 (1987); *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197.

By Bastarache J. (dissenting)

*R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003

*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327; *Alabama c. White*, 496 U.S. 325 (1990); *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298; *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1; *Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980); *R. c. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48; *United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989); *Sibron c. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States c. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (1999); *R. c. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49; *R. c. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223; *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32, inf. (2005), 196 O.A.C. 16; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182; *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205, 2005 CSC 42; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *R. c. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315; *People c. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (1990); *State c. Pellicci*, 580 A.2d 710 (1990); *McGahan c. State*, 807 P.2d 506 (1991); *Commonwealth c. Johnston*, 530 A.2d 74 (1987); *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

*R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003

SCC 30; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

### Statutes and Regulations Cited

*Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), s. 12A.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 8, 9, 10, 24(2).  
*Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 99(1)(f).  
*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.  
*Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), ss. 145 to 150, 193 to 196.  
*Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1).  
*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 39.  
*Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63.  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18.

### Authors Cited

Australia. New South Wales. *Discussion Paper: Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act*. Sydney: NSW Ombudsman, 2004.

Chevrette, François, and Hugo Cyr. “La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce”, in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 10-1.

Davis-Barron, Sherri. “The Lawful Use of Drug Detector Dogs” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vols. 1 and 4, 4th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004.

La Forest, Gérard V. “Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints”, in R. Johnson et al., eds., *Gérald V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg: Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 3.

Pollack, Kenneth L. “Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard” (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 *C.R.* (5th) 123.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *Brian Dickson: A Judge’s Journey*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.

CSC 30; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

### Lois et règlements cités

*Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), art. 12A.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8, 9, 10, 24(2).  
*Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), art. 145 à 150, 193 à 196.  
*Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2.  
*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 99(1)f).  
*Police Act*, R.S.A. 2000, ch. P-17, art. 38(1).  
*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 39.  
*Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63.

### Doctrine citée

Australie. Nouvelle-Galles du Sud. *Discussion Paper : Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act*. Sydney : NSW Ombudsman, 2004.

Chevrette, François, et Hugo Cyr. « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, 521.

Davis-Barron, Sherri. « The Lawful Use of Drug Detector Dogs » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, vols. 1 and 4, 4th ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004.

La Forest, Gérard V. « Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints », in R. Johnson et al., eds., *Gérald V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997*. Winnipeg : Canadian Legal Historic Project, Faculty of Law, University of Manitoba, 2000, 3.

Pollack, Kenneth L. « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.

Sankoff, Peter, and Stéphane Perrault. « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 *C.R.* (5th) 123.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *Brian Dickson : A Judge’s Journey*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.

Shaw, Trevor. “The Law on the Use of Police Dogs in Canada” (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, O’Leary and Paperny JJ.A.) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 391 A.R. 218, 377 W.A.C. 218, 210 C.C.C. (3d) 317, 39 C.R. (6th) 282, [2006] 9 W.W.R. 633, 144 C.R.R. (2d) 338, [2006] A.J. No. 755 (QL), 2006 CarswellAlta 794, 2006 ABCA 199, dismissing the accused’s appeal from conviction (2005), 386 A.R. 48, 203 C.C.C. (3d) 132, 31 C.R. (6th) 231, [2005] A.J. No. 1110 (QL), 2005 CarswellAlta 1217, 2005 ABQB 608. Appeal allowed, Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

*James M. Lutz and Alias A. Sanders*, for the appellant.

*Kenneth J. Yule, Q.C., Jolaine Antonio and Lisa Matthews*, for the respondent.

*Robert W. Hubbard and Alison Wheeler*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Dominique A. Jobin and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Kenneth D. Madsen*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Frank Addario and Emma Phillips*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

*Jonathan C. Lisus, Christopher A. Wayland and Sarah Corman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. were delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] I have had the opportunity of reading the reasons of Binnie J. in this appeal and in the companion appeal *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19. Like him, I would allow the appeal, find that there was a violation of s. 8 of the *Canadian*

Shaw, Trevor. « The Law on the Use of Police Dogs in Canada » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, O’Leary et Paperny) (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 391 A.R. 218, 377 W.A.C. 218, 210 C.C.C. (3d) 317, 39 C.R. (6th) 282, [2006] 9 W.W.R. 633, 144 C.R.R. (2d) 338, [2006] A.J. No. 755 (QL), 2006 CarswellAlta 794, 2006 ABCA 199, qui a rejeté l’appel de l’accusé contre sa déclaration de culpabilité (2005), 386 A.R. 48, 203 C.C.C. (3d) 132, 31 C.R. (6th) 231, [2005] A.J. No. 1110 (QL), 2005 CarswellAlta 1217, 2005 ABQB 608. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

*James M. Lutz et Alias A. Sanders*, pour l’appellant.

*Kenneth J. Yule, c.r., Jolaine Antonio et Lisa Matthews*, pour l’intimée.

*Robert W. Hubbard et Alison Wheeler*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Dominique A. Jobin et Gilles Laporte*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Kenneth D. Madsen*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Frank Addario et Emma Phillips*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

*Jonathan C. Lisus, Christopher A. Wayland et Sarah Corman*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendus par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] J’ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge Binnie dans le présent pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19. Je partage son avis que le pourvoi devrait être accueilli, qu’il y a eu violation de l’art. 8 de la

*Charter of Rights and Freedoms* and exclude the evidence under s. 24(2). However, I reach this conclusion for different reasons. I agree that the use of sniffer dogs constitutes a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The question on this appeal is whether the sniffer-dog search conducted in this case was “authorized by law”. It is undisputed that the search was not specifically authorized by statute. The question becomes whether the police were authorized at common law to conduct the search in fulfilment of their general duty to investigate crime. Binnie J. concludes that, in the circumstances of this case, they were not so authorized. I agree. In answering this question, however, I would not lower the threshold for the exercise of police powers to one of “reasonable suspicion” since to do so would impair the important safeguards found in s. 8 of the *Charter* against unjustified state intrusion. I would apply the existing and well-established standard of “reasonable and probable grounds” to hold that the search did not meet this standard. In so holding, I acknowledge that the *Charter* does not prohibit the use of sniffer dogs or other investigative techniques by police; it does require, however, that they be used in accordance with the standards established by s. 8.

## II. Analysis

[2] Of critical importance in situating the debate before this Court is the undisputed fact that the police had no reasonable and probable grounds to believe that Mr. Kang-Brown had drugs in his possession or that he had committed any other offence at the time they accosted him and effected the sniffer-dog search. The Crown seeks to rely, rather, on the *fruits* of the sniffer-dog search itself to establish the legality of Mr. Kang-Brown’s arrest and consequent search of his bag. In other words, it is uncontested that on the present state of the law, without the benefit of the positive sniffer-dog search, Mr. Kang-Brown ought to have been left alone by state authorities.

*Charte canadienne des droits et libertés* et que la preuve devrait être écartée en application du par. 24(2). Toutefois, j’arrive à cette conclusion pour des motifs différents. Je conviens que l’utilisation d’un chien renifleur constitue une fouille au sens de l’art. 8 de la *Charte*. La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si la fouille à l’aide d’un chien renifleur était « autorisée par la loi ». Il est incontesté que la fouille n’était pas expressément autorisée par la loi. Il faut alors se demander si, dans l’accomplissement de leur devoir général d’effectuer des enquêtes criminelles, les policiers étaient autorisés par la common law à procéder à la fouille en question. Le juge Binnie conclut que, dans les circonstances de la présente affaire, ils ne l’étaient pas. Je partage son avis. Toutefois, pour répondre à cette question, j’estime qu’il n’y a pas lieu d’assujettir l’exercice des pouvoirs policiers à la norme moins stricte des « soupçons raisonnables » puisque cela aurait pour effet de compromettre les importantes garanties que l’art. 8 de la *Charte* offre contre les atteintes injustifiées de l’État. J’appliquerais la norme existante et bien établie des « motifs raisonnables et probables » pour conclure que la fouille effectuée ne la respectait pas. En tirant cette conclusion, je reconnais que la *Charte* n’interdit pas l’utilisation de chiens renifleurs ou d’autres techniques d’enquête policière; elle exige toutefois que cette utilisation demeure conforme aux normes établies par l’art. 8.

## II. Analyse

[2] Le fait incontesté que les policiers n’avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que M. Kang-Brown avait de la drogue en sa possession ou qu’il avait commis quelque autre infraction au moment où ils l’ont abordé et où ils ont procédé à la fouille à l’aide du chien renifleur revêt une importance cruciale pour situer le débat devant notre Cour. Le ministère public tente plutôt d’invoquer les *fruits* de la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur pour établir la légalité de l’arrestation de M. Kang-Brown et de la fouille subséquente de son sac. Autrement dit, personne ne conteste que, dans l’état actuel du droit, les représentants de l’État n’auraient pas pu importuner M. Kang-Brown s’ils n’avaient pas bénéficié des résultats positifs de la fouille à l’aide du chien renifleur.

[3] It is common ground that no statutory provision authorizes the sniffer-dog search that was conducted at the Calgary bus terminal. Nor was there common law authority to arrest Mr. Kang-Brown prior to the search being conducted. The issue is therefore whether this Court, in the absence of any legislative regime, should attempt to itself craft a lower standard than that set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, to govern the use of sniffer dogs by the police in public places such as a bus terminal or, as in *A.M.*, a school. This appears to be the suggestion of my colleague Binnie J. when he proposes a new standard of “reasonable belief or suspicion”, the application of which would depend on the degree of intrusiveness of the investigative technique used in a particular case.

[4] Contrary to what Binnie J. asserts in his reasons, the issue of the role of the courts in respect of common law police powers is squarely before us on this appeal. Unlike him, however, I conclude that any perceived gap in the present state of the law on police investigative powers arising from the use of sniffer dogs is a matter better left for Parliament. The issue was raised by the parties in this Court and in the courts below. Indeed, it lies at the heart of the present litigation. Mr. Kang-Brown raised the arbitrariness of the search (factum, at para. 63). The Criminal Lawyers’ Association of Ontario submitted that the constitutional requirements of reasonable and probable cause set out in *Hunter v. Southam* had to be met. Reasonable suspicion was raised at most as an alternative solution and not the preferred one. Even one of the Crown counsel, who was arguing that the dog sniff was not a search, in answer to a question from a member of our Court, stated that, if it was a search, “we’re in uncharted waters”. He added that “one has to strain to think of situations where the Court has said that something less than reasonable grounds suffices where it’s a Section 8 search” (transcript, at p. 55). In *A.M.*, one of the grounds adopted by the Ontario Court of Appeal to quash the search of school premises was that the search was not authorized by the criminal

[3] Il est acquis qu’aucune disposition législative n’autorise la fouille à l’aide d’un chien renifleur qui a été effectuée à la gare d’autobus de Calgary. La common law ne permettait pas non plus d’arrêter M. Kang-Brown avant la fouille. La question est donc de savoir si, en l’absence de régime législatif, notre Cour devrait tenter de concevoir elle-même une norme moins stricte que celle énoncée dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, pour régir l’utilisation des chiens renifleurs par les policiers dans des endroits publics tels qu’une gare d’autobus ou une école, comme dans l’affaire *A.M.* C’est ce que semble affirmer mon collègue le juge Binnie lorsqu’il propose une nouvelle norme de la « croyance ou des soupçons raisonnables », dont l’application dépendrait du caractère envahissant de la technique d’enquête utilisée dans un cas particulier.

[4] Contrairement à ce que le juge Binnie affirme dans ses motifs, le présent pourvoi soulève directement la question du rôle des tribunaux à l’égard des pouvoirs que la common law confère aux policiers. Toutefois, contrairement à lui, je conclus qu’il vaut mieux laisser au législateur le soin de résoudre la question — découlant de l’utilisation des chiens renifleurs — de toute lacune qui peut être perçue dans l’état actuel du droit en matière de pouvoirs d’enquête policière. Les parties ont soulevé cette question devant notre Cour et devant les tribunaux d’instance inférieure. En fait, celle-ci est au cœur du présent litige. Monsieur Kang-Brown a invoqué le caractère arbitraire de la fouille (mémoire, par. 63). La Criminal Lawyers’ Association de l’Ontario a soutenu qu’il fallait satisfaire à l’exigence constitutionnelle de motifs raisonnables et probables énoncée dans l’arrêt *Hunter c. Southam*. La question des soupçons raisonnables a tout au plus été évoquée comme solution de rechange et non comme solution privilégiée. Même l’un des avocats du ministère public, qui prétendait que l’intervention du chien renifleur ne constituait pas une fouille, a répondu à un juge de notre Cour que, si elle constituait une fouille [TRADUCTION] « nous [serions] en terrain inconnu ». Il a ajouté qu’« il faut s’efforcer de songer à des situations où la Cour a affirmé qu’une norme moins exigeante

law or by the *Education Act* or subsidiary school policies.

[5] Courts make and change the law (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10, at paras. 83-87). Much of what is recognized as “law” is actually, in one form or another, judge-made law (G. V. La Forest, “Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints”, in R. Johnson et al., eds., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 3). The question is not whether this lawmaking power exists, but how and when it is appropriate to exercise the power.

[6] This question becomes particularly delicate when, in matters which engage key constitutional values and rights, courts decide to act as lawmakers because of perceived gaps in the law. Should the common law be used to fill such gaps? This Court has used it to do so in certain circumstances in the area of the law we are now considering, in cases like *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 (investigative detentions), and, quite recently, *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32. These precedents do not mean that the Court should always expand common law rules, in order to address perceived gaps in police powers or apprehended inaction by Parliament, especially when rights and interests as fundamental as personal privacy and autonomy are at stake.

[7] Courts form part of the institutions of a democratic state where democratically elected legislatures debate and enact laws in an open public process. Courts are vital institutions particularly because the Constitution itself protects fundamental

que celle des motifs raisonnables est suffisante lorsqu’il est question d’une fouille visée par l’art. 8 » (transcription, p. 55). Dans l’affaire *A.M.*, l’un des motifs retenus par la Cour d’appel de l’Ontario pour invalider la fouille effectuée dans une école était que cette fouille n’était pas autorisée par le droit criminel, par la *Loi sur l’éducation* ou encore par les politiques subsidiaires des conseils scolaires.

[5] Les tribunaux créent et modifient le droit (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10, par. 83-87). Une bonne partie de ce qui est reconnu comme du « droit » constitue en fait, sous une forme ou une autre, du droit prétorien (G. V. La Forest, « Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints », dans R. Johnson et autres, dir., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 3). Il s’agit de savoir non pas si ce pouvoir de créer des règles de droit existe, mais plutôt comment et dans quels cas il convient de l’exercer.

[6] Cette question devient particulièrement délicate lorsque, dans des affaires mettant en cause des valeurs et des droits constitutionnels cruciaux, les tribunaux décident d’agir comme législateur à cause de lacunes perçues dans le droit. La common law devrait-elle servir à combler de telles lacunes? Notre Cour l’a parfois utilisée à cette fin dans le domaine du droit dont il est question en l’espèce, notamment dans l’arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 (détentions aux fins d’enquête) et, tout récemment, dans l’arrêt *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32. Cette jurisprudence ne signifie pas que la Cour devrait toujours élargir les règles de common law pour combler les lacunes perçues des pouvoirs policiers ou pour dissiper la crainte d’inaction de la part du législateur, particulièrement lorsque des droits et des intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l’autonomie personnelles sont en jeu.

[7] Les tribunaux comptent parmi les institutions des démocraties où des assemblées législatives démocratiquement élues débattent et adoptent des lois de façon publique et transparente. Les tribunaux sont des institutions vitales

human rights. The Constitution does not belong to the courts, as McLachlin J. (as she then was) wisely said in her dissent in *Cooper*, but courts must remain alive and sensitive to the fact that they are ultimately the guardians of constitutional rules, principles and values when all else fails (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 70).

[8] Section 8 of the *Charter* expresses one of the core values of our society: respect for personal privacy and autonomy. A significant proportion of *Charter* decisions have concerned the interpretation and application of s. 8. It may be said that our *Charter* jurisprudence was born with *Hunter v. Southam*, which remains one of the seminal judgments that, like *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, laid the groundwork for the interpretation of the *Charter* (see R. J. Sharpe and K. Roach, *Brian Dickson: A Judge's Journey* (2003), at pp. 312-16). Although the word “privacy” does not appear in the *Charter*, from the first days of its application, s. 8 evolved into a shield against unjustified state intrusions on personal privacy (*Hunter v. Southam*, at p. 160).

[9] Even before the *Charter* came into force, the courts were protective of privacy rights, although they tended to ground that protection in the notions of territoriality and of the relative sanctity of property interests (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 455). They modified this approach under the *Charter*, defining privacy interests as personal rights (Hogg, at p. 456; *Hunter v. Southam*, at pp. 158-59). This shift underscores the crucial importance of privacy interests in the interpretation of s. 8 (see La Forest J. in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 426-27; Bastarache J. in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 16; F. Chevrette and H. Cyr, “La protection en matière de fouilles, perquisitions

notamment en raison du fait que la Constitution elle-même protège les droits fondamentaux de la personne. La Constitution n'appartient pas aux tribunaux, comme l'a judicieusement rappelé la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Cooper*, mais ils doivent demeurer attentifs et sensibles au fait qu'ils sont, en dernier ressort, les gardiens des règles, principes et valeurs constitutionnels lorsque toutes les autres démarches échouent (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 70).

[8] L'article 8 de la *Charte* énonce l'une des valeurs fondamentales de notre société : le respect de la vie privée et de l'autonomie personnelles. Une part appréciable des décisions touchant la *Charte* concerne l'interprétation et l'application de l'art. 8. Il est possible d'affirmer que notre jurisprudence relative à la *Charte* a pour point de départ l'arrêt *Hunter c. Southam*, lequel demeure l'un des arrêts charnières qui, à l'instar de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et du *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, ont jeté les bases de l'interprétation de la *Charte* (voir R. J. Sharpe et K. Roach, *Brian Dickson : A Judge's Journey* (2003), p. 312-316). Bien que l'expression « vie privée » ne figure pas dans la *Charte*, l'art. 8 est devenu, dès les premiers arrêts portant sur son application, un bouclier contre les ingérences injustifiées de l'État dans la vie privée des gens (*Hunter c. Southam*, p. 160).

[9] Même avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, les tribunaux étaient soucieux de protéger le droit à la vie privée, quoiqu'ils aient eu tendance à fonder cette protection sur des notions de territorialité et d'inviolabilité relative du droit de propriété (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2007), vol. 2, p. 455). Avec l'avènement de la *Charte*, ils ont modifié cette approche en définissant les intérêts en matière de vie privée comme étant des droits personnels (Hogg, p. 456; *Hunter c. Southam*, p. 158-159). Ce changement fait ressortir l'importance cruciale que le droit à la vie privée revêt dans l'interprétation de l'art. 8 (voir le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426-427; le juge Bastarache dans

et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), 10-1, at pp. 10-72 and 10-94).

[10] The protection of privacy interests rests on the constraints, like the requirements of prior authorization and reasonableness, imposed on those conducting searches and seizures by the wording of s. 8 and by the courts in applying that section. The needs of law enforcement have to be taken into consideration and to be balanced with reasonable expectations of privacy. Nevertheless, in the leading cases on s. 8, the courts imposed significant constraints on intrusions on personal privacy by state agents. These constraints were found necessary because, as our Court found in *Hunter v. Southam*, "to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted" amounts to an "[ex] *post facto* analysis [that] would . . . be seriously at odds with the purpose of s. 8". That purpose, our Court then emphasized, "requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place" (p. 160 (emphasis deleted)). Those constraints were — and in general still are, since this Court has never resiled from them — that there be a legal basis for the search or seizure in a statute or at common law, prior judicial authorization, and reasonable and probable cause. Departures from that constitutional framework had to be justified by the state. La Forest J. strongly stated the view that, as a matter of principle, common law police powers were narrow and their extension is better be left to Parliament (*R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 56-57). My concern is that the approach adopted by my colleagues in this case will in practice jeopardize critical elements of the constitutional rights guaranteed by s. 8 and of that section's underlying values. Perhaps somewhat ironically, this erosion process would derive not from state action or from the laws of

l'arrêt *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 16; F. Chevrette et H. Cyr, « La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l'infraction et la peine la plus douce », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3<sup>e</sup> éd. 1996), 521, p. 595 et 618).

[10] La protection du droit à la vie privée repose sur les contraintes — telles les exigences d'autorisation préalable et de caractère raisonnable — auxquelles le texte de l'art. 8 et les tribunaux qui appliquent cet article assujettissent ceux et celles qui effectuent des fouilles, perquisitions et saisies. La nécessité de faire respecter la loi doit être prise en compte et soupesée en fonction des attentes raisonnables en matière de vie privée. Néanmoins, dans les décisions de principe relatives à l'art. 8, les tribunaux ont assorti de restrictions importantes les atteintes que des représentants de l'État peuvent porter au droit à la vie privée personnelle. Ces restrictions ont été jugées nécessaires parce que, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, « déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée » constitue une « analyse après le fait [qui] entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8 ». Notre Cour a ensuite souligné que ce but « requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées » (p. 160 (soulignements omis)). Ces restrictions consistaient et, n'ayant jamais été écartées par notre Cour, consistent généralement à exiger que la fouille, perquisition ou saisie soit fondée sur la loi ou la common law, qu'elle soit préalablement autorisée par un tribunal et qu'il existe des motifs raisonnables et probables de l'effectuer. L'État devait justifier toute dérogation à ce cadre constitutionnel. Le juge La Forest s'est fermement dit d'avis qu'en principe les pouvoirs conférés aux policiers par la common law étaient limités et qu'il valait mieux laisser au législateur le soin de les élargir (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 56-57). Je crains que l'approche adoptée par mes collègues en l'espèce

Parliament, but from decisions of the courts themselves.

[11] These considerations lead me back to the central question in the present appeal: the proper performance of the courts' lawmaking function. In my opinion, the jurisprudence-based solutions advanced in the reasons of certain of my colleagues, who openly or implicitly advocate the creation of new common law rules reducing the standard of scrutiny of state intrusion into privacy, do not represent an appropriate exercise of judicial power in the circumstances of this appeal and of the companion appeal in *A.M.*

[12] The common law has long been viewed as a law of liberty. Should we move away from that tradition, which is still part of the ethos of our legal system and of our democracy? This case is about the freedom of individuals and the proper function of the courts as guardians of the Constitution. I doubt that it should lead us to depart from the common law tradition of freedom by changing the common law itself to restrict the freedoms protected by the Constitution under s. 8 of the *Charter*.

[13] The standard for search and seizure operations in Canadian law has generally been reasonable and probable cause, with or without judicial preauthorization depending on the exigency of the circumstances. At paras. 77-78 of his reasons in *A.M.*, Binnie J. mentions a number of statutory exceptions to that standard, some of which have been challenged before the courts. I have already referred to the decisions of our Court in *Mann* and *Clayton*. Other situations could arise where the constitutionality of a search and seizure operation might be upheld in the absence of statutory authority. One might think for example about exigent

ait, en pratique, pour effet de compromettre certains aspects essentiels des droits constitutionnels garantis par l'art. 8 et des valeurs qui sous-tendent cet article. Il se pourrait, assez ironiquement d'ailleurs, que ce processus d'érosion découle non pas d'un acte de l'État ou des lois du Parlement, mais plutôt de décisions émanant des tribunaux eux-mêmes.

[11] Ces considérations me ramènent à la question qui se situe au cœur du présent pourvoi : l'exercice approprié par les tribunaux de leur rôle de création de règles de droit. À mon avis, les solutions jurisprudentielles proposées dans les motifs de certains de mes collègues, qui préconisent ouvertement ou implicitement l'établissement de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l'État dans la vie privée des gens, ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances du présent pourvoi et du pourvoi connexe *A.M.*

[12] La common law est depuis longtemps considérée comme une loi de liberté. Devrions-nous nous écarter de cette tradition, qui appartient toujours aux valeurs de notre système juridique et de notre démocratie? Il est question en l'espèce de la liberté des individus et du rôle légitime des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution. Je ne suis pas persuadé que cela devrait nous amener à écarter la tradition de liberté de la common law en modifiant la common law elle-même afin de restreindre les libertés constitutionnelles garanties par l'art. 8 de la *Charte*.

[13] En droit canadien, la norme généralement appliquée en matière de fouilles, perquisitions et saisies — assorties ou non d'une autorisation judiciaire préalable, selon l'urgence de la situation — est celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables. Aux paragraphes 77-78 de ses motifs dans l'arrêt *A.M.*, le juge Binnie fait état d'un certain nombre d'exceptions légales à cette norme, dont certaines ont été contestées devant les tribunaux. J'ai déjà mentionné les décisions de notre Cour dans les affaires *Mann* et *Clayton*. Il pourrait se présenter d'autres cas où la constitutionnalité d'une fouille, perquisition ou saisie non

circumstances relating to apprehended terrorist activities. Nevertheless, given the critical nature of the privacy interests at stake and the weakness of the factual foundation in this appeal and in the companion appeal of *A.M.*, the constitutional role of the Court suggests that the creation of a new and more intrusive power of search and seizure, as is being proposed in some of the opinions in this appeal, should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework.

[14] A statutory provision on the appropriate use of sniffer dogs in law enforcement on grounds that fall short of the standard established in *Hunter v. Southam* might require justification under s. 1, but state action would not be foreclosed so long as the standard for justification was met under the relevant constitutional test. A requirement that Parliament act first would put the courts in a better position to address the competing interests at play and would ensure that the justification process meets constitutional standards. The extension of common law police powers as proposed in this case would shortcut the justification process and leave the Court to frame the common law rule itself without the full benefit of the dialogue and discussion that would have taken place had Parliament acted and been required to justify its action.

[15] Moreover, this is a case where the courts are ill-equipped to develop an adequate legal framework for the use of police dogs. In determining where the proper balance lies between the protection of privacy and effective law enforcement, the courts will be hampered by the fact that little is known about investigative techniques using sniffer dogs. Indeed, the record remains singularly bereft of useful information about sniffer dogs. The available information is in essence limited to the facts that they are used for investigative purposes in a variety of circumstances and that police officers

autorisée par un texte législatif pourrait être confirmée. On pourrait penser, par exemple, à une situation d'urgence liée à la crainte d'activités terroristes. Toutefois, en raison de l'importance cruciale du droit à la vie privée en cause et de la faiblesse du fondement factuel du présent pourvoi et du pourvoi connexe *A.M.*, le rôle confié à notre Cour par la Constitution tend à indiquer qu'il devrait appartenir au législateur de créer et de justifier, dans un cadre législatif approprié, un nouveau pouvoir plus envahissant de fouiller, perquisitionner et saisir, comme celui qui est proposé dans certains motifs exposés en l'espèce.

[14] Une disposition législative qui assujettirait l'utilisation des chiens renifleurs pour faire respecter la loi à l'existence de motifs ne respectant pas la norme établie dans l'arrêt *Hunter c. Southam* pourrait devoir être justifiée au regard de l'article premier, mais l'État ne serait pas empêché d'agir pour autant que la norme de justification soit respectée selon la grille d'analyse constitutionnelle pertinente. Obliger le législateur à intervenir en premier permettrait aux tribunaux d'être mieux en mesure de tenir compte des intérêts opposés qui sont en jeu et ferait en sorte que le processus de justification respecte les normes constitutionnelles. Élargir les pouvoirs que la common law confère aux policiers, comme on propose de le faire en l'espèce, aurait pour effet de couper court au processus de justification et de laisser la Cour établir elle-même la règle de common law sans avoir pleinement bénéficié du dialogue et des analyses qui auraient eu lieu si le législateur était intervenu et avait été tenu de justifier son intervention.

[15] De plus, nous sommes en présence d'un cas où les tribunaux ne disposent pas des outils nécessaires pour établir un cadre juridique adéquat pour l'utilisation des chiens renifleurs. Le fait d'avoir une connaissance limitée des techniques d'enquête faisant appel à des chiens renifleurs réduit la capacité des tribunaux de déterminer où se situe le juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et l'application efficace de la loi. En réalité, dans le présent pourvoi, le dossier est particulièrement pauvre en renseignements utiles concernant les chiens renifleurs. L'information disponible se

believe in their overall reliability and to the praise of a particular dog deployed at the Calgary bus station. From the record, however, and from some of the authorities cited by the parties, it appears that serious doubt has occasionally been cast on the reliability of sniffer dogs (see, for example, the dissent of Souter J. of the U.S. Supreme Court in *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005), at pp. 410-13; see also New South Wales Ombudsman, *Discussion Paper: Review of Police Powers (Drug Detection Dogs) Act* (June 2004)). Despite this inadequate record, this Court is nonetheless being asked to curtail *Charter* rights for fear of leaving a void in the law and interfering with the use of a fairly widespread police investigative technique. The Court would create a new common law rule on the basis of little more than unverified and, for us in this appeal, unverifiable assumptions.

[16] Courts ought to avoid relying on such a weak and inadequate record as a basis for justifying an intrusion on privacy rights. A downgrading of the standard of reasonable and probable cause to a standard of reasonable suspicion in these circumstances and on the basis of this record might lead to an even looser test of “generalized suspicion”, which is in fact the standard adopted by one of the dissenting judges in this appeal. It would also tend to limit privacy rights to the possibility of obtaining some kind of remedy after the fact. Perfunctory excuses would be of little comfort to passengers and passers-by inconvenienced by an unfounded sniff and its consequences. The result would verge on honouring reasonable and probable cause in principle, while gutting it in practice through an even wider use of a standard of reasonable suspicion.

[17] For these reasons, I would not attempt to create or discover a common law police power to

limite essentiellement au fait que ces chiens sont utilisés aux fins d’enquête dans diverses circonstances et que les policiers croient qu’ils sont généralement fiables, et aux éloges dont fait l’objet un chien qui a été utilisé à la gare d’autobus de Calgary. Il ressort toutefois du dossier et de certains arrêts et textes de doctrine cités par les parties que la fiabilité des chiens renifleurs a parfois été sérieusement mise en doute (voir, par exemple, les motifs dissidents du juge Souter de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005), p. 410-413; voir également New South Wales Ombudsman, *Discussion Paper : Review of Police Powers (Drug Detection Dogs) Act* (juin 2004)). Malgré ce dossier insuffisant, on demande néanmoins à la Cour de réduire la portée de certains droits garantis par la *Charte* pour éviter de créer un vide juridique et d’entraver l’utilisation d’une technique d’enquête policière assez répandue. La Cour établirait une nouvelle règle de common law tout au plus sur la base d’hypothèses non vérifiées et — en ce qui nous concerne dans le présent pourvoi — invérifiables.

[16] Les tribunaux doivent éviter de s’appuyer sur des dossiers aussi faibles et insuffisants pour justifier une atteinte au droit à la vie privée. Assouplir la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans les présentes circonstances et sur la foi du présent dossier pourrait mener à la norme encore moins stricte des « soupçons généraux », qui est d’ailleurs adoptée par l’un des juges dissidents dans le présent pourvoi. Un tel assouplissement tendrait aussi à limiter le respect du droit à la vie privée à la seule possibilité d’obtenir une quelconque réparation après le fait. Des excuses superficielles constitueraient une maigre consolation pour les passagers et les passants incommodés par une fouille injustifiée à l’aide d’un chien renifleur et par les conséquences d’une telle fouille. On arriverait presque ainsi à respecter en principe la norme des motifs raisonnables et probables, tout en la vidant en pratique de sa substance par un recours de plus en plus fréquent à une norme des soupçons raisonnables.

[17] Pour ces motifs, je ne tenterais pas de créer ou de découvrir un pouvoir policier de common

use sniffer dogs in investigating potential lawbreakers. Absent justified authority for such a search in a statute or at common law, I would hold that s. 8 was breached. Given the seriousness of the breach, I agree with Binnie J. that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, the appeal should be allowed and the conviction should be set aside.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie J. were delivered by

BINNIE J. —

### I. Introduction

[18] The question raised by this appeal is whether travellers are entitled to pass through the Calgary public bus terminal without having their bags subjected to a random and speculative sniffer-dog search in pursuit of contraband. If in general they are free to do so, the question is whether the police possess the power, in fulfilment of their duty to investigate crime, to make use of sniffer dogs to search the bags for drugs. This case involves routine crime investigation. It does not involve explosives, guns or other public safety concerns.

[19] The appeal and the companion case of *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19, have polarized the Court. My colleague Bastarache J. analogizes privacy expectations in a local bus station to the reduced expectations of privacy associated with border crossings and international airports. He concludes that a “generalized suspicion” about the presence of drugs is sufficient to justify the deployment of sniffer dogs in bus stations without offending s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects “everyone” against “unreasonable search or seizure”.

law autorisant l'utilisation de chiens renifleurs pour enquêter sur des délinquants potentiels. Compte tenu de l'absence dans la loi et la common law d'un pouvoir justifiant une telle fouille, j'estime qu'il y a eu violation de l'art. 8. Vu la gravité de cette violation, je suis d'avis, tout comme le juge Binnie, que la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, que le pourvoi doit être accueilli et que la déclaration de culpabilité doit être annulée.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE —

### I. Introduction

[18] La Cour est appelée en l'espèce à décider si les voyageurs ont le droit de transiter par la gare d'autobus de Calgary sans que des policiers procèdent, au hasard et sur la base d'hypothèses, à une fouille de leurs bagages à l'aide d'un chien renifleur dans le but de déceler la présence d'articles interdits ou de marchandises de contrebande. À supposer qu'ils aient ce droit en général, la question est alors de savoir si, dans l'accomplissement de leur devoir d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers ont le pouvoir d'utiliser des chiens renifleurs pour effectuer une fouille de bagages destinée à déceler la présence de drogue. Il est question en l'espèce d'une enquête criminelle de routine. Il n'est pas question d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres problèmes de sécurité publique.

[19] Le présent pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, ont polarisé la Cour. Mon collègue le juge Bastarache établit une analogie entre les attentes en matière de vie privée dans une gare d'autobus locale et les attentes moindres que les voyageurs ont, à cet égard, aux passages frontaliers et dans les aéroports internationaux. Il conclut que des « soupçons généraux » concernant la présence de drogue suffisent pour justifier l'utilisation de chiens renifleurs dans des gares d'autobus sans qu'il y ait contravention à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prévoit que « chacun » a droit à la protection contre « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

[20] My colleague LeBel J., on the other hand, would deny the existence of a police power to use sniffer dogs for searches in the circumstances of these cases in the absence of “prior judicial authorization, and reasonable and probable cause” (para. 10). Any different standard “should be left to Parliament to set up and justify under a proper statutory framework” (para. 13).

[21] For reasons to be discussed, I do not agree with either polarized position. “Generalized suspicion” would, in my respectful view, open the floodgates to sniffer dogs everywhere. On the other hand, the “leave it to Parliament” approach ducks a practical and immediate problem facing law enforcement. Sniffer dogs have been in common use by police forces in Canada for the last 30 years or more. If the police have lawful authority to use sniffer dogs only when they already have reasonable grounds to believe contraband is present, sniffer dogs would be superfluous and unnecessary, i.e. because *ex hypothesi* the police already have the grounds to obtain a search warrant and would not require the confirmatory evidence of a dog.

[22] Like LeBel J., I would welcome parliamentary intervention in this contentious area, but unlike LeBel J., I do not favour an approach that effectively renders sniffer dogs useless until Parliament chooses to enact legislation. In fairness to litigants, the Court ought not, in my respectful view, to waver unpredictably between the willingness of the Court to explore adjustments in the common law of detention or search and seizure based on reasonable suspicion, as in the recent cases of *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 (investigative detention), and *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32 (detention, search and seizure), and the “hands off” or “leave it to Parliament” attitude my colleague advocates in this case. How are litigants to anticipate whether they will find the Court in a “can do” mode or a “leave it to Parliament”

[20] Par contre, mon collègue le juge LeBel est d’avis que les policiers n’ont aucun pouvoir d’utiliser des chiens renifleurs pour effectuer une fouille dans les circonstances de ces affaires à moins « qu’elle soit préalablement autorisée par un tribunal et qu’il existe des motifs raisonnables et probables de l’effectuer » (par. 10). « [I]l devrait appartenir au législateur de créer et de justifier [quelque autre norme] dans un cadre législatif approprié » (par. 13).

[21] Pour les motifs qui seront exposés, je ne souscris à ni l’un ni l’autre de ces points de vue polarisés. J’estime, en toute déférence, que les « soupçons généraux » ouvriraient la porte à une utilisation excessive des chiens renifleurs en tous lieux. En revanche, l’approche consistant à laisser au législateur le soin d’agir esquivé un problème pratique et immédiat qui se pose en matière d’application de la loi. Au Canada, les services de police utilisent couramment des chiens renifleurs depuis au moins 30 ans. Si la loi ne permet le recours à un chien renifleur que dans le cas où les policiers ont déjà des motifs raisonnables de croire à la présence d’articles interdits, le chien renifleur devient alors superflu et inutile, du fait que les policiers sont déjà censés avoir les motifs requis pour obtenir un mandat les autorisant à effectuer une fouille ou perquisition et qu’ils n’ont pas besoin d’un chien pour confirmer la présence de ces articles.

[22] À l’instar du juge LeBel, je suis en faveur d’une intervention du législateur dans ce domaine controversé, mais contrairement à lui, je ne préconise pas une approche ayant pour effet de rendre les chiens renifleurs inutiles tant et aussi longtemps que le législateur n’aura pas choisi d’agir. J’estime, en toute déférence, que, pour être juste envers les parties, la Cour ne devrait pas vaciller de façon imprévisible entre sa volonté d’étudier la possibilité d’ajuster la common law en matière de détention ou de fouilles, perquisitions et saisies fondées sur des soupçons raisonnables — comme c’était le cas dans les arrêts récents *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 (détention aux fins d’enquête), et *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32 (détention, fouille, perquisition et saisie) —, et l’attitude non interventionniste ou consistant à laisser

mode? In my view, *Mann* and *Clayton* resolved the Court's attitude to this particular area of common law police powers in favour of the former. We have crossed the Rubicon.

[23] The police here were going about their ordinary business of investigating crime in a public bus station to which they had every right of lawful access. The police claim that their use of the sniffer dog Chevy in this case complied with s. 8 of the *Charter*. Accordingly, the difficult question raised by this appeal is not (in my view) the *existence* of a police power to investigate crime using sniffer dogs or any other lawful devices or technology in places where the police are lawfully entitled to be. The difficult question is the extent to which the use of such devices or techniques or animals is permitted by s. 8 of the *Charter* and, if so, in what circumstances. It is emphatically the duty of the courts, not Parliament, to resolve the issue of *Charter* compliance.

[24] It has been recognized since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, that while generally speaking the s. 8 standard is reasonable and probable cause, warrantless searches may be acceptable by careful application of the s. 8 balance between the legitimate needs of law enforcement and the legitimate interest of "everyone" in privacy. The balance is calibrated according to the circumstances. The guarantee of s. 8 is not against search and seizure but against *unreasonable* search and seizure. The police rest their case on the minimal intrusiveness, narrowly targeted objective and high accuracy of specifically trained dogs (in this case Chevy), not on some s. 1 argument about a pandemic of drug trafficking or terrorist activity.

au législateur le soin d'agir, que mon collègue préconise en l'espèce. Comment les parties pourront-elles prévoir que la Cour aura une attitude de capacité d'agir ou une attitude consistant à laisser au législateur le soin d'agir, lorsqu'elles se présenteront devant elle? J'estime que, dans les arrêts *Mann* et *Clayton*, la Cour a décidé d'adopter la première attitude à l'égard de ce type particulier de pouvoir policier conféré par la common law. Nous avons franchi le Rubicon.

[23] Dans le cas qui nous occupe, les policiers procédaient de la manière habituelle à une enquête criminelle dans une gare d'autobus à laquelle ils étaient parfaitement en droit d'avoir accès. Ceux-ci prétendent que leur utilisation du chien renifleur Chevy en l'espèce était conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, la question difficile que soulève le présent pourvoi n'est pas (selon moi) de savoir si les policiers *peuvent* effectuer des enquêtes criminelles à l'aide de chiens renifleurs ou de n'importe quels autres dispositifs ou techniques légitimes dans les endroits où ils ont le droit de se trouver. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure et, le cas échéant, dans quels cas l'art. 8 de la *Charte* autorise l'utilisation de ces dispositifs, techniques ou animaux. Il n'y a aucun doute qu'il appartient aux tribunaux, et non au législateur, de résoudre la question de la conformité avec la *Charte*.

[24] Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il est reconnu que, bien que la norme de l'art. 8 soit généralement celle des motifs raisonnables et probables, les fouilles ou perquisitions sans mandat peuvent être acceptables si l'on prend soin d'établir, au regard de l'art. 8, un équilibre entre la nécessité légitime de faire respecter la loi et le droit légitime de « chacun » à la vie privée. Cet équilibre varie selon les circonstances. L'article 8 protège non pas contre les fouilles, perquisitions et saisies, mais contre les fouilles, perquisitions et saisies *abusives*. Les policiers invoquent à l'appui de leur thèse l'existence d'une atteinte minimale et d'un objectif bien circonscrit, ainsi que la grande fiabilité de chiens dressés pour accomplir une tâche particulière (en l'espèce Chevy), et non quelque argument fondé sur l'article premier voulant qu'il y ait une forte hausse du trafic de la drogue et des activités terroristes.

[25] In my view, for reasons developed in *A.M.*, the police are entitled to call in aid sniffer dogs where they have reasonable grounds to suspect the presence of contraband. This *Charter* standard of “reasonable suspicion” is based, as stated, on the minimal intrusiveness, narrowly targeted objective and high accuracy of “sniffs” by specifically trained dogs like Chevy.

[26] On the facts, the question here is whether the police at the Calgary bus station had grounds to suspect the appellant of possession of drugs sufficient to justify the use of a sniffer dog to investigate the appellant’s bag. The courts in Alberta rejected the notion that a sniffer-dog “sniff” could amount to a search, but I agree with Paperny J.A., dissenting in the Alberta Court of Appeal, that a “sniff” amounts to a s. 8 search. The constitutional question however is whether in the circumstances it was an *unreasonable* search. Because such searches are conducted without prior judicial authorization, the after-the-fact judicial scrutiny of the grounds for the alleged “reasonable suspicion” must be rigorous. The police action in this case was based on speculation. The evidence resulting from the sniffer-dog search should not have been admitted. I would therefore allow the appeal and set aside the conviction.

## II. Facts

[27] On January 25, 2002, at about 11:00 a.m., three RCMP officers were staking out the Calgary Greyhound bus terminal in plain clothes. The team was watching passengers disembark from the overnight bus from Vancouver. This was part of the RCMP “Jetway” program which monitors the travelling public in an effort to identify and arrest drug couriers and other individuals participating in criminal activities.

[25] Pour les raisons exposées dans l’arrêt *A.M.*, j’estime que les policiers ont le droit de faire appel à des chiens renifleurs lorsqu’ils ont des motifs raisonnables de soupçonner la présence d’articles interdits. Comme nous l’avons vu, cette norme des « soupçons raisonnables » dictée par la *Charte* est applicable en raison de l’existence d’une atteinte minimale et d’un objectif bien circonscrit, ainsi que de la grande fiabilité de chiens renifleurs comme Chevy qui sont dressés pour accomplir une tâche particulière.

[26] Selon les faits de la présente affaire, la question est de savoir si les policiers qui se trouvaient à la gare d’autobus de Calgary avaient suffisamment de motifs de soupçonner que l’appelant avait de la drogue en sa possession pour justifier la vérification du sac de ce dernier à l’aide d’un chien renifleur. Les tribunaux albertains ont rejeté l’idée que l’intervention d’un chien renifleur puisse constituer une fouille ou perquisition, mais je conviens avec la juge Paperny, dissidente en Cour d’appel de l’Alberta, qu’une telle intervention constitue une fouille ou perquisition au sens de l’art. 8. Cependant, la question constitutionnelle est de savoir si la fouille effectuée était *abusive* dans les circonstances. Étant donné que de telles fouilles ont lieu sans autorisation judiciaire préalable, l’examen après le fait que les tribunaux effectuent des motifs justifiant les prétendus « soupçons raisonnables » doit être rigoureux. L’intervention des policiers en l’espèce était fondée sur des hypothèses. Les éléments de preuve recueillis grâce à la fouille effectuée à l’aide du chien renifleur n’auraient pas dû être admis. Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi et j’annulerais la déclaration de culpabilité.

## II. Les faits

[27] Le 25 janvier 2002, vers 11 h, trois agents de la GRC habillés en civil surveillaient la gare d’autobus Greyhound de Calgary. L’équipe observait les passagers qui descendaient de l’autobus ayant effectué le trajet de nuit depuis Vancouver. Cette opération faisait partie du programme « Jetway » de la GRC, qui consiste à surveiller les voyageurs en vue de repérer et d’arrêter les passeurs de drogue et d’autres individus qui se livrent à des activités criminelles.

[28] The RCMP were not investigating the possibility of terrorist activity, explosives or other threats to public safety. Their sniffer dog Chevy was not trained for anything other than detection of narcotics.

[29] RCMP Sergeant MacPhee testified that his training in the Jetway program taught him to watch for what he referred to as an “elongated stare”, a locked eye contact for a period of a few seconds. The appellant gave him such a stare. Sergeant MacPhee noted that the appellant had moved to the underbelly of the bus, but did not look at the bags that were being unloaded. Instead, he went around the bus in a direction different from the other passengers and stopped 10 to 15 feet behind Sergeant MacPhee. The officer said this conduct aroused his suspicion.

[30] The appellant was carrying a bag (described as similar to a gym bag) that had no Greyhound or other identifying tags on it. It had two handles rather than a shoulder strap. The appellant was carrying it on his shoulder. On entering the terminal he walked toward the washroom. About 10 feet before the washroom door, the appellant stopped, turned around and looked back at Sergeant MacPhee, who was about 25 feet behind him. Sergeant MacPhee described this as “rubbernecking”.

[31] When the appellant came out of the washroom, he again made eye contact with Sergeant MacPhee as he moved towards the exit doors. Sergeant MacPhee went over and introduced himself as follows: “Good morning, sir. I’m a police officer out here at the bus terminal. You’re not in any sort of trouble and you’re free to go at any time. We just talk to people as they are travelling.” Sergeant MacPhee commented on the weather and asked to see the appellant’s bus ticket (which he had apparently left on the bus), and asked for identification (which the appellant produced). Sergeant MacPhee made a note of the appellant’s name and date of birth, and asked how long he would be in Calgary.

[28] Les agents de la GRC n’enquêtaient pas sur d’éventuelles activités terroristes, la présence d’explosifs ou d’autres menaces à la sécurité publique. Leur chien renifleur Chevy n’était dressé que pour détecter la présence de stupéfiants.

[29] Le sergent MacPhee de la GRC a témoigné que la formation qu’il a reçue dans le cadre du programme Jetway lui a appris à être à l’affût de ce qu’il a appelé un [TRADUCTION] « long regard », c’est-à-dire un échange de regard qui dure quelques secondes. L’appelant lui a jeté un tel regard. Le sergent MacPhee a remarqué que l’appelant s’était dirigé vers la soute à bagages de l’autobus sans toutefois regarder les bagages qui étaient déchargés. Il a plutôt fait le tour de l’autobus, dans une direction différente de celle empruntée par les autres passagers, et il s’est immobilisé 10 à 15 pieds derrière le sergent MacPhee. Le policier a affirmé que ce comportement avait éveillé ses soupçons.

[30] L’appelant transportait un sac (qualifié de semblable à un sac de sport) auquel n’était fixée aucune étiquette d’identification Greyhound ou autre. Il s’agissait d’un sac à deux poignées, sans bandoulière. L’appelant le portait à l’épaule. Lorsqu’il est entré dans la gare, il s’est dirigé vers les toilettes. Alors qu’il se trouvait à environ 10 pieds de la porte des toilettes, l’appelant s’est immobilisé, s’est retourné et a regardé le sergent MacPhee qui se trouvait quelque 25 pieds derrière lui. Le sergent MacPhee a qualifié cela de [TRADUCTION] « regard vers l’arrière ».

[31] Lorsqu’il est sorti des toilettes, l’appelant a de nouveau fixé du regard le sergent MacPhee en se dirigeant vers les portes de sortie. Le sergent MacPhee s’est approché et s’est présenté en disant [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille ici à la gare d’autobus. Nous n’avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » Le sergent MacPhee a parlé du temps qu’il faisait et a demandé à voir le billet d’autobus de l’appelant (que ce dernier avait apparemment laissé dans l’autobus), en plus de solliciter une pièce d’identité (que l’appelant a présentée). Le sergent MacPhee a noté le nom et la date de naissance

The appellant seemed to Sergeant MacPhee to be getting “increasingly antsy” in the officer’s presence.

[32] At this point, Sergeant MacPhee asked to see the contents of the appellant’s bag. The appellant paused, then put his bag down on the floor and started to open it. Sergeant MacPhee said, “Thanks, sir. You’re certainly not obliged to show me, but thanks.” Sergeant MacPhee then started to kneel down and take hold of the bag himself, saying “Just an officer safety thing here, do you mind?” Before he could touch the bag, the appellant exclaimed “What are you doing?” and pulled the bag back. At that point, the appellant was said to be very agitated. Sergeant MacPhee signalled to another officer, Sergeant Bouey (then Corporal), who was accompanied by Chevy. They approached, and Chevy sat down, indicating to his handler the presence of drugs in the bag. Sergeant MacPhee then told the appellant that he was under arrest for the possession and/or trafficking of a controlled substance and advised him of his rights.

[33] Following the arrest, the appellant’s bag was searched by Constable Ritchie, and was found to contain two zip lock baggies filled with approximately 17 ounces of cocaine. The appellant also produced, from his pocket, a Starbucks mint container containing a small amount of heroin. The appellant was charged with possession of cocaine for the purposes of trafficking and possession of heroin.

[34] The trial judge held that the appellant was neither arbitrarily detained nor unlawfully searched and entered a conviction. The majority of the Court of Appeal agreed and dismissed his appeal.

### III. Relevant Constitutional Provisions

[35] The relevant *Charter* provisions read as follows:

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

de l’appelant et lui a demandé combien de temps il séjournerait à Calgary. Il a semblé au sergent MacPhee que l’appelant devenait [TRADUCTION] « de plus en plus nerveux » en sa présence.

[32] Le sergent MacPhee a alors demandé à voir le contenu du sac de l’appelant. Après hésitation, l’appelant a déposé son sac et a commencé à l’ouvrir. Le sergent MacPhee lui a dit [TRADUCTION] « Merci monsieur. Vous n’êtes sûrement pas obligé de me montrer, mais je vous en remercie. » Le sergent MacPhee s’est alors agenouillé et a tenté s’emparer du sac en affirmant « Simple mesure de sécurité de la part d’un policier, vous n’avez pas d’objections? » Avant que le policier puisse toucher le sac, l’appelant s’est exclamé « Que faites-vous? » et a tiré le sac vers lui. Le policier a affirmé que l’appelant était alors très agité. Le sergent MacPhee a fait signe à un autre policier, le sergent Bouey (alors caporal), de s’amener avec Chevy. Une fois près d’eux, Chevy s’est assis, indiquant ainsi au maître-chien qu’il y avait de la drogue dans le sac. Le sergent MacPhee a alors informé l’appelant qu’il était en état d’arrestation pour possession ou trafic d’une substance réglementée, ou les deux à la fois, et il l’a informé de ses droits.

[33] À la suite de l’arrestation de l’appelant, l’agent Ritchie a fouillé le sac de ce dernier et y a découvert deux sacs à fermeture par pression et glissière qui contenaient environ 17 onces de cocaïne. L’appelant a aussi sorti de sa poche un contenant de pastilles à la menthe Starbucks dans lequel se trouvait une petite quantité d’héroïne. L’appelant a été accusé de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic et de possession d’héroïne.

[34] La juge du procès a conclu que l’appelant n’avait été ni détenu de façon arbitraire ni soumis à une fouille illégale et elle a inscrit une déclaration de culpabilité. La Cour d’appel à la majorité a partagé le même avis et a rejeté l’appel de l’appelant.

### III. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

[35] Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :

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

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

24. . . .

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

#### IV. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608

[36] Romaine J. found that the appellant had not been physically detained during questioning. Only one officer engaged him in conversation. His exit route was not obstructed and he had been advised that he was free to go at any time. The fact that police were suspicious and asked questions of a pointed nature was not sufficient to establish psychological detention. Not every interview of a suspect is a detention. As Kang-Brown did not testify during the *voir dire*, there was no evidence of his subjective belief as to whether or not he was detained.

[37] Romaine J. stated that in any event she was satisfied that reasonable grounds existed for his investigative detention as required by *Mann*. These grounds were provided by the “suspicious behaviour” exhibited by Kang-Brown. Romaine J. remarked that “[w]hile the Jetway officers did not have a specific recent offence that they were investigating, they certainly were investigating the ongoing traffic of drugs, and their detention of Mr. Kang-Brown, if it was such, could be characterized as arising from such on-going investigation” (para. 57). With respect to the dog sniff and ensuing physical search, there was no evidence that Kang-Brown had a subjective expectation of privacy in the contents of his bag, as he did not testify at trial. In the trial judge’s view, odour is a voluntary exposure of

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires.

24. . . .

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

#### IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608

[36] La juge Romaine a conclu que l’appelant n’avait pas été détenu physiquement pendant qu’il était questionné. Un seul policier a conversé avec lui. On ne lui a pas barré la route pour l’empêcher de sortir et on l’a informé qu’il était libre de partir en tout temps. Le fait que les policiers aient eu des soupçons et qu’ils aient posé des questions pointues n’était pas suffisant pour établir l’existence d’une détention psychologique. Un suspect qui est interrogé n’est pas toujours détenu. Étant donné que M. Kang-Brown n’avait pas témoigné lors du voir-dire, rien ne prouvait que celui-ci avait cru subjectivement qu’il était détenu ou qu’il n’était pas détenu.

[37] La juge Romaine a affirmé que, de toute façon, elle était convaincue que, conformément à l’exigence de l’arrêt *Mann*, il existait des motifs raisonnables de détenir M. Kang-Brown aux fins d’enquête, et ce, en raison du « comportement suspect » de ce dernier. Elle a fait remarquer que « [m]ême si les policiers de l’opération Jetway n’enquêtaient pas sur une infraction récente particulière, ils enquêtaient sur le trafic de drogues, et l’on pouvait considérer que la détention de M. Kang-Brown par ceux-ci, si tel était le cas, découlait de cette enquête » (par. 57). Quant à l’intervention du chien renifleur et à la fouille qui a suivi, rien ne prouvait que M. Kang-Brown avait une attente subjective en matière de vie privée à l’égard du contenu de son sac, étant donné qu’il n’avait pas témoigné au procès. La

information, and no person can have a reasonable expectation of privacy in what he or she knowingly exposes to the public. She noted that the search took place in a bus terminal, not a home, and “it cannot be said that travellers choosing to use public transport in these days of random terrorist attacks have a reasonable expectation that their luggage is exempt from search” (para. 73).

[38] According to Romaine J., the evidence showed that a dog sniff was reliable over 92 percent of the time in “alerting” to the presence to drugs. The dog sniff is more reliable than the Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) technology used in *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67. Those who engage in the manufacture of and traffic in contraband drugs should not be entitled to protection for their illicit business activities through an overly broad interpretation of the personal constitutional rights of Canadian citizens. A dog sniff was relatively less intrusive than other investigative techniques. Given the seriousness of the crime it was intended to detect, the trial judge found that the use of the sniffer dog was not objectively unreasonable.

[39] However, if the trial judge was wrong on that point, she would nevertheless have allowed the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The dog sniff was relatively unintrusive, and no force was used. Any breach of *Charter* rights in this case was not sufficiently serious to warrant the exclusion of the evidence.

B. *Court of Appeal* (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199

(1) Majority (Côté and O’Leary J.J.A.)

[40] Côté J.A., speaking for the majority, agreed with the trial judge that there had been no detention.

juge Romaine a estimé que l’odeur est une exposition volontaire d’information et que nul ne saurait avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ce qu’il expose sciemment au public. Elle a souligné que la fouille a été effectuée dans une gare d’autobus et non dans un domicile, et [TRADUCTION] qu’« à une époque où le risque d’attaques terroristes au hasard plane constamment, on ne saurait affirmer que les voyageurs qui utilisent les transports publics peuvent raisonnablement s’attendre à ce que leurs bagages ne soient pas fouillés » (par. 73).

[38] Selon la juge Romaine, la preuve démontre qu’un chien renifleur était fiable plus de 92 pour 100 du temps pour « indiquer » la présence de drogue. Le chien renifleur est plus fiable que le système infrarouge à vision frontale (« FLIR ») utilisé dans l’affaire *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67. Les fabricants ou trafiquants de drogues interdites ne devraient pas avoir droit à la protection de leurs activités commerciales illicites grâce à une interprétation trop large des droits personnels que la Constitution garantit aux citoyens canadiens. L’intervention d’un chien renifleur était relativement moins envahissante que d’autres techniques d’enquête. La juge du procès a conclu que, en raison de la gravité du crime qu’il visait à déceler, le recours au chien renifleur n’était pas objectivement abusif.

[39] Toutefois, même en cas d’erreur à cet égard, elle aurait néanmoins admis la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. L’intervention du chien renifleur était relativement peu envahissante et aucune force n’a été employée. Toute atteinte qui pouvait avoir été portée à des droits garantis par la *Charte* en l’espèce n’était pas suffisamment grave pour justifier l’exclusion de la preuve.

B. *Cour d’appel* (2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199

(1) Motifs majoritaires (les juges Côté et O’Leary)

[40] Le juge Côté, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a souscrit à l’opinion de la juge du

The evidence of the police officer was that his initial request to talk, and subsequent questions, were all given in a non-authoritarian congenial manner. He was in casual dress, and no weapons were visible.

[41] Not all information obtained by the police in a public place about contents of a private place is a search. There is no rule of law that dog sniffs of luggage in lockers are always a s. 8 search, or that they never are. Côté J.A. noted that in *Tessling* this Court said that court decisions in this area should be precise and more fact-sensitive. The Alberta Court of Appeal's earlier decision in *R. v. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201, is distinguishable from the present case, even if it was not overruled.

[42] The question was whether the ordinary citizen who has committed no offence has a reasonable expectation of privacy which would be significantly invaded by the police action in question. The dog could detect illegal drugs and nothing else. Had the appellant not been in possession of illegal drugs, the dog's presence would have had no effect on him.

[43] Côté J.A. considered the following factors significant in determining whether or not the appellant had a reasonable expectation of privacy in this case; that the police were in a purely public place (not the yard of a home); that the dog only yielded a crude piece of information (yes or no to the presence of an unknown quantity of an unknown illegal drug); that no intimate details of private lives could possibly be revealed; that the odours came out passively, and that they were detected by something similar to (but more sensitive than) an ordinary human nose. There was no reasonable expectation of privacy for that limited information in that public place. Côté J.A. therefore concluded that there was no search. He agreed with the trial judge that even if there had been a *Charter* breach, the

procès selon laquelle il n'y avait pas eu de détention. Le policier a témoigné qu'il avait adopté un ton aimable et non autoritaire en commençant par demander à l'appelant s'il pouvait lui parler et en lui posant ensuite des questions. Le policier était en civil et aucune arme n'était visible.

[41] Les renseignements que les policiers obtiennent dans un endroit public au sujet de ce qui se trouve dans un endroit privé ne sont pas tous le fruit d'une fouille ou perquisition. Aucune règle de droit ne prévoit que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier des bagages se trouvant dans des casiers constitue toujours ou ne constitue jamais une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8. Le juge Côté a fait remarquer que, dans l'arrêt *Tessling*, notre Cour a affirmé que les décisions judiciaires dans ce domaine doivent être précises et reposer davantage sur les faits de l'affaire. L'arrêt antérieur de la Cour d'appel de l'Alberta *R. c. Dinh* (2003), 330 A.R. 63, 2003 ABCA 201, peut être distingué de la présente affaire, même s'il n'a pas été renversé.

[42] La question était de savoir si le citoyen ordinaire n'ayant commis aucune infraction a une attente raisonnable en matière de vie privée qui serait gravement frustrée par la mesure policière en question. Le chien ne pouvait détecter que des drogues illégales et rien d'autre. Si l'appelant n'avait pas été en possession de drogues illégales, la présence du chien n'aurait eu aucune incidence sur lui.

[43] Selon le juge Côté, les faits suivants étaient utiles pour déterminer si, en l'espèce, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée : les policiers se trouvaient dans un endroit purement public (et non dans la cour d'une résidence); le chien a seulement permis d'obtenir une information rudimentaire (il n'a fait que confirmer la présence ou l'absence d'une quantité de drogue illégale inconnue); aucun détail intime concernant des vies privées ne risquait d'être révélé; les odeurs se répandaient d'elles-mêmes et elles ont été détectées par quelque chose de semblable à un nez humain (mais plus sensible que celui-ci). Il n'y avait, dans l'endroit public en question, aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de cette information limitée. Le juge Côté a donc conclu à

evidence ought not to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

(2) Dissent (Paperny J.A.)

[44] In Paperny J.A.'s view, the dog sniff was a search. The appellant's right to be free from unreasonable search and seizure was breached, the breach was serious, and the evidence should be excluded under s. 24(2). The position taken by Côté J.A., she felt, would render a vast range of common human activities subject to police surveillance without prior judicial authorization. "Emissions" are broadly understood to include everything that can be seen, heard or smelled and may "emanate" from computers, cell phones, homes, televisions, radios, persons, luggage, handbags, etc.; in other words, from anywhere or anything. *Tessling* did not eradicate privacy interests in "emissions" in general. The s. 8 questions must be framed in regard to bus travellers generally and whether they have a reasonable expectation of privacy in their personal luggage. The trial judge incorrectly narrowed the scope of s. 8 in concluding that there was no privacy interest engaged because this was not the type of information that society has an interest in protecting.

[45] Luggage contains personal items and information indicative of personal choices and lifestyle. Carrying luggage through a public bus terminal does not reduce the privacy interest to the same extent as in airports. The security measures taken at airports have of necessity resulted in a diminished expectation of privacy in that setting; these measures have not been employed in bus terminals.

[46] Warrantless searches are *prima facie* unreasonable, absent exigent circumstances. On the facts,

l'absence de fouille. Il a souscrit à l'opinion de la juge du procès selon laquelle, même s'il y avait eu violation de la *Charte*, la preuve ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

(2) Dissidence (la juge Paperny)

[44] Selon la juge Paperny, l'intervention du chien renifleur constituait une fouille. Il y a eu violation du droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, la violation était grave et il y avait lieu d'écartier la preuve en application du par. 24(2). Elle estimait que la position adoptée par le juge Côté ferait en sorte qu'une foule d'activités humaines courantes pourraient faire l'objet d'une surveillance policière sans qu'aucune autorisation judiciaire préalable ne soit requise. Suivant une interprétation large, les « émissions » comprennent tout ce qui peut être vu, entendu ou senti, et celles-ci peuvent provenir des ordinateurs, des téléphones cellulaires, des résidences, des télévisions, des radios, des personnes, des bagages, des sacs à main, etc., ou autrement dit, de n'importe où et de n'importe quoi. L'arrêt *Tessling* n'a pas éliminé le droit à la vie privée à l'égard des « émissions » en général. Les questions relatives à l'art. 8 doivent être formulées en fonction des personnes qui voyagent en autobus en général et de la question de savoir si ces personnes ont une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de leurs bagages personnels. La juge du procès a eu tort de restreindre la portée de l'art. 8 en concluant qu'aucun droit à la vie privée n'était en jeu du fait que ce n'était pas le type de renseignements que la société a intérêt à protéger.

[45] Les bagages contiennent des articles et renseignements personnels significatifs quant aux choix personnels et au style de vie de leur propriétaire. Le fait de transporter des bagages dans une gare d'autobus n'a pas une incidence aussi grande sur le droit à la vie privée que le fait d'en transporter dans un aéroport. En effet, les mesures de sécurité prises dans les aéroports ont nécessairement entraîné une diminution des attentes en matière de vie privée à ces endroits; ces mesures n'ont pas été prises dans les gares d'autobus.

[46] Une fouille sans mandat est à première vue abusive en l'absence d'une situation d'urgence.

there were no exigent circumstances. The police did not have reasonable and probable grounds to believe that evidence of criminal activity existed until the dog gave the positive indication after sniffing the bag. Paperny J.A. concluded that the appellant's s. 8 *Charter* rights were violated. Given the seriousness of the breach and the effect of admitting the evidence on the reputation of the administration of justice, the evidence ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

#### V. Analysis

[47] “Operation Jetway” is an RCMP program designed to curtail drug trafficking. It monitors the travelling public in transportation hubs such as airports and bus depots. It appears to be modelled on drug “courier” profiles developed since 1974 by the United States Drug Enforcement Administration. Police officers contend that certain types of behaviour, demeanour, dress and other visible personal characteristics of travellers may be indicative of criminal activity. The RCMP target these individuals as they pass through a terminal and attempt to engage them in “voluntary conversation”. The aim is to have suspicious individuals consent to a search to determine whether they are carrying drugs on their person or in their luggage. In circumstances where consent is withheld or equivocal, the RCMP may decide to use a sniffer dog to try to detect any odour of narcotics around the suspect’s person or belongings.

#### A. *Was the Sniffer-Dog Police Investigation Authorized by Law?*

[48] It is common ground that what occurred at the Calgary bus station was a warrantless search, and therefore *presumptively* unreasonable. As Lamer J. stated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278:

... once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of

Selon les faits, il n’y avait pas de situation d’urgence. Les policiers n’avaient aucun motif raisonnable et probable de croire qu’il existait une preuve d’activité criminelle jusqu’à ce que le chien intervienne et signale la présence d’un stupéfiant dans le sac. La juge Paperny a conclu qu’il y avait eu violation des droits garantis à l’appelant par l’art. 8 de la *Charte*. En raison de la gravité de la violation et de l’effet que l’admission de la preuve aurait sur la considération dont jouit l’administration de la justice, cette preuve devait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

#### V. Analyse

[47] L’« opération Jetway » est un programme de la GRC qui a pour objet de freiner le trafic de stupéfiants. Elle consiste à surveiller les voyageurs qui transitent dans des terminaux comme les aéroports et les gares d’autobus. Elle semble s’inspirer des profils des « passeurs » de drogue que la United States Drug Enforcement Administration a établis depuis 1974. Les policiers prétendent que certains types de comportement, d’allure, de façon de s’habiller et d’autres caractéristiques personnelles visibles des voyageurs peuvent constituer des indices d’activité criminelle. Les agents de la GRC ciblent ces individus au moment de leur passage dans un terminal et ils tentent d’engager avec eux une « conversation volontaire ». L’objectif est d’amener les individus suspects à consentir à une fouille destinée à déterminer s’ils transportent de la drogue sur eux ou dans leurs bagages. Dans les cas où le consentement est refusé ou équivoque, les agents de la GRC peuvent décider de recourir à un chien renifleur pour tenter de détecter toute odeur de stupéfiant qui peut émaner du suspect ou de ses effets personnels.

#### A. *L’enquête policière à l’aide d’un chien renifleur était-elle autorisée par la loi?*

[48] Personne ne conteste que la fouille effectuée à la gare d’autobus de Calgary était une fouille sans mandat et qu’elle était donc *présumée* abusive. Comme l’a affirmé le juge Lamer dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278 :

... du moment que l’appelant démontre qu’il s’agissait d’une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de

showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

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

(See also *Mann*, at para. 36; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at paras. 10-12.)

[49] LeBel J. and I differ as to whether sniffer-dog searches are “authorized by law”. In this respect, this Court has of late become preoccupied with the pre-*Charter* test of police common law powers expressed by the English Court of Criminal Appeals in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, and by our Court in the pre-*Charter* case of *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, and in the post-*Charter* cases of *Mann* and *Clayton*. In *Dedman*, Le Dain J. formulated the test for existence of a common law police power as follows:

The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [p. 35]

Dickson C.J. put forward in his dissent the “leave it to Parliament” approach advocated here by LeBel J. Dickson C.J. wrote:

It is the function of the legislature, not the courts, to authorize arbitrary police action that would otherwise be unlawful as a violation of rights traditionally protected at common law. [p. 15]

Nevertheless, the contrary view espoused by Le Dain J. prevailed, and his majority view has been adopted and applied in a number of our subsequent cases, including *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, *Mann* and *Clayton*.

[50] In *Clayton*, writing for LeBel J., Fish J. and myself, I stated:

prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n’était pas abusive.

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

(Voir aussi les arrêts *Mann*, par. 36, et *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10-12.)

[49] Je ne partage pas l’avis du juge LeBel quant à savoir si les fouilles ou perquisitions à l’aide d’un chien renifleur sont « autorisées par la loi ». À cet égard, notre Cour s’est récemment intéressée au critère des pouvoirs policiers conférés par la common law qui a été énoncé, avant l’adoption de la *Charte*, par la Court of Criminal Appeals d’Angleterre dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, et par notre Cour dans l’arrêt antérieur à la *Charte*, *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, et les arrêts *Mann* et *Clayton* qui ont été rendus après l’adoption de la *Charte*. Dans l’arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a formulé ainsi le critère applicable pour déterminer l’existence d’un pouvoir policier conféré par la common law :

L’atteinte à la liberté doit être nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte. [p. 35]

Dans ses motifs dissidents, le juge en chef Dickson a recommandé d’adopter l’approche qui consistait à laisser au législateur le soin d’agir et qui est préconisée en l’espèce par le juge LeBel :

Il incombe au législateur et non pas aux tribunaux d’autoriser un acte arbitraire de la police qui serait par ailleurs illégal à titre de violation des droits qui sont traditionnellement protégés en *common law*. [p. 15]

Cependant, c’est le point de vue contraire proposé par le juge Le Dain qui l’a emporté, et ce point de vue majoritaire a été adopté et appliqué dans un certain nombre d’arrêts subséquents, dont *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, *Mann* et *Clayton*.

[50] Dans les motifs que j’ai rédigés dans l’arrêt *Clayton* et auxquels ont souscrit les juges LeBel et Fish, j’ai affirmé ceci :

If (as I believe) none of these cases [referred to] provides authority for what was done in this case, the “balancing test” derived from *Dedman* must be applied. The Court must determine whether the common law rule, if it exists, authorized the police to do what they did here. [Emphasis added; para. 80.]

The common law is forever filling “gaps”. It relies, as it has for hundreds of years, on various judge-created methodologies to do so. In this case, the relevant methodology adopted and applied by our Court is the *Waterfield/Dedman* test.

[51] Abella J., writing for the other members of the full bench in *Clayton*, adopted the observation of Doherty J.A. in the Ontario Court of Appeal:

The powers of police constables at common law, often described as the ancillary police power, as set out in *Waterfield* have been accepted by the Supreme Court of Canada as part of the Canadian common law in several decisions rendered both before and after the proclamation of the *Charter* . . . . [para. 22]

Accordingly, it is my view that in these appeals the Court should proceed incrementally with the *Waterfield/Dedman* analysis of common law police powers rather than try to re-cross the Rubicon to retrieve the fallen flag of the *Dedman* dissent. In saying that, of course, I am not suggesting that in a particular case the outcome will always or even generally be in favour of the existence of a police power. Where a court concludes, after analysis, that the police do not have the power they claim, it will be up to Parliament to decide what law, if any, it wishes to enact on the subject.

[52] The first requirement of the *Waterfield/Dedman* test is the existence of a police duty. It cannot be controversial that police have a duty to solve crimes and bring the perpetrators to justice: *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 18, and the *Alberta Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17, s. 38(1). If that is not a large part of their job it is difficult to know what they are getting paid for.

Si, comme je le crois, aucun de ces arrêts [mentionnés] ne permet de justifier la mesure prise en l’espèce, il faut appliquer le critère de « pondération » découlant de l’arrêt *Dedman*. La Cour doit déterminer si la règle de common law, à supposer qu’elle existe, autorisait les policiers à faire ce qu’ils ont fait en l’espèce. [Je souligne; par. 80.]

La common law comble sans cesse des « lacunes ». Elle le fait depuis des centaines d’années au moyen de différentes méthodes conçues par les juges. En l’espèce, la méthode pertinente que notre Cour a adoptée et appliquée est la grille d’analyse de *Waterfield/Dedman*.

[51] La juge Abella, s’exprimant au nom de la Cour au complet dans l’arrêt *Clayton*, a retenu l’observation formulée par le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario :

Dans plusieurs décisions antérieures et postérieures à la *Charte*, la Cour suprême du Canada a reconnu que les pouvoirs des policiers en common law, souvent appelés pouvoirs accessoires de la police, énoncés dans l’arrêt *Waterfield*, faisaient partie intégrante de la common law canadienne . . . [par. 22]

Par conséquent, j’estime que dans les présents pourvois la Cour devrait procéder progressivement à l’analyse de type *Waterfield/Dedman* pour déterminer s’il existe un pouvoir policier conféré par la common law au lieu de tenter de retraverser le Rubicon et de ranimer la dissidence de l’arrêt *Dedman*. Bien sûr, je ne veux pas dire par là que, dans un cas particulier, on arrivera toujours ou encore généralement à la conclusion qu’il existe un pouvoir policier. Si une cour conclut, à l’issue d’une analyse, que les policiers n’ont pas le pouvoir qu’ils invoquent, il appartiendra alors au législateur de décider quelle règle de droit, s’il y a lieu, il souhaite adopter à cet égard.

[52] La première exigence de la grille d’analyse de *Waterfield/Dedman* est l’existence d’un devoir policier. Il est incontestable que les policiers ont le devoir d’élucider les crimes et de traduire les criminels en justice : *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 18, et *Police Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, ch. P-17, par. 38(1). Si cela ne représente pas une partie importante de leur travail, on voit difficilement à quoi ils servent.

[53] The second common law requirement, as stated, is that the powers “ancillary” to that duty must be “reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference” (*Dedman*, at p. 35). In the pre-*Charter* era, the “reasonableness” limitation was important to keep police powers in balance with what was broadly acceptable in a free society. The pre-*Charter* justification was less demanding than the *Charter*. The long history of the use of police dogs in common law countries for various search purposes attests to that.

[54] Unless the Court is to adopt the view that without specific statutory support the police are restricted to the use of their unaided eyes, ears and sense of smell, it is obvious that the police must use many tools to investigate crime *within the limits set by the Charter*. A “sniffer dog” is an investigative tool, not a “police power” such as the powers to detain or to arrest. Is Parliament to legislate on when a police officer may use “binoculars, flashlights and night vision goggles”? (S. Davis-Barron, “The Lawful Use of Drug Detector Dogs” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345, at p. 384). As criminals become more sophisticated and devise new ways to cover their tracks, the police constantly upgrade their own techniques and equipment. In my view, it is not necessary for the police to keep returning to Parliament for authority to make use of tools deployed in full public view like sniffer dogs. It is of course critical for Parliament to keep proper control of the police, but in the case of search and seizure, the judicial control is already in place in the form of s. 8 of the *Charter*, which it is the Court’s constitutional duty to interpret and apply.

[55] In *Tessling*, the police made use of an airplane fitted with infra-red imaging technology to

[53] Comme nous l’avons vu, la deuxième exigence de la common law est que l’exercice des pouvoirs « accessoires » à ce devoir soit « raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par [l’]atteinte » qui est portée (*Dedman*, p. 35). Avant l’adoption de la *Charte*, l’exigence du « caractère raisonnable » était importante pour maintenir l’équilibre entre les pouvoirs policiers et ce qui était généralement acceptable dans une société libre. La justification requise avant la *Charte* était moins astreignante que celle requise sous le régime de la *Charte*, comme en témoigne le fait que les chiens policiers sont depuis longtemps utilisés pour effectuer divers types de fouilles ou de recherches dans les pays de common law.

[54] À moins que la Cour n’adopte le point de vue voulant que, en l’absence d’une loi habilitante précise, les policiers en soient réduits à se fier à leurs seuls yeux, oreilles et odorat, il est évident que ceux-ci doivent utiliser de nombreux outils pour effectuer des enquêtes criminelles *conformes aux limites établies* par la *Charte*. L’utilisation d’un chien renifleur est un outil d’enquête et non un « pouvoir de la police » comme le pouvoir de détention ou d’arrestation. Le législateur doit-il intervenir pour déterminer quand un policier peut utiliser [TRADUCTION] « des jumelles, des lampes de poche et des lunettes de vision nocturne »? (S. Davis-Barron, « The Lawful Use of Drug Detector Dogs » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 345, p. 384). Au fur et à mesure que les criminels deviennent plus ingénieux et conçoivent de nouvelles façons de brouiller leurs pistes, les policiers améliorent sans cesse leurs propres techniques et matériel. J’estime que les policiers n’ont pas à se tourner constamment vers le législateur pour obtenir l’autorisation d’utiliser des outils exposés à la vue de tous comme les chiens renifleurs. Il est évidemment crucial que le législateur maintienne un bon contrôle des forces de l’ordre, mais, en ce qui concerne les fouilles, perquisitions et saisies, le contrôle judiciaire est exercé grâce à l’art. 8 de la *Charte*, que la Cour a l’obligation constitutionnelle d’interpréter et d’appliquer.

[55] Dans l’affaire *Tessling*, les policiers avaient eu recours à un avion muni d’un système d’imagerie

overfly suspected marijuana grow-ops. Nowhere did the Court suggest that the use of such equipment required specific statutory authority. The issue was whether such use violated s. 8 of the *Charter*.

[56] In rejecting the existence of any common law police power in this case, my colleague LeBel J., nevertheless, adds:

Other situations could arise where the constitutionality of a search and seizure operation might be upheld in the absence of statutory authority. One might think for example about exigent circumstances relating to apprehended terrorist activities. [para. 13]

Once it is concluded that the Court might (or might not) accept the existence of “exigent circumstances relating to apprehended terrorist activities”, an area of law enforcement where sniffer dogs are already in use, it seems to me, with respect, that there is no persuasive reason to refuse *consideration* of the use at common law of sniffer dogs in relation to other apprehended criminal activities such as trafficking of narcotics *except* on the basis that the balancing of the state interest in collective security and public order in a terrorist case might weigh more heavily against the individual’s interest in privacy than in a drug bust. However, the “balance” debate under the pre-*Charter Waterfield/Dedman* analysis also arises in a more stringent form under s. 8. We need not await parliamentary legislation to get on with the s. 8 debate and make a decision.

[57] Sniffer dogs are used in many different situations. Because their ability to communicate is limited to “alerting” a simple “yes” or “no” to the presence of the targeted substance(s), the dogs are necessarily specialized. Otherwise their handlers, with no ability to interrogate their canine helpers, wouldn’t know what the dog was alerting to. In some cases, the dog’s acute sense of smell is trained to target explosives, and they are used in airports and other places vulnerable to threats

infrarouge pour survoler un édifice où l’on soupçonnait que de la marijuana était cultivée. Nulle part la Cour n’a-t-elle laissé entendre que l’utilisation d’un tel matériel devait être autorisée expressément par la loi. La question était de savoir si cette utilisation violait l’art. 8 de la *Charte*.

[56] En rejetant l’existence de tout pouvoir policier conféré par la common law en l’espèce, mon collègue le juge LeBel ajoute néanmoins ceci :

Il pourrait se présenter d’autres cas où la constitutionnalité d’une fouille, perquisition ou saisie non autorisée par un texte législatif pourrait être confirmée. On pourrait penser, par exemple, à une situation d’urgence liée à la crainte d’activités terroristes. [par. 13]

Une fois que l’on conclut qu’il se pourrait (ou non) que la Cour reconnaisse l’existence d’« une situation d’urgence liée à la crainte d’activités terroristes », un domaine d’application de la loi où les chiens renifleurs sont déjà utilisés, il me semble, en toute déférence, qu’il n’y a aucun motif convaincant de refuser en common law d’*envisager* l’utilisation de ces chiens devant une crainte d’autres activités criminelles — par exemple le trafic de stupéfiants — *si ce n’est que* l’intérêt de l’État à préserver la sécurité collective et l’ordre public est davantage susceptible de l’emporter sur le droit d’un individu à la vie privée lorsqu’il est question de terrorisme que lorsqu’il est question d’une descente chez des trafiquants de drogue. Cependant, le débat entourant l’évaluation des enjeux qui émane de l’analyse de type *Waterfield/Dedman* antérieure à la *Charte* émane aussi, sous une forme plus rigide, de l’art. 8. Il n’est pas nécessaire d’attendre que le législateur poursuive le débat relatif à l’art. 8 et prenne une décision.

[57] On a recours aux services de chiens renifleurs dans de nombreuses situations différentes. Étant donné que leur capacité de communiquer se limite simplement à réagir positivement ou négativement à la présence des substances recherchées, les chiens sont obligatoirement spécialisés dans des domaines particuliers. Autrement, les maîtres-chiens, qui n’ont pas la capacité d’interroger leur assistant canin, ne sauraient pas à quoi l’animal a réagi. Dans certains cas, le chien est dressé à

to public safety. Other dogs are trained to detect human scent and are used to locate people who are lost or to find their remains after death, or to attempt to track an abducted child to the place of concealment. Other dogs are trained to detect fire accelerants and are used in arson investigations. Still others are trained to detect illicit drugs for the purpose of everyday crime detection. It is evident that dogs assist the police in many crucial ways. In my view, where the police comply with the requirements of the *Charter*, they possess the common law authority to make use of sniffer dogs in places to which they have lawful access for the purpose of criminal investigations. The real question here, as it was in *Mann* and *Clayton*, is *Charter* compliance.

B. *Is the Common Law Police Power Incompatible With Section 8 of the Charter?*

[58] My colleague LeBel J. writes, at para. 1:

... I acknowledge that the *Charter* does not prohibit the use of sniffer dogs or other investigative techniques by police; it does require, however, that they be used in accordance with the standards established by s. 8.

We agree that the use of a sniffer dog amounts to a “search” because of the significance and quality of the information obtained about concealed contents, whether such contents are in a suspect’s belongings or carried on his or her person. (In the present case, the positive “sniff” was itself considered sufficient by the RCMP to arrest the appellant before even physically checking his bag to confirm the presence of illegal drugs.) However, because of the minimal intrusion, contraband-specific nature and pinpoint accuracy of a sniff executed by a trained and well-handled dog (as in the case of Chevy here), it is my view for reasons set out in *A.M.*, released concurrently, that a proper balance between an

utiliser son odorat développé pour détecter la présence d’explosifs, et on les utilise dans des aéroports et d’autres endroits vulnérables aux menaces à la sécurité du public. D’autres chiens sont dressés pour détecter l’odeur humaine et sont utilisés pour retrouver les personnes perdues ou trouver leurs restes après leur mort, ou encore pour tenter de retracer un enfant enlevé jusqu’à l’endroit où il est caché. Certains chiens dressés pour détecter la présence d’accélérateurs sont utilisés dans les enquêtes sur les incendies criminels. D’autres chiens encore sont dressés pour détecter les drogues illicites dans le cadre de la prévention quotidienne des crimes. Il est évident que les chiens rendent de nombreux services cruciaux à la police. À mon avis, lorsque les policiers se conforment aux exigences de la *Charte*, la common law les autorise à utiliser des chiens renifleurs dans les endroits auxquels ils ont légitimement accès pour effectuer des enquêtes criminelles. Comme c’était le cas dans les affaires *Mann* et *Clayton*, la véritable question qui se pose en l’espèce est celle de la conformité avec la *Charte*.

B. *Le pouvoir que la common law confère aux policiers est-il incompatible avec l’art. 8 de la Charte?*

[58] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci, au par. 1 :

... je reconnais que la *Charte* n’interdit pas l’utilisation de chiens renifleurs ou d’autres techniques d’enquête policière; elle exige toutefois que cette utilisation demeure conforme aux normes établies par l’art. 8.

Nous sommes d’accord pour dire que l’utilisation d’un chien renifleur constitue une « fouille » en raison de l’importance et de la qualité des renseignements qu’elle permet d’obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels d’un suspect ou sur sa personne. (En l’espèce, les agents de la GRC ont jugé que l’indication positive donnée par le chien renifleur était suffisante en soi pour arrêter l’appelant avant même de vérifier son sac pour confirmer la présence de drogues illégales.) Cependant, à cause de l’atteinte minimale portée, de la recherche ciblée d’articles interdits et de la grande fiabilité dont fait montre un chien dressé et bien utilisé (comme Chevy en l’espèce), j’estime, pour les

individual's s. 8 rights and the reasonable demands of law enforcement would be struck by permitting such "sniff" searches on a "reasonable suspicion" standard without requiring prior judicial authorization.

[59] *Hunter v. Southam* is the point of departure. That case involved a challenge to the constitutional validity of s. 10 of the *Combines Investigation Act* which authorized the Director of the government agency to order a search of "any premises [in Canada in] which [he] believes there may be evidence relevant" to one of his ongoing inquiries. There was no effective oversight of the exercise of that power. The Director issued an order that licensed combines officials "to roam at large on the premises of Southam Inc." at the stated address and "elsewhere in Canada" (p. 150). Dickson J. declared this power, as it had been interpreted by the Federal Court of Appeal, to be "effectively unreviewable" (p. 166). He concluded:

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. [Emphasis added; p. 168.]

Dickson J. recognized that while warrantless searches are presumptively unreasonable, the presumption is rebuttable. He gave the instance of situations where prior authorization is not "feasible" (p. 161), but in subsequent cases he also accepted a lower standard of justification, e.g., for state intervention at a border crossing in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528 (see also *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652), as did our Court in respect of searches by school authorities in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393. The jurisprudence thus accepts

raisons exposées dans l'arrêt *A.M.*, dont les motifs sont déposés simultanément, qu'un juste équilibre entre les droits garantis à un individu par l'art. 8 et les impératifs raisonnables de l'application de la loi serait atteint si on permettait que ces fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur soient effectuées en fonction d'une norme des « soupçons raisonnables » sans qu'il soit nécessaire d'obtenir préalablement une autorisation judiciaire.

[59] L'arrêt *Hunter c. Southam* constitue le point de départ. Il était question dans cette affaire d'une contestation de la constitutionnalité de l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui autorisait le directeur d'un organisme fédéral à ordonner une perquisition dans « tout local [au Canada] où [il] croit qu'il peut exister des preuves se rapportant » à l'une de ses enquêtes en cours. L'exercice de ce pouvoir n'était assujéti à aucun mécanisme de surveillance efficace. Le directeur a autorisé les fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions à « fouiller partout dans les locaux de Southam Inc. » à l'adresse indiquée et « ailleurs au Canada » (p. 150). Le juge Dickson a déclaré que ce pouvoir, tel qu'il avait été interprété par la Cour d'appel fédérale, n'était « effectivement pas susceptible de révision » (p. 166). Il a conclu ceci :

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. [Je souligne; p. 168.]

Le juge Dickson a reconnu que si les fouilles et perquisitions sans mandat sont présumées abusives, cette présomption peut être réfutée. Il a donné l'exemple de cas où il n'est pas « possible » d'obtenir une autorisation préalable (p. 161); il a toutefois accepté dans des décisions ultérieures une norme de justification moins exigeante, par exemple, pour l'intervention de l'État à un passage frontalier dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528 (voir aussi *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652), comme l'a fait notre Cour à l'égard des fouilles

a measure of flexibility when the demands of reasonableness require. The presumptive requirement of prior judicial authorization remains, of course, and in the present case the onus is on the Crown to demonstrate on a balance of probabilities that the police use of the sniffer dogs in this case and in *A.M.* satisfied the *Collins* requirement for warrantless searches.

[60] For the reasons explained in *A.M.*, I believe the *Charter* test is met in the case of sniffer-dog searches by proof of reasonable suspicion. I believe, therefore, that in cases where reasonable suspicion exists, the first two conditions of the *Collins* test are satisfied (*Collins*, at pp. 278-79; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 15-16). Where reasonable suspicion exists, a sniffer-dog search is authorized by the common law, and the common law itself is reasonable on the basis of reasonable suspicion, given the minimally intrusive, narrowly targeted and high accuracy of “sniff searches” by dogs with a proven track record like Chevy. However, on the facts of this case, because of the absence of reasonable suspicion, the search fails the first and third branches of the *Collins* test. As there was not reasonable suspicion, the search was not authorized by law and fails the first requirement. Further, it fails on the third requirement, namely that the search be conducted reasonably. The police failed because they exercised their common law power based on speculation rather than objectively verifiable evidence supporting reasonable suspicion.

[61] Of course, it would be *desirable* for Parliament to enact a comprehensive scheme governing police powers. It has not done so. The Court has no mandate to dictate Parliament’s agenda. In

effectuées par les autorités scolaires dans l’affaire *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393. La jurisprudence permet donc une certaine souplesse lorsque cela est nécessaire pour satisfaire aux exigences du caractère raisonnable. Bien sûr, l’exigence présumée d’une autorisation judiciaire préalable demeure et, en l’espèce, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l’utilisation des chiens renifleurs par les policiers en l’espèce et dans l’affaire *A.M.* satisfaisait à l’exigence de l’arrêt *Collins* concernant les fouilles sans mandat.

[60] Pour les raisons exposées dans l’arrêt *A.M.*, j’estime que, dans le cas d’une fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur, la preuve de l’existence de soupçons raisonnables satisfait au critère de la *Charte*. Je crois donc que les deux premières conditions du critère de l’arrêt *Collins* sont remplies dans les cas où il existe des soupçons raisonnables (*Collins*, p. 278-279; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). En présence de tels soupçons, la common law autorise les fouilles ou perquisitions à l’aide de chiens renifleurs, et cette règle de common law n’a elle-même rien d’abusif vu le caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable des fouilles ou perquisitions effectuées à l’aide de chiens qui, comme Chevy, ont fait leurs preuves. Toutefois, les faits de la présente affaire démontrent qu’en raison de l’absence de soupçons raisonnables la fouille effectuée ne satisfait pas aux premier et troisième volets du critère de l’arrêt *Collins*. À cause de l’absence de soupçons raisonnables, la fouille n’était pas autorisée par la loi, de sorte qu’elle ne satisfait pas à la première exigence. Elle ne satisfait pas non plus à la troisième exigence, selon laquelle la fouille ou perquisition doit être effectuée de manière non abusive. Le manquement des policiers découle du fait qu’ils se sont fondés sur des hypothèses pour exercer leur pouvoir de common law au lieu de se fonder sur des éléments de preuve objectivement vérifiables qui justifient des soupçons raisonnables.

[61] Il serait évidemment *souhaitable* que le législateur établisse un régime global applicable à l’exercice des pouvoirs de la police. Celui-ci ne l’a pas fait. La Cour n’est pas habilitée à dicter les

the meantime, the police have to deal with real-world problems. As Sergeant Bouey testified:

[W]e worked in a proactive policing program and we attempted to modify our practices to do the best practice. But as in all areas of policing, one just can't stop what they're doing. They have to grow and progress, and so the answer to that would be yes, we continued using the police service dog in a modified approach. [Emphasis added; R.R., at pp. 140-41.]

In my view, both the defence bar and the agencies of law enforcement are entitled to have the Court deal with sniffer-dog searches under s. 8 of the *Charter*. To do so does not in any way preclude Parliament from enacting a more comprehensive statutory regime, should its legislative timetable permit.

### C. *Shirking Our Constitutional Duties?*

[62] My colleague LeBel J. writes:

The common law has long been viewed as a law of liberty. Should we move away from that tradition, which is still part of the ethos of our legal system and of our democracy? This case is about the freedom of individuals and the proper function of the courts as guardians of the Constitution. [para. 12]

The common law tradition values liberty, but it has always sought to strike the proper balance (as the *Waterfield/Dedman* test illustrates) between the interests of the individual and the interests of society, including law enforcement. In *Mann*, the Court faced the issue of “reasonable suspicion” in relation to an investigative detention. We decided unanimously that rather than leave the matter to Parliament, our Court ought to (and did) exercise what Iacobucci J. called the Court’s “custodial role”:

It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it deems the best approach to the

priorités du législateur. Entre-temps, les policiers doivent régler des problèmes concrets. Comme l’a affirmé le sergent Bouey dans son témoignage :

[TRADUCTION] [L]’opération policière à laquelle nous participions se voulait proactive et nous nous efforcions de modifier nos pratiques pour qu’elles soient les meilleures possibles. Mais comme c’est le cas dans tous les domaines où il faut maintenir l’ordre, on ne peut pas simplement cesser d’agir. Les pratiques doivent évoluer et je répondrais que oui, nous avons continué à utiliser le chien policier en adoptant une approche différente. [Je souligne; d.i., p. 140-141.]

J’estime que les avocats de la défense et les autorités chargées d’appliquer la loi ont le droit de demander à la Cour d’examiner, au regard de l’art. 8 de la *Charte*, la question des fouilles ou perquisitions à l’aide de chiens renifleurs. Cela n’empêche aucunement le législateur d’adopter un régime législatif plus complet si jamais son emploi du temps lui permet de le faire.

### C. *La Cour se soustrait-elle à ses obligations constitutionnelles?*

[62] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci :

La common law est depuis longtemps considérée comme une loi de liberté. Devrions-nous nous écarter de cette tradition, qui appartient toujours aux valeurs de notre système juridique et de notre démocratie? Il est question en l’espèce de la liberté des individus et du rôle légitime des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution. [par. 12]

La tradition de common law attache de l’importance à la liberté, mais elle a toujours cherché à établir un juste équilibre (comme l’illustre la grille d’analyse de *Waterfield/Dedman*) entre les intérêts de l’individu et ceux de la société, y compris en matière d’application de la loi. Dans l’arrêt *Mann*, la Cour était récemment saisie de la question des « soupçons raisonnables » dans le contexte d’une détention aux fins d’enquête. Nous avons décidé à l’unanimité que, au lieu de s’en remettre au législateur à ce propos, notre Cour devait (ce qu’elle a fait) exercer ce que le juge Iacobucci a appelé son « rôle de gardien de la common law » :

Certes, le Parlement est libre d’édicter une loi établissant la démarche qu’il juge la meilleure à cet égard,

matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques to ensure that respect for individual liberty is adequately balanced against the interest of officer safety. In the meantime, however, the unregulated use of investigative detentions in policing, their uncertain legal status, and the potential for abuse inherent in such low-visibility exercises of discretionary power are all pressing reasons why the Court must exercise its custodial role. [Emphasis added; para. 18.]

Without resiling from the proposition in *Dedman* that “[t]he police have long functioned under a regime of wide duties but limited powers” (p. 12), the Court accepted in *Mann* its role in developing the common law as “incremental”. It noted that it shares with legislators the “responsibility for ensuring that the common law reflects current and emerging societal needs and values”; *Mann*, at para. 17; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670. Indeed, the Court’s decision in *Mann* to lower the bar from reasonable and probable cause to reasonable suspicion in the context of a warrantless search is precisely the argument that is being continued in the present appeal, as it was in *Clayton*.

#### D. Long Tradition of the Use of “Sniffer Dogs”

[63] My colleague LeBel J. writes:

[In this appeal,] the record remains singularly bereft of useful information about sniffer dogs. The available information is in essence limited to the facts that they are used for investigative purposes in a variety of circumstances and that police officers believe in their overall reliability and to the praise of a particular dog deployed at the Calgary bus station. [para. 15]

In my view, the reasonableness of a sniffer-dog search will depend in part on the specific track record of the dog in question. The track record of

pourvu qu’il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures propres à établir un juste équilibre entre le respect des libertés individuelles et l’intérêt de la société à assurer la sécurité des policiers. Dans l’intervalle, cependant, l’emploi non réglementé des détentions aux fins d’enquête en matière de maintien de l’ordre, le statut juridique incertain de ce type de détention et le risque d’abus que comporte intrinsèquement l’exercice difficilement observable de tels pouvoirs discrétionnaires constituent autant de raisons urgentes pour lesquelles la Cour doit exercer son rôle de gardien de la common law. [Je souligne; par. 18.]

Sans pour autant revenir sur l’affirmation de l’arrêt *Dedman* voulant que « [l]a police [ait] longtemps fonctionné selon un régime de devoirs étendus mais de pouvoirs limités » (p. 12), la Cour a reconnu, dans l’arrêt *Mann*, qu’elle a pour rôle de veiller à l’adaptation « progressive » des règles de common law. Elle a fait observer qu’elle partage avec le législateur la « responsabilité de faire en sorte que la common law reflète l’état actuel des besoins et des valeurs de la société et leur évolution » : *Mann*, par. 17; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670. En fait, la décision de la Cour, dans l’arrêt *Mann*, d’abaisser la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans le cas d’une fouille sans mandat est exactement l’argument qui est repris dans le présent pourvoi, tout comme il l’a été dans l’affaire *Clayton*.

#### D. La longue tradition d’utilisation des « chiens renifleurs »

[63] Mon collègue le juge LeBel écrit ceci :

[D]ans le présent pourvoi, le dossier est particulièrement pauvre en renseignements utiles concernant les chiens renifleurs. L’information disponible se limite essentiellement au fait que ces chiens sont utilisés aux fins d’enquête dans diverses circonstances et que les policiers croient qu’ils sont généralement fiables, et aux éloges dont fait l’objet un chien qui a été utilisé à la gare d’autobus de Calgary. [par. 15]

J’estime que le caractère raisonnable d’une fouille ou perquisition à l’aide d’un chien renifleur dépend en partie des résultats auparavant obtenus par le

the dog Chevy used in this case was 90 to 92 percent accurate. To the extent that LeBel J. protests against overgeneralizing about the track record of sniffer dogs in general, I believe his argument is with the reasons of our colleagues Bastarache and Deschamps JJ. respectively.

[64] Bastarache J. writes that

Chevy is not alone with this high degree of accuracy — the trial judge found that a sniffer dog’s signal that drugs have been detected is reliable over 92 percent of the time. [para. 220]

Deschamps J. writes that:

The primary reason that sniffer dogs appear to be so attractive as a law enforcement tool is their keen sense of smell and high degree of accuracy. According to Romaine J., the evidence disclosed “that a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs” (para. 73). With such a high success rate, a sniffer dog may properly be considered comparable to a very reliable informer. [para. 132]

[65] At the trial in this case, the *only* evidence concerning the reliability of Chevy is to be found in the testimony of Sergeant Bouey (R.R., at pp. 118 and 135), who mentioned that Chevy’s accuracy was evaluated in a previous case as lying between 90 and 92 percent. In finding that the evidence disclosed that “a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs” (para. 73), Romaine J. either misspoke or incorrectly extended a statistic about a particular dog to the performance of *all* sniffer dogs, a conclusion for which there was no evidentiary basis. Chevy was not an average dog. In fact, her nose was described by another trial judge as “notoriously accurate at detecting illegal drugs” (*R. v. Mercer* (2004), 45 Alta. L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94, at para. 11). It is statistically incorrect to extrapolate the reliability of all sniffer dogs from the track record of one single dog.

chien en question. Le taux de réussite de Chevy, le chien qui a été utilisé en l’espèce, était de 90 à 92 pour 100. Dans la mesure où le juge LeBel s’élève contre une extrapolation excessive des résultats obtenus par les chiens renifleurs en général, je crois que son désaccord porte sur les motifs respectifs de nos collègues les juges Bastarache et Deschamps.

[64] Le juge Bastarache affirme que

Chevy n’est pas le seul chien à faire montre d’une si grande fiabilité — la juge du procès a conclu que le signal que donne un chien renifleur pour indiquer qu’il a détecté des drogues est fiable plus de 92 pour 100 du temps. [par. 220]

La juge Deschamps écrit ceci :

Il semble que ce soit avant tout en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité que les chiens renifleurs sont si attrayants comme outil d’application de la loi. Selon la juge Romaine, la preuve révélait [TRADUCTION] « que le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73). Avec un taux de réussite aussi élevé, le chien renifleur peut se comparer à juste titre à un informateur très fiable. [par. 132]

[65] Lors du procès tenu en l’espèce, le *seul* élément de preuve concernant la fiabilité de Chevy résidait dans le témoignage du sergent Bouey (d.i., p. 118 et 135), qui a mentionné que, dans une affaire antérieure, on avait estimé que le taux de réussite de Chevy se situait entre 90 et 92 pour 100. En concluant que la preuve révélait que [TRADUCTION] « le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73), la juge Romaine s’est mal exprimée ou a attribué à tort à *tous* les chiens renifleurs une statistique relative à un chien particulier, une conclusion qui ne reposait sur aucun élément de preuve. Chevy n’était pas un chien ordinaire. En fait, un autre juge de première instance a qualifié le flair de Chevy de [TRADUCTION] « notoirement fiable pour détecter la présence de drogues illégales » (*R. c. Mercer* (2004), 45 Alta L.R. (4th) 144, 2004 ABPC 94, par. 11). D’un point de vue statistique, il est incorrect d’extrapoler des résultats d’un seul chien que l’ensemble des chiens renifleurs sont fiables.

[66] The fact remains, however, that sniffer dogs have been used successfully in Canada for decades for investigative purposes. Although this case falls to be determined on the evidence of reliability specific to Chevy, the following historical background may be of interest:

In Canada, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) used privately owned dogs to assist in their investigations starting in 1908. The RCMP's first official dog section was formed in 1935, but it was not until the late 1950s and 1960s that dedicated units were established by provincial and municipal forces in significant numbers. Since then, the use of police dogs has become so common that they are a routine part of most major police forces.

(T. Shaw, "The Law on the Use of Police Dogs in Canada" (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337, at p. 337)

[67] While in Quebec there is no grant of a statutory power as such for police use of sniffer dogs, the Attorney General of Quebec notes in his factum:

[TRANSLATION] The *Police Act* now requires that each city with more than 200,000 inhabitants maintain a dog team for drug-related purposes and for guarding and tracking. [para. 15]

E. *Rejection of the "Generalized Suspicion" Standard*

[68] My colleague Bastarache J. writes, at para. 251:

[A] public bus terminal is precisely the type of environment where a sniffer-dog search subsequent to generalized suspicion is appropriate. As I have mentioned, I find public depots to be analogous to airports, as in both cases the travelling public has a reduced expectation of privacy and an understanding that the state has an interest in preventing the public transportation system from being used to transport illicit substances. [Emphasis added.]

[69] In her reasons in *A.M.*, Deschamps J. makes the following observation:

The controlled environment of a school's property is also analogous to the customs context. In *Simmons*, Dickson C.J. held at p. 528 that the degree of personal

[66] Cependant, il reste que les chiens renifleurs sont utilisés avec succès aux fins d'enquête depuis des décennies au Canada. Même si le présent pourvoi doit être tranché en fonction de la preuve de la fiabilité démontrée par Chevy, l'historique suivant peut se révéler intéressant :

[TRADUCTION] En 1908, la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a commencé à effectuer des enquêtes à l'aide de chiens appartenant à des particuliers. La première escouade canine ou cynophile officielle de la GRC a été créée en 1935, mais ce n'est qu'à la fin des années 1950 et 1960 qu'un nombre important de brigades spécialisées ont été créées par les services de police provinciaux et municipaux. Depuis lors, le recours aux chiens policiers est devenu si courant que ces chiens font systématiquement partie des grands corps policiers.

(T. Shaw, « The Law on the Use of Police Dogs in Canada » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 337, p. 337)

[67] Même si au Québec la loi n'habilite pas expressément les policiers à utiliser des chiens renifleurs, le procureur général du Québec fait remarquer ce qui suit dans son mémoire :

La *Loi sur la police* prévoit maintenant que les villes de plus de 200 000 habitants doivent maintenir une équipe cynophile en matière de drogue, protection et pistage. [par. 15]

E. *Rejet de la norme des « soupçons généraux »*

[68] Mon collègue le juge Bastarache écrit ceci, au par. 251 :

[U]ne gare d'autobus est précisément le genre d'endroit où il est approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'une gare d'autobus s'apparente à un aéroport étant donné que, dans les deux cas, le voyageur a des attentes moindres en matière de vie privée et comprend que l'État a intérêt à empêcher que le système de transport public en question soit utilisé pour transporter des substances illicites. [Je souligne.]

[69] Dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt *A.M.*, la juge Deschamps fait observer ceci :

Le milieu contrôlé que l'on trouve dans l'enceinte d'une école peut également se comparer au contexte douanier. Dans *Simmons*, le juge en chef Dickson a

privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations, both because the state has an important interest in enforcing customs laws in the interest of public safety and because individuals have a significantly reduced expectation of privacy. [para. 135]

[70] I do not accept these analogies as correct. In *Simmons*, this Court carved out an exception to the general principles of *Hunter v. Southam* because of the highly specific customs context. The exception is based on the view that the state has a compelling interest in the preservation of national sovereignty and the protection of its borders, an interest which underlies both the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), and the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.

[71] In *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, the Court stated the following:

... at a border the state has an interest in controlling entry into the country. Individuals expect to undergo questioning with respect to their entry into Canada whether that be in the immigration or customs context. These interests and expectations dictate that examination of a person for purposes of entry must be analyzed differently from the questioning of a person within Canada. [Emphasis added; p. 1072.]

Border considerations do not apply at the Calgary bus station or at the local public school in *A.M.* Nobody should expect to be randomly cross-examined by the police when boarding the Vancouver to Calgary bus. This is unacceptable in a free society. Nor should students be called on to justify themselves as if crossing a border just because a school is, for some purposes, a regulated environment.

[72] In *Monney*, the Court insisted that “border crossings represent a unique factual circumstance for the purposes of a s. 8 analysis” (para. 42). Neither *Simmons* nor *Monney* provide authority for applying less stringent conditions on physical

affirmé, à la p. 528, que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations, parce que l’État a tout intérêt à faire appliquer les lois sur les douanes dans l’intérêt de la sécurité du public et parce que les attentes des gens en matière de vie privée sont bien moindres. [par. 135]

[70] À mon avis, ces analogies sont boiteuses. Dans l’arrêt *Simmons*, notre Cour a établi une exception aux principes généraux de l’arrêt *Hunter c. Southam* en raison du caractère très particulier du contexte douanier. L’exception est fondée sur l’opinion selon laquelle l’État a un intérêt impérieux à préserver la souveraineté nationale et à protéger ses frontières, un intérêt qui sous-tend à la fois la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), et la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2.

[71] Dans l’arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, la Cour a affirmé ce qui suit :

... à la frontière l’État a intérêt à contrôler l’admission au pays. Les gens s’attendent à subir un interrogatoire concernant leur admission au Canada, et ce, tant dans un contexte d’immigration que dans un contexte de douane. À cause de ces intérêts et de ces attentes, l’interrogatoire d’une personne aux fins de son admission doit être analysé différemment de l’interrogatoire d’une personne qui se trouve au Canada. [Je souligne; p. 1072.]

Les considérations de frontière ne s’appliquent ni à la gare d’autobus de Calgary ni à l’école publique locale dont il est question dans l’arrêt *A.M.* Personne ne devrait s’attendre à être contre-interrogé au hasard par des policiers au moment de monter à bord de l’autobus qui effectue le trajet entre Vancouver et Calgary. Une telle mesure est inacceptable dans une société libre. De même, les étudiants ne devraient pas avoir à s’expliquer, comme s’ils franchissaient une frontière, simplement parce qu’une école est, à certaines fins, un milieu contrôlé.

[72] Dans l’arrêt *Monney*, la Cour a souligné que « les passages frontaliers constituent une situation factuelle unique en ce qui concerne l’analyse fondée sur l’art. 8 » (par. 42). Ni l’arrêt *Simmons* ni l’arrêt *Monney* ne permettent d’assujettir à des

searches conducted in a domestic context, and the reasoning developed in these cases cannot be transposed to the school setting or bus depots.

[73] None of this, in my view, provides any legal basis for a “generalized suspicion” test. This is not to say that sniffer dogs can never be deployed where for example the police have evidence that a crime has actually been committed and the police have reasonable suspicion in relation to one or more members of a group of people closely linked in proximity to the crime (as in *Clayton and Mann*) but cannot identify the guilty member of the group. *But here the police had no evidence that any crime had been committed at all.* Nor was any evidence submitted in this case to establish that bus depots in general or Calgary in particular are rampant with drug dealers. The police knew that buses going from Vancouver to Calgary were sometimes used by drug couriers, and while this is a relevant factor to consider, it is not sufficient by itself to justify submitting every passenger on every bus to a random sniff search based on a new doctrine of “generalized suspicion”.

[74] If, in future, Parliament should conclude that the problem of illegal drugs in this country is such as to require in the larger public interest searches based on “generalized suspicion” by police dogs, it will be open to the government to attempt to justify under s. 1 of the *Charter* such searches as a “reasonable limit” on the constitutional rights of travelers to come and go as they please. That, of course, would be a different case and the validity of such a law, if challenged, would have to be examined. Such a change is not something that should be contemplated by the Court. It would not be incremental. It would be massive.

conditions moins strictes les fouilles ou perquisitions effectuées à l’intérieur du pays, et le raisonnement adopté dans ces arrêts ne peut pas être transposé au contexte scolaire ou à celui d’une gare d’autobus.

[73] À mon avis, rien de tout cela ne fournit un fondement juridique au critère des « soupçons généraux ». Cela ne signifie pas que les chiens renifleurs ne peuvent jamais être utilisés dans le cas où, par exemple, les policiers ont la preuve qu’un crime a vraiment été commis et ont des soupçons raisonnables concernant un ou plusieurs membres d’un groupe de personnes étroitement liées au crime (comme dans les affaires *Clayton et Mann*), mais où ils ne sont pas en mesure d’identifier le coupable parmi eux. *Or, en l’espèce, les policiers n’avaient aucune preuve qu’un crime quelconque avait été commis.* De même, on a produit en l’espèce aucun élément de preuve établissant que les gares d’autobus en général, ou celle de Calgary en particulier, fourmillent de revendeurs de drogue. Les policiers savaient que les autobus qui effectuent le trajet entre Vancouver et Calgary étaient parfois utilisés par des passeurs de drogue et, bien que ce fait soit pertinent, il ne justifie pas à lui seul de soumettre tous les passagers de tous les autobus à une fouille au hasard à l’aide de chiens renifleurs sur la base d’une nouvelle doctrine des « soupçons généraux ».

[74] Si, à l’avenir, le législateur devait conclure que le problème des drogues illégales dans notre pays a pris une telle ampleur qu’il est dans l’intérêt public général d’effectuer des fouilles à l’aide de chiens policiers sur la foi de « soupçons généraux », le gouvernement pourra alors tenter de démontrer, au regard de l’article premier, que ces fouilles sont justifiées en tant que « limite raisonnable » au droit constitutionnel des voyageurs de se déplacer comme ils l’entendent. Il va sans dire que la situation serait alors différente et qu’il faudrait examiner la validité d’une telle loi si elle était contestée. Un tel changement n’est pas quelque chose que notre Cour devrait envisager. Il ne serait pas progressif. Il serait radical.

F. *What Constitutes Reasonable Suspicion?*

[75] The “reasonable suspicion” standard is not a new juridical standard called into existence for the purposes of this case. “Suspicion” is an expectation that the targeted individual is possibly engaged in some criminal activity. A “reasonable” suspicion means something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds. As observed by P. Sankoff and S. Perrault, “Suspicious Searches: What’s so Reasonable About Them?” (1999), 24 C.R. (5th) 123:

[T]he fundamental distinction between mere suspicion and reasonable suspicion lies in the fact that in the latter case, a sincerely held subjective belief is insufficient. Instead, to justify such a search, the suspicion must be supported by factual elements which can be adduced in evidence and permit an independent judicial assessment.

. . .

What distinguishes “reasonable suspicion” from the higher standard of “reasonable and probable grounds” is merely the degree of probability demonstrating that a person is involved in criminal activity, not the existence of objectively ascertainable facts which, in both cases, must exist to support the search. [pp. 125-26]

Writing about “reasonable suspicion” in the context of the entrapment defence, Lamer J. in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, thought it unwise to elaborate “in the abstract” (p. 965). See also *R. v. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327 (B.C.C.A.), at p. 339. However, in *Alabama v. White*, 496 U.S. 325 (1990), the U.S. Supreme Court contrasted “reasonable suspicion” with reasonable grounds of belief (or, what the U.S. lawyers call “probable cause”):

Reasonable suspicion is a less demanding standard than probable cause not only in the sense that reasonable suspicion can be established with information that

F. *Qu’est-ce qui constitue des soupçons raisonnables?*

[75] La norme des « soupçons raisonnables » n’est pas une nouvelle norme juridique créée pour les besoins de la présente affaire. Les « soupçons » sont une impression que l’individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Comme le font observer P. Sankoff et S. Perrault dans leur article intitulé « Suspicious Searches : What’s so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123 :

[TRADUCTION] [L]a distinction fondamentale entre un simple soupçon et un soupçon raisonnable tient au fait que, dans ce dernier cas, une croyance subjective sincère ne suffit pas. Pour justifier une fouille ou une perquisition, il faut plutôt que les soupçons reposent sur des éléments factuels pouvant être présentés en preuve et faire l’objet d’une appréciation judiciaire indépendante.

. . .

Ce qui distingue les « soupçons raisonnables » de la norme plus stricte des « motifs raisonnables et probables » est simplement le degré de probabilité qu’une personne se livre à une activité criminelle, et non l’existence de faits objectivement vérifiables, qui, dans les deux cas, sont nécessaires pour justifier la fouille ou la perquisition. [p. 125-126]

Traitant des « soupçons raisonnables » dans le contexte du moyen de défense fondé sur la provocation policière, le juge Lamer a estimé dans l’arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, qu’il ne serait pas sage de traiter cette question « dans l’abstrait » (p. 965). Voir également l’arrêt *R. c. Cahill* (1992), 13 C.R. (4th) 327 (C.A.C.-B.), p. 339. Toutefois, dans l’arrêt *Alabama c. White*, 496 U.S. 325 (1990), la Cour suprême des États-Unis a opposé les « soupçons raisonnables » aux motifs raisonnables de croire (ou à ce que les avocats américains appellent la [TRADUCTION] « cause probable ») :

[TRADUCTION] La norme des soupçons raisonnables est moins exigeante que celle de la cause probable non seulement parce que les soupçons raisonnables peuvent

is different in quantity or content than that required to establish probable cause, but also in the sense that reasonable suspicion can arise from information that is less reliable than that required to show probable cause. [p. 330]

[76] The U.S. Fourth Amendment cases were reviewed by the Ontario Court of Appeal in connection with investigative stops based on reasonable suspicion in *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, where Doherty J.A. concluded, at p. 202:

These cases require a constellation of objectively discernible facts which give the detaining officer reasonable cause to suspect that the detainee is criminally implicated in the activity under investigation. The requirement that the facts must meet an objectively discernible standard . . . serves to avoid indiscriminate and discriminatory exercises of the police power. [Emphasis added.]

The Court of Appeal stated that a hunch based on intuition gained by experience cannot suffice as “articulable cause”. The *Simpson* description of “articulable cause” was treated as equivalent to “reasonable suspicion” in the context of s. 99(1)(f) of the *Customs Act* in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, *per* Gonthier J., at para. 24, and Major J., at para. 52, and I conclude that it applies to “reasonable suspicion” in the present context as well. See also *R. v. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298 (B.C.C.A.), at para. 37.

[77] It is important to emphasize the requirement for *objective* “articulable” grounds, as did the B.C. Court of Appeal in *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47, at para. 23:

The fundamental point is that the trial judge must be in a position to make an independent assessment of the facts upon which the suspicion is based.

[78] The importance of objective grounds in the present context, of course, is that where police initiate warrantless “sniff” searches there is no before-the-fact judicial authorization. The after-the-fact review can only truly be an “independent

reposer sur des renseignements différents, sur le plan de la quantité et du contenu, de ceux requis pour établir l’existence d’une cause probable, mais également parce que des soupçons raisonnables peuvent découler de renseignements moins fiables que ceux requis pour démontrer l’existence d’une cause probable. [p. 330]

[76] La Cour d’appel de l’Ontario a examiné la jurisprudence américaine sur le Quatrième amendement et les interpellations aux fins d’enquête fondées sur des soupçons raisonnables, dans l’arrêt *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182, où le juge Doherty a conclu, à la p. 202 :

[TRADUCTION] Ces affaires exigent qu’il existe un ensemble de faits objectivement discernables donnant au policier qui exerce la détention un motif raisonnable de soupçonner que la personne détenue est criminellement impliquée dans l’activité visée par l’enquête. L’exigence que les faits satisfassent à une norme objectivement discernable [. . .] sert à empêcher l’exercice inconsidéré et discriminatoire des pouvoirs de la police. [Je souligne.]

La Cour d’appel a statué que les « motifs concrets » ne sauraient reposer sur la seule intuition du policier, basée sur son expérience. Dans l’arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312 (le juge Gonthier, par. 24, et le juge Major, par. 52), les « motifs concrets » décrits dans l’arrêt *Simpson* ont été traités comme équivalant aux « soupçons raisonnables » dans le contexte de l’al. 99(1)f) de la *Loi sur les douanes*, et je conclus que cela s’applique aux « soupçons raisonnables » dans le présent contexte. Voir aussi *R. c. Ferris* (1998), 126 C.C.C. (3d) 298 (C.A.C.-B.), par. 37.

[77] Il importe de souligner l’exigence de motifs *objectifs* « concrets », comme l’a fait la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47, par. 23 :

[TRADUCTION] Il est essentiel que le juge du procès soit en mesure d’apprécier de façon indépendante les faits sur lesquels reposent les soupçons.

[78] L’importance des motifs objectifs dans le présent contexte résulte évidemment du fait que les policiers n’obtiennent pas une autorisation judiciaire avant de procéder à une fouille ou perquisition sans mandat à l’aide d’un chien renifleur. L’examen après

assessment” if there are objective grounds put forward to support the personal opinion of the police officer. As Doherty J.A. commented in *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.):

The protection against police excess rests not only in the standard itself, but in its retrospective application. [para. 65]

[79] The objective of the Jetway program and similar police operations in the U.S. is therefore to identify characteristics “generally associated with narcotics traffickers” (W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 4, at p. 503) without sweeping up “a very large category of presumably innocent travelers, who would be subject to virtually random seizures were the Court to conclude that as little foundation as there was in this case could justify a seizure” (*Reid v. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), at p. 441). In these cases, the *Charter* protection is of immediate concern not only to accused drug dealers but to the general travelling public who have every right to go about their law-abiding business without being the subject of random police searches, by dog or otherwise.

G. *Applying the Reasonable Suspicion Standard in This Case*

[80] For purposes of analysis, it is useful to divide the encounter between the police and the appellant into stages:

- (1) From the Time the Appellant Exited the Bus Until Sergeant MacPhee Identified Himself as a Policeman

[81] There was some suggestion by Constable Ritchie that Chevy was in a position to sniff all passengers getting off the overnight bus from Vancouver and “alerted” to the appellant as he

le fait ne peut véritablement constituer une « appréciation indépendante » que si des motifs objectifs sont invoqués pour justifier l’opinion personnelle du policier. Comme le juge Doherty l’a fait remarquer dans l’arrêt *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] La protection contre les abus policiers tient non seulement à la norme elle-même, mais aussi à son application rétrospective. [par. 65]

[79] L’objectif du programme Jetway et des opérations policières semblables qui sont menées aux États-Unis est donc de déceler les caractéristiques [TRADUCTION] « généralement associées aux narco-trafiquants » (W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4<sup>e</sup> éd. 2004), vol. 4, p. 503) sans toucher à [TRADUCTION] « une catégorie très vaste de voyageurs vraisemblablement innocents qui seraient soumis à des fouilles effectuées pratiquement au hasard si la Cour devait conclure que des motifs aussi ténus que ceux qui ont été invoqués en l’espèce pouvaient justifier une saisie » (*Reid c. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980), p. 441). Dans les présentes affaires, la question de la protection offerte par la *Charte* intéresse directement non seulement les revendeurs de drogue qui font l’objet d’accusations, mais aussi l’ensemble des voyageurs qui ont parfaitement le droit d’exercer leurs activités légales sans être soumis à des fouilles policières effectuées au hasard à l’aide d’un chien ou autrement.

G. *Application de la norme des soupçons raisonnables en l’espèce*

[80] Pour les besoins de l’analyse, il est utile de diviser en étapes la rencontre entre les policiers et l’appelant :

- (1) La période écoulée entre le moment où l’appelant est sorti de l’autobus et celui où le sergent MacPhee s’est présenté comme étant un policier

[81] L’agent Ritchie a indiqué que Chevy était en mesure de flairer tous les passagers qui descendaient de l’autobus ayant effectué le trajet de nuit depuis Vancouver et qu’elle a « éveillé l’attention »

alighted, i.e. *before* any of the observations relied on by Sergeant MacPhee. Constable Ritchie testified as follows:

A . . . at the time that I observed Mr. Kang-Brown, I would have been to the driver's side of -- of the bus watching the passengers go out.

. . . .

Q Can I just back you up a second before we get too much further. You started to mention something about going through the lineup, and I think I interrupted you, that the dog did something in the lineup with respect to someone. And I'm sorry, I think I interrupted you there.

A Yes, the dog -- actually my observation was that Chevy showed an interest in Mr. Kang-Brown and started to go towards Mr. Kang-Brown. And due to the -- the activity at the time and the people and the movement and stuff, Corporal Bouey redirected Chevy.

. . . .

Q So you're confident that you advised Sergeant MacPhee about what happened with the dog and Mr. Kang Brown?

A Yes. [Trial tr., at pp. 133, 134 and 193]

Sergeant MacPhee testified that he did not recall such a conversation and the trial judge made no finding one way or the other. If in fact the police had conducted a sniff search of everyone as they got off the bus, it would clearly have constituted a random search and would therefore have been unconstitutional. The appellant made no particular issue of this point and I therefore put it aside.

[82] Sergeant MacPhee was in plain clothes sitting on a "hitching" rail near the arriving bus. There was nothing in his appearance to identify him as a policeman. Sergeant MacPhee testified

sur l'appelant au moment où il descendait, c'est-à-dire *avant* que les observations invoquées par le sergent MacPhee aient pu être faites. L'agent Ritchie a affirmé ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION]

R . . . au moment où j'observais M. Kang-Brown, j'étais du côté du chauffeur -- de l'autobus, occupé à surveiller les passagers qui sortaient.

. . . .

Q Permettez-moi de revenir un peu en arrière avant d'aller plus loin. Vous avez commencé à mentionner quelque chose au sujet de l'observation des gens qui faisaient la queue, et je crois vous avoir interrompu, c'est-à-dire que le chien a fait quelque chose au sujet d'une personne qui faisait la queue. Je m'excuse, je crois vous avoir interrompu à ce moment-là.

R Oui, le chien -- en fait, j'ai remarqué que Chevy s'intéressait à M. Kang-Brown et qu'il a commencé à se diriger vers lui. Et en raison de -- de l'activité qu'il y avait à ce moment et des nombreuses allées et venues, etc., le caporal Bouey a fait prendre une autre direction à Chevy.

. . . .

Q Donc, vous êtes persuadé d'avoir informé le sergent MacPhee de ce qui s'est produit avec le chien et M. Kang-Brown?

R Oui. [tr. procès, p. 133, 134 et 193]

Le sergent MacPhee a témoigné qu'il ne se souvenait pas d'avoir eu une telle conversation et la juge du procès n'a tiré aucune conclusion dans un sens ou dans l'autre à ce sujet. Si, en réalité, les policiers avaient fouillé à l'aide du chien renifleur toutes les personnes qui descendaient de l'autobus, une telle mesure aurait clairement constitué une fouille au hasard et aurait donc été inconstitutionnelle. L'appelant n'a pas trop insisté sur ce point, que je vais donc le laisser de côté.

[82] Le sergent MacPhee, habillé en civil, était assis sur une rampe « d'attache » près de l'autobus qui venait d'arriver. Rien dans son apparence ne permettait de savoir qu'il était un policier. Le

that the appellant looked at him on three occasions over a period of a few minutes, initially an “elongated stare” of a few seconds as the appellant got off the bus, subsequently a “rubberneck” look as the appellant entered the bus station washroom, and thirdly “eye contact” as the appellant came back into view and put on his winter coat. These “indicia” are part of the teaching of the Jetway program. On all three occasions, Sergeant MacPhee, to all outward appearances just a casually dressed individual, was also looking at the appellant. The appellant was given no outward sign that he was in eyeball to eyeball contact with a policeman. Innocent members of the public might find it odd that a complete stranger was sitting on a railing staring at them, and react in different ways.

[83] Exchanging looks in such circumstances may not be of much significance to the RCMP as is shown by another Alberta case, *R. v. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48. In that case, Sergeant (then Constable) Bouey and Sergeant (then Corporal) MacPhee were again teamed up at a bus station. Constable Bouey testified in that case that she found it suspicious that the accused Lam made eye contact with her when she entered the bus; however, she later testified that she would also have found it suspicious if he had *not* made eye contact:

Corporal MacPhee testified that he “felt” Dinh and Lam appeared nervous. He also testified that because the other passengers appeared to have just awakened, and were therefore also delayed in departing from the bus, they did not arouse his suspicion as possible drug couriers.

Upon entering the bus, Constable Bouey had [the sniffer dog] Boh search empty seats near the front of the bus. Dinh and Lam and the other couple were at the back of the bus. Bouey stated that Lam made eye contact with her and although this enhanced her suspicions she acknowledged on cross-examination that she

sergent MacPhee a témoigné que l’appellant l’avait regardé à trois reprises au cours d’une période de quelques minutes, premièrement en lui jetant un [TRADUCTION] « long regard » de quelques secondes alors qu’il descendait de l’autobus, deuxièmement en jetant un « regard vers l’arrière » au moment où il entrait dans les toilettes de la gare et, troisièmement, en « échangeant un regard » avec lui lorsqu’il est réapparu et qu’il a revêtu son manteau d’hiver. Ces « indices » font partie de l’enseignement donné dans le cadre du programme Jetway. À chacune de ces trois occasions, le sergent MacPhee, qui selon toute apparence n’était qu’un individu en tenue décontractée, regardait lui aussi l’appellant. Aucun signe extérieur ne permettait à l’appellant de croire qu’il regardait un policier dans les yeux. Un citoyen innocent pourrait trouver étrange qu’un parfait étranger assis sur une rampe le dévisage et pourrait réagir de différentes façons.

[83] Il se peut que l’échange de regards en pareilles circonstances n’ait pas beaucoup d’importance pour les agents de la GRC, comme en fait foi une autre décision albertaine : *R. c. Dinh* (2001), 284 A.R. 304, 2001 ABPC 48. Dans cette affaire, le sergent Bouey (alors simple agent) et le sergent MacPhee (alors caporal) faisaient là encore équipe dans une gare d’autobus. Dans son témoignage, l’agent Bouey a déclaré qu’elle avait trouvé suspect que l’accusé Lam échange un regard avec elle au moment où elle entrait dans l’autobus; toutefois, elle a par la suite indiqué qu’elle aurait également trouvé suspect qu’il *ne* la regarde *pas* :

[TRADUCTION] Le caporal MacPhee a témoigné qu’il « sentait » que M<sup>me</sup> Dinh et M. Lam étaient nerveux. Il a ajouté qu’il n’avait pas cru que les autres passagers pouvaient être des passeurs de drogue parce qu’ils semblaient venir tout juste de se réveiller et que, pour cette raison, ils tardaient eux aussi à sortir de l’autobus.

En entrant dans l’autobus, l’agent Bouey a fait fouiller par Boh [le chien renifleur] les sièges vides situés dans la partie avant de l’autobus. M<sup>me</sup> Dinh et M. Lam ainsi que l’autre couple prenaient place à l’arrière de l’autobus. L’agent Bouey a dit que M. Lam avait échangé un regard avec elle et, bien que cela ait alimenté ses soupçons, elle

would also have become suspicious if he had not done so. [Emphasis added; paras. 7 and 9.]

If “eye contact” or “no eye contact” are both of concern to the RCMP, this seems an ambiguous basis for particularized suspicion. Everyone getting off the bus will either be making eye contact or not making eye contact. In *Dinh*, the Alberta Court of Appeal excluded the evidence.

[84] Other than “elongated stares” and “rubbernecking”, Sergeant MacPhee testified that the overnight bus from Vancouver was recognized as a courier run (although he conceded that at this point he had no idea where the appellant boarded the bus between Vancouver and Calgary). The origin and destination may well be of significance but, taken alone, of course, does not put everyone on the bus under suspicion. Although the appellant was described as an “East Indian male”, Sergeant MacPhee testified that no racial profiling was involved (R.R., at pp. 52-53). He felt that the appellant had behaved oddly in relation to luggage, firstly by circling the bus to the luggage compartment when he had nothing to retrieve, and secondly by keeping his untagged carry-on bag at shoulder height even though it had no shoulder straps. At that point, Sergeant MacPhee introduced himself to the appellant as a police officer. The most that could be said at that point in terms of objective indicia is that the appellant had been identified as a person of interest to Sergeant MacPhee.

(2) The Period After Identification of Sergeant MacPhee as a Police Officer but Before the Sniffer-Dog Search

[85] As stated earlier, Sergeant MacPhee said to the appellant “Good morning, sir. I’m a police officer out here at the bus terminal. You’re not in any

a reconnu, lors du contre-interrogatoire, qu’elle aurait également trouvé suspect qu’il ne la regarde pas. [Je souligne; par. 7 et 9.]

Si l’« échange de regard » et l’« absence d’échange de regard » présentent tous les deux un intérêt pour les agents de la GRC, cela paraît être une raison obscure d’avoir des soupçons précis. Certaines personnes qui descendent d’un autobus échangeront un regard alors que d’autres ne le feront pas. Dans l’affaire *Dinh*, la Cour d’appel de l’Alberta a écarté la preuve qui lui avait été présentée.

[84] En plus de mentionner les « longs regards » et les « regards vers l’arrière », le sergent MacPhee a témoigné que l’autobus effectuant le trajet de nuit depuis Vancouver était reconnu comme un moyen de transport utilisé par les passeurs de drogue (tout en admettant qu’il n’avait alors aucune idée de l’endroit où l’appelant avait pris l’autobus entre Vancouver et Calgary). Les lieux de départ et de destination peuvent bien avoir de l’importance, mais il est évident qu’à eux seuls ils ne font pas peser des soupçons sur tous les passagers de l’autobus. Bien que l’appelant ait été décrit comme un [TRADUCTION] « homme des Indes orientales », le sergent MacPhee a affirmé qu’aucun profilage racial n’était en cause (d.i., p. 52-53). Il a estimé que l’appelant avait adopté un comportement étrange à l’égard des bagages, premièrement en faisant le tour de l’autobus jusqu’à la soute à bagages alors qu’il n’avait rien à récupérer, et deuxièmement, en portant à l’épaule son sac fourre-tout auquel n’était fixée aucune étiquette d’identification, et ce, même si le sac en question n’était muni d’aucune bandoulière. C’est à ce moment que le sergent MacPhee s’est présenté à l’appelant comme étant un policier. Tout ce qu’on pouvait alors affirmer au sujet des indices objectifs était que le sergent MacPhee avait jugé que l’appelant présentait un intérêt.

(2) La période écoulée à partir du moment où le sergent MacPhee s’est présenté comme étant un policier, mais avant la fouille à l’aide du chien renifleur

[85] Comme nous l’avons vu, le sergent MacPhee s’est adressé à l’appelant en lui disant [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille

sort of trouble and you're free to go at any time. We just talk to people as they are travelling." In cross-examination, Sergeant MacPhee insisted that his statement, "You're not in any sort of trouble" was true (A.R., at p. 79). While the statement "you're free to go at any time" might seem a bit disingenuous, the trial judge found that even if "few people exercise their right of choice by walking away, some do" (para. 43). Sergeant MacPhee pointed out:

. . . -- there is some people that we may just have a few words with, and -- and that's the end of it. And then we carry about our business. We thank them for their time and they carry about their business. [A.R., p. 80]

[86] Sergeant MacPhee acknowledged that his objective from the outset was to obtain the appellant's consent to search the bag. In legal terms, what was in progress was a *Mann*-type investigative stop by police in the absence of any knowledge on their part that a crime had been, was being or was about to be committed, apart from the general reputation of the overnight Vancouver-Calgary bus:

Q . . . there was no tip advising you of Mr. Kang-Brown's presence on that bus?

A No, sir.

Q Okay, and there was no crime in progress that you were investigating?

A No, there was not. [A.R., at pp. 81-82]

The appellant was not detained, as Sergeant MacPhee assured him. He was being engaged in conversation.

[87] In the U.S. cases, production of false identification or travelling under an assumed name is a marker of reasonable suspicion (*United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989)), as is flight from the police or "furtive actions" (*Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968)). Here there was none of that. The

ici à la gare d'autobus. Nous n'avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » En contre-interrogatoire, le sergent MacPhee a tenu à préciser que son affirmation « Nous n'avons rien à vous reprocher » était vraie (d.a., p. 79). Bien que l'affirmation « vous êtes libre de partir en tout temps » puisse paraître manquer quelque peu de sincérité, la juge du procès a conclu que, même si [TRADUCTION] « peu de gens choisissent de partir, il y en a qui le font » (par. 43). Le sergent MacPhee a souligné ceci :

[TRADUCTION] . . . -- il peut arriver que nous échangeons seulement quelques mots avec certaines personnes et -- et que ça s'arrête là. Nous reprenons alors nos activités. Nous les remercions de nous avoir consacré du temps et elles poursuivent leur route. [d.a., p. 80]

[86] Le sergent MacPhee a reconnu que, dès le départ, son objectif était d'obtenir le consentement de l'appellant à la fouille de son sac. Sur le plan juridique, il s'agissait d'une interpellation aux fins d'enquête de type *Mann* que les policiers effectuaient sans savoir — abstraction faite de la réputation générale de l'autobus effectuant le trajet de nuit entre Vancouver et Calgary — si un crime avait été commis, était commis ou était sur le point d'être commis :

[TRADUCTION]

Q . . . vous n'aviez pas été informé que M. Kang-Brown serait à bord de l'autobus?

R Non, monsieur.

Q D'accord, il n'y avait aucun crime en cours sur lequel vous enquêtiez?

R Non, aucun. [d.a., p. 81-82]

L'appellant n'était pas détenu, comme le lui avait assuré le sergent MacPhee. On lui adressait la parole.

[87] Selon la jurisprudence américaine, la production de fausses pièces d'identité ou le fait de voyager sous un nom d'emprunt est de nature à éveiller des soupçons raisonnables (*United States c. Sokolow*, 490 U.S. 1 (1989)), tout comme le sont le fait de fuir les policiers ou les [TRADUCTION]

appellant seemingly cooperated with the police officer (even to the point of starting to unzip his bag until Sergeant MacPhee moved to take control of it). The appellant produced a valid government-issued identification card. There was no attempt to conceal his true identity, a fact which distinguishes this case from *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983).

[88] As its name suggests, the Jetway program originated at U.S. airports. Sergeant MacPhee received his “hands-on” training at Los Angeles International Airport (R.R., at p. 4). Some of the airport “indicia” may have doubtful application at bus stations. For example, Sergeant MacPhee considered significant the appellant’s acknowledgement that he had bought his bus ticket at the “last minute” (R.R., at p. 53). This is a factor developed in the original Jetway program at airports where ordinary travellers usually book air transportation in advance and do not pay for an expensive ticket in cash (see, e.g., *Monney*). I think we can take judicial notice of the fact that people travelling by bus frequently buy their tickets not long before boarding. There is no evidence that cash payments are unusual.

[89] Sergeant MacPhee asked if the appellant would have “any concerns at all to show [him] what [he was] travelling with” in the bag (R.R., at p. 24). At that point, as Sergeant MacPhee testified, he had no reasonable grounds to arrest the appellant or to obtain a search warrant to search the bag or the person. The RCMP practice is to pursue the interview to try to obtain consent. If consent is not forthcoming and suspicion rises to the requisite level, the dog is called in. Otherwise the “suspect” departs.

[90] The appellant moved as if to comply with this suggestion by placing his bag on the floor and starting to unzip it. Sergeant MacPhee then sought

« gestes furtifs » (*Sibron c. New York*, 392 U.S. 40 (1968)). Il n’y avait rien de tout cela en l’espèce. L’appellant semble avoir coopéré avec le policier (même au point de commencer à ouvrir la fermeture éclair de son sac jusqu’à ce que le sergent MacPhee tente de s’en emparer). L’appellant a présenté une carte d’identité valide délivrée par le gouvernement. Il n’a pas tenté de cacher sa véritable identité, ce qui distingue le présent cas de l’affaire *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983).

[88] Comme l’indique son nom, le programme Jetway a pris naissance dans les aéroports américains. Le sergent MacPhee a reçu sa formation pratique à l’aéroport international de Los Angeles (d.i., p. 4). Ce qui constitue un « indice » dans un aéroport n’en est pas nécessairement un dans une gare d’autobus. Par exemple, le sergent MacPhee a jugé significatif le fait que l’appellant a reconnu avoir acheté son billet [TRADUCTION] « à la dernière minute » (d.i., p. 53). Il s’agit là d’un indice conçu dans le cadre du premier programme Jetway qui visait les aéroports où les voyageurs ordinaires réservent habituellement leur vol à l’avance et ne paient pas comptant un billet cher (voir, par exemple, l’arrêt *Monney*). J’estime que la Cour peut prendre connaissance d’office du fait qu’il est fréquent que les personnes qui voyagent en autobus achètent leur billet peu de temps avant de monter à bord. Rien ne prouve que les paiements comptants sont inhabituels.

[89] Le sergent MacPhee a demandé à l’appellant s’il aurait [TRADUCTION] « des objections à [lui] montrer ce qu[’il] transportait » dans son sac (d.i., p. 24). Le sergent MacPhee a témoigné qu’il n’avait alors aucun motif raisonnable d’arrêter l’appellant ou d’obtenir un mandat l’autorisant à le fouiller ou à fouiller son sac. Les agents de la GRC ont coutume de poursuivre l’entretien dans le but d’obtenir un consentement. Si le consentement n’est pas donné et que leurs soupçons augmentent au niveau requis, ils font appel au chien. Dans le cas contraire, le « suspect » s’en va.

[90] L’appellant s’est comporté comme s’il avait l’intention de donner suite à cette demande en déposant son sac et en commençant à en ouvrir la

to take control of the bag and search it himself for “safety” reasons. Even if a police officer were truly proceeding on the basis of officer safety in a *Mann*-type investigative stop, it was held in *Mann* itself that illegal drugs found in a “safety” search were outside the scope of the permitted search. Here it seems evident that Sergeant MacPhee’s real objective was to rummage in the bag for illegal drugs, although officer safety is clearly an important consideration.

[91] As the appellant pulled back his bag, he appeared to Sergeant MacPhee to “panic” and become “very agitated, very antsy” (trial tr., at p. 36). The bag had been on the ground about a minute (R.R., at p. 90). Sergeant MacPhee explained “antsy” as follows:

Antsy was part and parcel with looking around the area, seemed to be fidgeting, seemed to be basically just very -- very nonattentive, very irritated almost, if you want to put it that way about my presence. [A.R., at p. 86]

[92] Sergeant MacPhee, in my view, did not have reasonable suspicion at the time he tried to take control of the appellant’s bag (as indeed Sergeant MacPhee tacitly accepted because he purported to proceed on consent). In fact, Sergeant MacPhee himself testified that the appellant’s “demeanour” changed *after* the RCMP officer reached for the bag:

. . . it was just a total change in demeanor from as soon as I even made the gesture of moving towards that bag it was night and day. It became very almost hostile. Like it was just a total change of demeanor. The super cooperative type of nature he had been, to now all of sudden being very upset. [Emphasis added; R.R., at p. 27.]

The appellant’s opposition to what Sergeant MacPhee readily acknowledged would have been a non-consensual illegal search is not something that according to the U.S. case law should be used against the appellant: *United States v. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (8th Cir. 1999). I agree. Individuals should not be penalized for asserting their constitutional rights. The after-the-fact discovery

fermeture éclair. Le sergent MacPhee a alors tenté de s’emparer du sac et de le fouiller lui-même pour des raisons de « sécurité ». Même si un policier agissait vraiment pour des raisons de sécurité lors d’une interpellation aux fins d’enquête de type *Mann*, il faut garder à l’esprit que la Cour a jugé, dans l’arrêt *Mann* lui-même, que la découverte de drogues illégales lors d’une fouille de « sécurité » excédait la portée de la fouille permise. Bien que la sécurité des policiers soit nettement importante, il semble évident qu’en l’espèce le véritable objectif du sergent MacPhee était de fouiller le sac de l’appelant pour vérifier s’il contenait des drogues illégales.

[91] Il a semblé au sergent MacPhee que l’appelant « s’est affolé » et est devenu « très agité, très nerveux » au moment où il tirait son sac vers lui (tr. procès, p. 36). Le sac reposait sur le sol depuis environ une minute (d.i., p. 90). Le sergent MacPhee a expliqué ainsi ce qu’il entendait par « nerveux » :

[TRADUCTION] Nerveux au sens de regarder partout autour de lui, il semblait agité, il semblait simplement très -- très distrait, presque exaspéré, si on peut s’exprimer ainsi, par ma présence. [d.a., p. 86]

[92] À mon avis, le sergent MacPhee n’avait pas de soupçons raisonnables lorsqu’il a tenté de s’emparer du sac de l’appelant (comme le reconnaissait d’ailleurs tacitement le sergent MacPhee en entendant agir avec le consentement de l’appelant). En fait, le sergent MacPhee a lui-même témoigné que l’« attitude » de l’appelant avait changé *après* qu’il eut tenté de s’emparer du sac de ce dernier :

[TRADUCTION] . . . son attitude a simplement changé du tout au tout dès que j’ai même fait le geste de m’approcher de ce sac; c’était le jour et la nuit. Il est devenu, à peu de chose près, très hostile. Comme s’il avait simplement complètement changé d’attitude. Après s’être montré super coopératif, il est alors devenu soudainement très contrarié. [Je souligne; d.i., p. 27.]

L’objection de l’appelant à ce qui, de l’aveu même du sergent MacPhee, aurait constitué une fouille illégale non consensuelle n’est pas un élément qui, selon la jurisprudence américaine, devrait être utilisé contre l’appelant : *United States c. Eustaquio*, 198 F.3d 1068 (8th Cir. 1999). Je suis du même avis. Les gens ne devraient pas être pénalisés parce qu’ils font valoir leurs droits constitutionnels. La

of illegal drugs does not render constitutional that which at the time was unconstitutional.

[93] The present case may usefully be compared with some of the other decided cases where “reasonable suspicion” has been found to be present. In *R. v. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49, the police and their sniffer dog stood near the entrance to the bus terminal. When the accused spotted the police and the dog, he stopped abruptly, looked behind, looked up and began muttering to himself. He continued and passed five to seven feet in front of the officers, who heard him mutter “fuck, fuck, fuck, fuck” to himself (para. 8).

[94] In *R. v. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93, the police, on a traffic stop, were told by the accused that he had flown to Calgary from Vancouver and rented a car to drive to Toronto for a little holiday to visit relatives. The police officer testified that he thought it suspicious to fly a short distance to Calgary, and then rent a car to drive to Toronto, so he asked the accused if it would not have been quicker to fly. The accused said he could not afford to fly all the way, and relatives were giving him money to fly back. This was suspicious because the cost of the rental vehicle was around \$1,100, and the cost of a flight from Vancouver to Toronto was considerably less.

[95] In the present case, immediately prior to the dog sniff, Sergeant MacPhee himself felt he had no grounds to further engage the appellant:

A No, I thought things were getting very agitated and I just needed basically that dog in forthwith to assist with the search.

Q Were you under the opinion that Mr. Kang-Brown is about to leave?

découverte après coup de drogues illégales ne rend pas conforme à la Constitution une intervention qui ne l’était pas au départ.

[93] On peut comparer utilement la présente affaire à certaines autres décisions où on a conclu à l’existence de « soupçons raisonnables ». Dans l’affaire *R. c. McCarthy* (2005), 239 N.S.R. (2d) 23, 2005 NSPC 49, les policiers et leur chien renifleur se tenaient près de l’entrée de la gare d’autobus. Lorsque l’accusé a repéré les policiers et le chien, il s’est soudainement immobilisé, a regardé derrière lui, puis il a levé les yeux et s’est mis à marmonner. Il a poursuivi sa route et est passé cinq à sept pieds devant les policiers, qui l’ont entendu marmonner [TRADUCTION] « merde, merde, merde, merde » (par. 8).

[94] Dans l’affaire *R. c. Schrenk* (2007), 215 Man. R. (2d) 212, 2007 MBQB 93, lors d’un contrôle routier, l’accusé avait dit aux policiers qu’il avait pris l’avion à Vancouver pour se rendre à Calgary et qu’il avait ensuite loué une voiture pour se rendre à Toronto où il ferait une courte visite à des membres de sa famille. Le policier a témoigné qu’il avait trouvé suspect que l’accusé ait pris l’avion pour faire le court trajet entre Vancouver et Calgary, et qu’il ait ensuite loué une voiture pour se rendre à Toronto, et qu’il lui avait donc demandé s’il n’aurait pas été plus rapide de prendre l’avion. L’accusé a répondu qu’il n’avait pas les moyens de faire tout le trajet en avion et que les membres de sa parenté lui donneraient de l’argent pour qu’il puisse revenir en avion. Ces explications étaient suspectes étant donné que le coût de location d’une voiture était d’environ 1 100 \$, alors que le prix du billet d’avion Vancouver-Toronto était beaucoup moins élevé.

[95] En l’espèce, juste avant l’intervention du chien renifleur, le sergent MacPhee croyait lui-même qu’il n’avait aucun motif de retenir d’avantage l’appelant :

[TRADUCTION]

R Non, j’ai pensé que la situation devenait très tendue et que j’avais tout simplement besoin immédiatement du chien pour procéder à la fouille.

Q Pensiez-vous que M. Kang-Brown s’apprêtait à partir?

A Well, he would have, yes. Probably.

Q Okay, and you would have let him go?

A Yes. [A.R., at p. 95]

[96] The Crown is thus left with the argument that the search was justified because the appellant seemed nervous or “antsy” when confronted by the RCMP officer. I do not think that on its own this is a sufficient marker of unusual conduct to afford grounds of reasonable suspicion, nor taken with the other factors (or “indicia”) mentioned by Sergeant MacPhee does it, in my opinion, reach that level.

[97] Accordingly, I conclude that Sergeant MacPhee did not have grounds for reasonable suspicion at the time the dog was called. To repeat, where the citizen’s only protection against unlawful searches by police dogs is after-the-fact scrutiny of the stated grounds of “reasonable suspicion”, it is important that the after-the-fact judicial scrutiny be conducted with serious diligence and rigour.

### (3) The Sniff Search

[98] The alert by the sniffer dog resulted in the immediate arrest of the appellant. The sniff search was conducted without reasonable suspicion. There were no valid grounds for the arrest.

### (4) Search of the Appellant’s Bag

[99] Had I concluded that the dog-sniff search was based on reasonable suspicion, I would have agreed that Chevy’s positive alert would have given the police the grounds to proceed on the spot with a warrantless search of the appellant’s bag, as discussed in *A.M.*, because of Chevy’s demonstrated accuracy 90 to 92 percent of the time. Sergeant MacPhee says he based his actions on

... a lot of factors pertaining to the history and the training and the background of the animal.

R Bien, il l’aurait fait, oui. Probablement.

Q D’accord, et vous l’auriez laissé aller?

R Oui. [d.a., p. 95]

[96] Reste donc au ministère public l’argument selon lequel la fouille était justifiée parce que l’appelant semblait tendu ou « nerveux » au moment où il faisait face à l’agent de la GRC. Je ne crois pas qu’il s’agit là d’un indice de comportement inhabituel qui est suffisant en soi pour éveiller des soupçons raisonnables, ni que cet indice, pris avec les autres facteurs (ou « indices ») mentionnés par le sergent MacPhee, justifie de tels soupçons.

[97] Par conséquent, je conclus que le sergent MacPhee n’était pas justifié d’avoir des soupçons raisonnables au moment où il a fait appel au chien. Comme je l’ai déjà dit, lorsque la seule protection dont un citoyen bénéficie contre les fouilles abusives effectuées à l’aide d’un chien policier est un examen après le fait des motifs invoqués à l’appui des « soupçons raisonnables », il importe que les tribunaux effectuent cet examen d’une manière très diligente et rigoureuse.

### (3) La fouille effectuée à l’aide du chien renifleur

[98] L’indication donnée par le chien renifleur a entraîné l’arrestation immédiate de l’appelant. La fouille à l’aide du chien renifleur a été effectuée en l’absence de soupçons raisonnables. L’arrestation a été effectuée sans motifs valables.

### (4) La fouille du sac de l’appelant

[99] Si j’avais conclu que la fouille à l’aide du chien renifleur a été effectuée sur la foi de soupçons raisonnables, j’aurais également convenu, comme je l’explique dans l’arrêt *A.M.*, que l’indication positive donnée par Chevy aurait justifié les policiers à procéder sur-le-champ à une fouille du sac de l’appelant, compte tenu du fait que Chevy était fiable 90 à 92 pour 100 du temps. Le sergent MacPhee dit avoir agi sur la foi de

[TRADUCTION] ... nombreux facteurs relatifs à l’histoire, au dressage et aux antécédents de l’animal.

Q Of the animal?

A Yes. [A.R., at p. 83]

The RCMP accept that different dogs possess different abilities and track records and that “sniffer dogs” are not interchangeable. Proof must be made of the accuracy of a particular animal before police reliance is justified. This is another matter that should be established in the evidence (as it was here).

(5) Conclusion

[100] The accuracy of Chevy, while high, showed that in 100 searches she would register a false positive against 8 or 10 law-abiding citizens. This may seem like a modest figure unless you happen to be one of them. Neither the sniff search nor the arrest can be upheld just because we now know with the benefit of hindsight that contraband *was* eventually *discovered* by Constable Ritchie *after* the arrest.

[101] Sergeant Bouey acknowledged that the dog alerts to the odour of narcotics, not to their actual presence. Ordinary currency and coins sometimes carry a residual odour of cocaine or other drugs. Accordingly, I believe the arrest of the appellant in this case was in any event premature. The police should first have confirmed the presence of narcotics by a hand search of the gym bag. In my view, if reasonable cause had existed, and given the positive alert and Chevy’s history of accuracy, the RCMP would have been entitled to perform such a verification search on-the-spot and without prior judicial authorization, as discussed in *A.M.*

(6) Exclusion of the Evidence Under Section 24(2)

[102] The trial judge held that even if there had been a *Charter* violation she would have exercised

Q De l’animal?

R Oui. [d.a., p. 83]

La GRC reconnaît que les chiens n’ont pas tous les mêmes capacités et le même taux de réussite, et que les « chiens renifleurs » ne sont pas interchangeables. La fiabilité d’un animal doit être prouvée pour démontrer que les policiers sont justifiés de faire appel à cet animal. Il s’agit d’un autre élément qui doit être établi par la preuve (comme cela a été fait en l’espèce).

(5) Conclusion

[100] Il a été démontré qu’en dépit de sa grande fiabilité Chevy donnerait, sur 100 fouilles effectuées, une fausse indication positive à l’égard de 8 à 10 citoyens respectueux des lois. Ces chiffres peuvent sembler peu élevés, sauf si vous êtes l’un des citoyens touchés. Ni la fouille effectuée à l’aide d’un chien renifleur, ni l’arrestation ne peuvent être jugées valides simplement parce qu’avec le recul nous savons maintenant que l’agent Ritchie *a* finalement *découvert* des substances interdites *après* l’arrestation.

[101] Le sergent Bouey a reconnu que le chien indique qu’il a détecté l’odeur d’un stupéfiant et non la présence d’une telle substance. Il arrive que de simples billets de banque et pièces de monnaie dégagent une odeur résiduelle de cocaïne ou d’une autre drogue. J’estime donc qu’en l’espèce l’arrestation de l’appelant était en tout état de cause prématurée. Les policiers auraient d’abord dû confirmer la présence d’un stupéfiant en fouillant manuellement le sac de sport. J’estime que, en raison de l’indication positive donnée par Chevy et de la fiabilité qu’il a démontrée dans le passé, les agents de la GRC auraient pu, s’ils avaient eu des motifs raisonnables, procéder sur-le-champ à une telle fouille aux fins de vérification sans devoir préalablement obtenir une autorisation judiciaire, comme je l’explique dans l’arrêt *A.M.*

(6) Exclusion de la preuve en application du par. 24(2)

[102] La juge du procès a conclu que, même s’il y avait eu violation de la *Charte*, elle aurait exercé

her discretion to admit the evidence. Her decision in this respect should not be interfered with on appeal unless it was based on a wrong principle or had been exercised unreasonably: *Collins*, at p. 276; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 48.

[103] In my view, as in the opinion of Paperny J.A., dissenting, the trial judge erred in principle by incorporating and relying on much of her privacy analysis (with which I am in disagreement) in her s. 24(2) analysis, thereby engaging in a species of double-counting, and undermining the deference that would otherwise be owed to her conclusion to admit the evidence. For example, at para. 87 of her reasons, the trial judge states:

Mr. Kang-Brown has not established that he had a high expectation of privacy in the circumstances. He did not testify to a subjective belief, and, while the Crown was not able to fix him with knowledge of the notice posted in Greyhound bus stations since 2001, it is disingenuous to suggest that a higher degree of privacy attaches to bus passengers travelling within Canada than to travellers on planes or trains. Terrorism activity is not limited to cross-border travel, as the world has sadly learned, and there is no reasonable basis for making this distinction.

The trial judge having been reversed on that aspect of her privacy analysis (for the reasons set out in *A.M.*), the trial judge's continuing denial of a serious privacy interest should not be resuscitated as an independent ground to help the Crown over its s. 24(2) hurdle.

[104] While I agree that the evidence obtained in the illegal search was non-conscriptive, and was found by the trial judge to have been obtained by the RCMP in good faith, I agree with Paperny J.A. that the evidence obtained in this case should be excluded. The administration of justice would be brought into disrepute if the police, possessing an

son pouvoir discrétionnaire d'admettre la preuve. Sa décision à cet égard ne doit pas être modifiée en appel à moins qu'elle soit déraisonnable ou fondée sur un principe erroné : *Collins*, p. 276; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 48.

[103] À l'instar de la juge Paperny, dissidente, j'estime que la juge du procès a commis une erreur de principe en s'appuyant dans une large mesure sur l'analyse du droit à la vie privée (auquel je ne souscris pas) qu'elle effectue dans son examen du par. 24(2), et en se livrant ainsi à une sorte de double prise en compte, ce qui a pour effet de miner la déférence à laquelle aurait par ailleurs droit sa décision d'admettre la preuve. Par exemple, au par. 87 de ses motifs, elle affirme :

[TRADUCTION] Monsieur Kang-Brown n'a pas établi que, dans les circonstances, il avait des attentes élevées en matière de vie privée. Il n'a pas invoqué une croyance subjective dans son témoignage et, bien que le ministère public ait été incapable de démontrer que M. Kang-Brown avait pris connaissance de l'avis affiché dans les gares d'autobus Greyhound depuis 2001, il est fallacieux de prétendre que les personnes qui voyagent en autobus au Canada ont des attentes plus élevées en matière de vie privée que celles qui voyagent en avion ou en train. Comme le monde l'a tristement appris, les activités terroristes ne se limitent plus aux déplacements transfrontaliers, et il n'y a aucun motif raisonnable d'établir cette distinction.

Étant donné que la décision de la juge du procès a été infirmée en ce qui concerne cet aspect de son analyse du droit à la vie privée (et ce, pour les motifs énoncés dans l'arrêt *A.M.*), son refus constant de reconnaître l'existence d'un droit sérieux à la vie privée ne devrait pas être à nouveau invoqué comme moyen indépendant d'aider le ministère public à surmonter l'obstacle posé par le par. 24(2).

[104] Bien que je convienne que la preuve résultant de la fouille illégale n'a pas été obtenue par mobilisation de l'appelant contre lui-même et qu'elle a été recueillie de bonne foi par les agents de la GRC, comme l'a conclu la juge du procès, je souscris à l'opinion de la juge Paperny selon laquelle il y a lieu d'écarter la preuve obtenue en l'espèce.

exceptional power to conduct a search on the condition of the existence of reasonable suspicion, and having acted in this case without having met the condition precedent, were in any event to succeed in adducing the evidence. Drug trafficking is a serious matter, but so are the constitutional rights of the travelling public. In the sniffer-dog cases, the police are given considerable latitude to act *in the absence of any requirement of prior judicial authorization*. The only effective check on that authority is the after-the-fact independent assessment. I conclude that the police initiated a warrantless search on inadequate grounds. In my view, on the facts here, the evidence should be excluded.

[105] I would allow the appeal and set aside the conviction.

The reasons of Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

[106] DESCHAMPS J. (dissenting) — For decades, trained dogs have aided the police in detecting explosives and narcotics as well as in finding fugitives and missing persons. Owing to their keen sense of smell and high degree of accuracy, they are well suited for these important tasks. However, the effectiveness of a law enforcement tool is only one of many factors to be considered in determining whether its use is constitutional. This is the first opportunity this Court has had to consider the constitutionality of the use of a sniffer dog by law enforcement authorities.

[107] The appellant, Gurmakh Kang-Brown, was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking, and possession of heroin. The trial judge found that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been infringed, and convicted the appellant ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608). The majority of the Alberta Court of Appeal agreed, and affirmed the convictions

L'administration de la justice serait déconsidérée si les policiers — qui ont le pouvoir exceptionnel de procéder à une fouille ou à une perquisition à la condition d'avoir des soupçons raisonnables, mais qui ont agi en l'espèce sans respecter cette condition préalable — devaient en tout état de cause réussir à présenter la preuve en question. Le trafic de stupéfiants est une question sérieuse, mais la question des droits constitutionnels des voyageurs l'est tout autant. Dans les affaires relatives aux chiens renifleurs, les policiers disposent d'une grande latitude pour agir *en l'absence d'exigence d'autorisation judiciaire préalable*. L'appréciation indépendante après le fait constitue effectivement le seul moyen de contrôler ce pouvoir. Je conclus que les policiers ont procédé à une fouille sans mandat pour des motifs insuffisants. J'estime que, compte tenu des faits de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve.

[105] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Deschamps et Rothstein rendus par

[106] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Depuis des décennies, des chiens dressés aident les policiers à détecter les explosifs et les stupéfiants ainsi qu'à trouver les fugitifs et les personnes disparues. Ils se prêtent bien à ces tâches importantes en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité. Toutefois, l'efficacité d'un outil d'application de la loi n'est que l'un des nombreux facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la constitutionnalité de son utilisation. C'est la première fois que notre Cour a l'occasion d'examiner la constitutionnalité de l'utilisation d'un chien renifleur par les autorités chargées d'appliquer la loi.

[107] L'appelant, M. Gurmakh Kang-Brown, a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne. La juge du procès l'a déclaré coupable après avoir conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608). Les juges majoritaires de la Cour d'appel de

((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199). In my view, the use of a sniffer dog to check the appellant's bag in a public bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered was proper and did not constitute an unreasonable search or seizure. Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

[108] This case was heard together with *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19, in which the police used a sniffer dog to check the unattended backpack of a student in a high school with a zero-tolerance policy for drugs. There are several common issues in these two cases. Unlike in *A.M.*, however, the facts of the instant case also raise the issues of a reasonable expectation of privacy engaging s. 8 of the *Charter*, and reasonable suspicion. It is thus better suited to legal analysis. In the interest of concision, therefore, the main legal propositions at issue in both cases are set out in these reasons.

### 1. Facts

[109] The Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") launched Operation Jetway to investigate and disrupt ongoing narcotics trafficking at bus terminals, train stations and airports in Canada. By observing members of the travelling public, officers attempt to identify and arrest drug couriers and people carrying weapons, proceeds of crime, or other contraband. In performing this task, they use dogs trained to detect the odours of controlled substances.

[110] The dog involved in this case, named "Chevy", was a female Black Labrador that had at the time been in active service for 22 months. She was trained to indicate, by sitting down, that

l'Alberta ont partagé cet avis et ont confirmé les déclarations de culpabilité ((2006), 60 Alta. L.R. (4th) 223, 2006 ABCA 199). J'estime que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac de l'appelant dans une gare d'autobus — sur la foi de soupçons raisonnables que la preuve de l'existence d'une infraction serait découverte — était appropriée et ne constituait pas une fouille, perquisition ou saisie abusive. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

[108] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, dans laquelle les policiers avaient utilisé un chien renifleur pour vérifier le sac à dos qu'un élève avait laissé sans surveillance dans une école secondaire où était appliquée une politique de tolérance zéro en matière de drogue. Ces deux affaires soulèvent plusieurs questions communes. Toutefois, à la différence de l'affaire *A.M.*, les faits en l'espèce soulèvent également la question de l'attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 de la *Charte*, et celle des soupçons raisonnables. Le présent pourvoi se prête donc mieux à une analyse juridique. Par souci de concision, les principales thèses juridiques en cause dans les deux affaires sont énoncées dans les présents motifs.

### 1. Les faits

[109] La Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») a lancé l'opération Jetway pour enquêter sur le trafic de stupéfiants dans les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les aéroports au Canada, et interrompre ce trafic. Les policiers observent les voyageurs afin de repérer et d'arrêter les passeurs de drogue et les personnes qui transportent des armes, des produits de la criminalité ou d'autres marchandises de contrebande. Pour s'acquitter de cette tâche, ils utilisent des chiens dressés à détecter l'odeur de substances réglementées.

[110] Le chien dont il est question en l'espèce était une femelle labrador noire, nommée Chevy, qui, à l'époque, était en service actif depuis 22 mois. Elle était dressée pour indiquer, en se mettant

she had detected the odours of any of the following drugs: cannabis resin, methamphetamine, opium, heroin, psilocybin (“magic mushrooms”), cocaine and crack cocaine. Chevy appears to have been very successful as a sniffer dog, as she had a success rate in detecting drugs of 90 to 92 percent. By May 2003, she had discovered illicit drugs having a total street value of nearly \$6 million (R.F., at p. 2).

[111] On January 25, 2002, the overnight bus from Vancouver to Calgary arrived at the Greyhound bus terminal at about 11:00 in the morning. Dressed in plain-clothes, Sergeant Iain MacPhee, a police officer with over 26 years of experience, was in charge of a three-member team from the Jetway Unit. He observed passengers disembarking from the bus, which was parked in an arrival lane of the Greyhound garage, from a railing about eight feet away. Passengers who had only hand luggage or were continuing on their trips walked to the exit doors and into the terminal lobby, while those who had stowed luggage and had reached their final destinations waited beside the bus to claim their bags.

[112] Sergeant MacPhee immediately became interested in the appellant as he got off the bus, because they made eye contact for several seconds in an “elongated stare” that Sergeant MacPhee had been trained to notice as suspicious behaviour. The appellant had a bag with two handles, but he carried it high on his shoulder. Unlike the other passengers, the appellant, although standing beside the bus, did not look at the bags being unloaded. He then went around the bus in a different direction from the other passengers to stand about 10 to 15 feet behind Sergeant MacPhee.

[113] Sergeant MacPhee signalled to the other two plain-clothes officers, Constable Gary Michael Ritchie and Sergeant Valerie L. Bouey, who were observing passengers from the front of the bus, that

en position assise, qu’elle avait détecté l’odeur de l’une ou l’autre des drogues suivantes : la résine de cannabis, la méthamphétamine, l’opium, l’héroïne, la psilocybine (« champignons magiques »), la cocaïne et le crack. Chevy semble avoir été un chien renifleur très efficace étant donné que son taux de réussite en matière de détection de drogue était de 90 à 92 pour 100. Au mois de mai 2003, la valeur de revente des drogues illicites qu’elle avait découvertes totalisait près de six millions de dollars (m.i., p. 2).

[111] Le 25 janvier 2002, l’autobus qui effectue le trajet de nuit entre Vancouver et Calgary est arrivé à la gare d’autobus Greyhound vers 11 h. Habillé en civil, le sergent Iain MacPhee, un policier comptant plus de 26 ans d’expérience, était responsable d’une équipe de trois membres de l’unité Jetway. Il observait, à partir d’une rampe située environ huit pieds plus loin, les passagers qui descendaient de l’autobus stationné dans un couloir d’arrivée du garage Greyhound. Les passagers qui n’avaient que des bagages à main ou qui poursuivaient leur voyage se dirigeaient vers les portes de sortie et se rendaient dans le hall de la gare, tandis que ceux qui étaient arrivés à destination et dont les bagages étaient rangés dans la soute à bagages attendaient à côté de l’autobus pour les récupérer.

[112] L’appelant a retenu l’attention du sergent MacPhee dès qu’il est descendu de l’autobus, du fait qu’ils ont échangé pendant plusieurs secondes un [TRADUCTION] « long regard » que le sergent MacPhee avait été formé à percevoir comme un comportement suspect. L’appelant avait un sac à deux poignées, qu’il portait toutefois à l’épaule. Il était debout à côté de l’autobus, mais, à la différence des autres passagers, il ne regardait pas les bagages qui étaient déchargés. Il a ensuite fait le tour de l’autobus, dans une direction différente de celle empruntée par les autres passagers, et s’est retrouvé à environ 10 à 15 pieds derrière le sergent MacPhee.

[113] Le sergent MacPhee a signalé aux deux autres policiers en civil, l’agent Gary Michael Ritchie et le sergent Valerie L. Bouey qui observaient les passagers depuis l’avant de l’autobus,

he was watching the appellant. As the mass of passengers entered the terminal lobby through a single door, Sergeant MacPhee periodically looked over his shoulder to observe the appellant.

[114] After momentarily losing sight of the appellant, Sergeant MacPhee, upon entering the lobby, spotted him walking towards the washroom. About 10 feet from the washroom door, the appellant stopped, turned around, and stared at Sergeant MacPhee, who was some 25 feet behind him. This “rubbernecking” was another suspicious sign Sergeant MacPhee had been trained to notice.

[115] The appellant entered the washroom and then returned to the terminal lobby. He adjusted his clothes and looked around the lobby. He again made eye contact with Sergeant MacPhee. After Sergeant MacPhee broke off eye contact with him, the appellant began to move towards the building exit. Sergeant MacPhee followed him, having decided to monitor him until he had exited the terminal.

[116] Just before reaching the exit, the appellant stopped and again turned to face Sergeant MacPhee, who went past him through the first set of exit doors, which opened automatically. As the appellant followed and entered the foyer, Sergeant MacPhee turned and, standing to one side, identified himself to the appellant, displaying his identification card and badge. Sergeant MacPhee stated: “Good morning, sir. I’m a police officer out here at the bus terminal. You’re not in any sort of trouble and you’re free to go at any time. We just talk to people as they are travelling.” The appellant responded: “Okay.”

[117] The appellant and Sergeant MacPhee discussed where the appellant had travelled from, the length of his trip, and the weather. At some point during their conversation, the appellant put his bag down. He voluntarily produced his identification on request. Constable Ritchie joined Sergeant MacPhee

qu’il surveillait l’appelant. Pendant que la plupart des passagers gagnaient le hall de la gare par la même porte, le sergent MacPhee regardait régulièrement par-dessus son épaule pour observer l’appelant.

[114] Après l’avoir momentanément perdu de vue, le sergent MacPhee a, en entrant dans le hall de la gare, vu l’appelant se diriger vers les toilettes. Alors qu’il se trouvait à environ 10 pieds de la porte des toilettes, l’appelant s’est immobilisé, s’est retourné et a fixé du regard le sergent MacPhee qui se trouvait quelque 25 pieds derrière lui. Ce « regard vers l’arrière » était un autre signe que le sergent MacPhee avait appris à considérer comme suspect.

[115] L’appelant est entré dans les toilettes et est ensuite revenu dans le hall de la gare. Il a ajusté ses vêtements et jeté un coup d’œil dans le hall. Son regard a de nouveau croisé celui du sergent MacPhee. Après que ce dernier eut détourné le regard, l’appelant a commencé à se diriger vers la sortie de l’édifice. Le sergent MacPhee, qui avait décidé de le surveiller jusqu’à ce qu’il sorte de la gare, l’a suivi.

[116] Juste avant d’atteindre la sortie, l’appelant s’est immobilisé et s’est de nouveau tourné vers le sergent MacPhee, qui l’a devancé en passant par la première série de portes de sortie, qui s’ouvraient automatiquement. Au moment où l’appelant gagnait à son tour le vestibule, le sergent MacPhee s’est retourné et, se plaçant de côté, il s’est présenté à l’appelant en lui montrant sa carte d’identité et son insigne. Le sergent MacPhee a dit : [TRADUCTION] « Bonjour monsieur. Je suis un policier qui travaille ici à la gare d’autobus. Nous n’avons rien à vous reprocher et vous êtes libre de partir en tout temps. Nous ne faisons que parler aux voyageurs. » L’appelant a répondu « D’accord. »

[117] Le sergent MacPhee et l’appelant ont parlé de l’endroit d’où était parti ce dernier, de la durée de son voyage et du temps qu’il faisait. À un moment donné pendant leur conversation, l’appelant a déposé son sac. Il a volontairement produit une pièce d’identité lorsqu’on lui a demandé de le

and the appellant in the foyer at this point. Sergeant MacPhee asked the appellant how long he would be in Calgary. The appellant responded that he would be staying for the weekend and that his cousin had just become engaged. While the tone was cordial, Sergeant MacPhee later testified that he had noticed the appellant was becoming “increasingly antsy” and uncomfortable as the conversation continued.

[118] Sergeant MacPhee asked the appellant when he had bought his ticket and was told that it had been purchased at the last minute. Sergeant MacPhee then indicated that he worked primarily on narcotics investigations, and he told the appellant that drug couriers often come through the bus terminal with large quantities of drugs and get charges laid against them. Sergeant MacPhee asked the appellant if he was carrying any drugs and the appellant denied that he was. The appellant then picked up his bag and put it over his shoulder. Sergeant MacPhee asked if there were drugs in the bag and then asked the appellant if he would show him what was in it. The appellant put the bag down and began to open it as Sergeant MacPhee said “Thanks, sir. You’re certainly not obliged to, to show me but thanks” (A.R., at p. 90).

[119] Sergeant MacPhee knelt down as the appellant unzipped the bag and said “Just an officer safety thing here, do you mind?” as he gestured towards the bag (R.R., at pp. 24-25). Sergeant MacPhee testified that he was trying to take control of the situation to ensure that he would not face a firearm or other weapon taken out of the bag. Before Sergeant MacPhee could touch the bag, the appellant pulled it away, saying “What are you doing?” Sergeant MacPhee testified that the appellant was very agitated and panicked at this juncture.

[120] Sergeant MacPhee then signalled to the third plain-clothes officer, Sergeant Bouey, who

faire. C’est à ce moment que l’agent Ritchie s’est joint au sergent MacPhee et à l’appelant dans le vestibule. Le sergent MacPhee a demandé à l’appelant combien de temps il séjournerait à Calgary. L’appelant a répondu qu’il y passerait la fin de semaine et que son cousin venait de se fiancer. Bien que le ton ait été cordial, le sergent MacPhee a par la suite déclaré qu’il avait remarqué qu’au fur et à mesure que la conversation progressait l’appelant devenait [TRADUCTION] « de plus en plus nerveux » et mal à l’aise.

[118] Au sergent MacPhee qui lui demandait quand il avait acheté son billet, l’appelant a répondu qu’il l’avait acheté à la dernière minute. Le sergent MacPhee a alors indiqué que son travail consistait principalement à mener des enquêtes en matière de stupéfiants, et il a dit à l’appelant que des passeurs de drogue transitent souvent par la gare d’autobus avec de grandes quantités de drogues et qu’ils font l’objet d’accusations. Le sergent MacPhee a demandé à l’appelant s’il transportait de la drogue et ce dernier lui a répondu par la négative. L’appelant a alors ramassé son sac et l’a glissé sur son épaule. Le sergent MacPhee lui a demandé s’il y avait de la drogue dans le sac en question et s’il accepterait de lui en montrer le contenu. L’appelant a déposé le sac et a commencé à l’ouvrir alors que le sergent MacPhee lui disait [TRADUCTION] « Merci monsieur. Vous n’êtes sûrement pas obligé de me montrer, mais je vous en remercie » (d.a., p. 90).

[119] Le sergent MacPhee s’est agenouillé au moment où l’appelant ouvrait la fermeture éclair du sac et a dit, en faisant un geste vers le sac, [TRADUCTION] « Simple mesure de sécurité de la part d’un policier, vous n’avez pas d’objections? » (d.i., p. 24-25) Le sergent MacPhee a témoigné qu’il s’efforçait de maîtriser la situation de manière à s’assurer qu’aucune arme à feu ou autre arme ne serait sortie du sac et braquée sur lui. Avant que le sergent MacPhee puisse toucher le sac, l’appelant l’a retiré en demandant « Que faites-vous? » Le sergent MacPhee a affirmé que l’appelant était alors très agité et affolé.

[120] Le sergent MacPhee a ensuite fait signe au troisième policier en civil, le sergent Bouey — qui

was about 40 feet away in the terminal lobby with the dog, to come over. Sergeant MacPhee testified that the appellant was visibly upset, and shaking, as Sergeant Bouey and the dog arrived.

[121] Upon entering the foyer, the dog immediately sat down to indicate the presence of one of the narcotics she was trained to detect. Sergeant MacPhee confirmed the positive indication with the dog's handler, Sergeant Bouey.

[122] Sergeant MacPhee then told the appellant that he was under arrest for possession of and/or trafficking in a controlled substance and advised him of his rights. After indicating that he understood his rights, the appellant said "Yeah, yeah, but there's nothing there. I smoked a joint a while ago. That's about it." He then pulled a breath mint container out of his jeans pocket and took out what was later determined to be heroin, saying it was "something a guy gave me on the bus" (A.R., at p. 96.1). Meanwhile, Constable Ritchie had begun searching the appellant's bag (which had no identification tags on it) immediately after the arrest and had found a box taped shut at the bottom of the bag under some clothing. There was a brown paper bag in the box, and in it were two plastic bags containing 17 ounces of cocaine. The appellant was charged with possession of cocaine for the purpose of trafficking, and possession of heroin.

[123] At trial, Romaine J. dismissed the appellant's application under ss. 8, 9, 10 and 24(2) of the *Charter* to exclude evidence of the cocaine seized from his bag by the police. Considering the evidence as a whole in light of the totality of the circumstances, she found that the police had begun questioning the appellant at an appropriate stage of the investigation and that, if he was in fact detained, an investigative detention was justified by a reasonable suspicion. Romaine J. did not find that the use of the sniffer dog was a search incidental to an investigative detention. Rather, she held that the odours from the bag, which emanated freely in a public

se trouvait environ 40 pieds plus loin dans le hall de la gare avec le chien — de s'amener. Le sergent MacPhee a déclaré que l'appelant était visiblement contrarié et tremblait lorsque le sergent Bouey et le chien sont arrivés.

[121] Dès son entrée dans le vestibule, le chien s'est mis en position assise pour indiquer la présence d'un stupéfiant qu'il avait été dressé à détecter. Le sergent MacPhee a confirmé cette indication positive avec le maître-chien, le sergent Bouey.

[122] Le sergent MacPhee a alors informé l'appelant qu'il était en état d'arrestation pour possession ou trafic d'une substance réglementée, ou les deux à la fois, et il l'a informé de ses droits. Après avoir indiqué qu'il comprenait quels étaient ses droits, l'appelant a ajouté [TRADUCTION] « Ouais, ouais, mais il n'y a rien là. J'ai fumé un joint il y a quelque temps. C'est à peu près tout. » Il a ensuite tiré de sa poche de jeans un contenant de pastilles à la menthe, et en a sorti ce qui a par la suite été jugé comme étant de l'héroïne, en disant que c'était « quelque chose qu'un gars [lui avait] donné dans l'autobus » (d.a., p. 96.1). Entre-temps, l'agent Ritchie avait commencé à fouiller le sac de l'appelant (auquel n'était fixée aucune étiquette d'identification) immédiatement après la mise en état d'arrestation et avait découvert au fond du sac, sous des vêtements, une boîte fermée à l'aide de ruban adhésif. Dans cette boîte, il y avait un sac en papier brun contenant deux sacs en plastique dans lesquels se trouvaient 17 onces de cocaïne. L'appelant a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne.

[123] Au procès, la juge Romaine a rejeté la demande fondée sur les art. 8, 9 et 10 ainsi que le par. 24(2) de la *Charte*, que l'appelant avait présentée dans le but de faire écarter la preuve constituée de la cocaïne que les policiers avaient saisie dans son sac. Considérant la preuve comme un tout eu égard à l'ensemble des circonstances, la juge a estimé que les policiers avaient commencé à questionner l'appelant au bon moment au cours de leur enquête et que, si ce dernier avait été effectivement détenu, des soupçons raisonnables en justifiaient la détention aux fins d'enquête. La juge Romaine n'a pas conclu que l'utilisation du chien renifleur constituait

transportation facility, did not constitute information in which the appellant had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 of the *Charter* was accordingly not engaged. It was therefore unnecessary for Romaine J. to consider excluding the evidence under s. 24(2). She nonetheless indicated that if she had found a *Charter* infringement, she would not have excluded the evidence.

[124] The majority of the Alberta Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, upholding the trial judge's decision that there was no *Charter* infringement. Côté J.A., for the majority, noted that it had been conceded at trial and on appeal that if the drug evidence were to be admitted, a conviction would be proper.

[125] Paperny J.A. dissented on the basis of the trial judge's analysis of ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. She found that the appellant had had a reasonable expectation of privacy in respect of the odours emanating from his personal luggage. Paperny J.A. concluded that because the sniffer dog was used without a warrant and no exigent circumstances were established, the appellant's s. 8 rights were infringed. She would have excluded the evidence under s. 24(2) and would thus have allowed the appeal and entered an acquittal.

## 2. Issues

[126] The issues in this appeal are whether the appellant's right to be secure against unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter* was infringed in the circumstances of this case and, if so, whether the evidence obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[127] The Crown has not argued that there was statutory authority for the use of the sniffer dog

une fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. Elle a plutôt jugé que les odeurs provenant du sac, qui s'échappait librement dans un établissement de transport public, ne constituaient pas un renseignement à l'égard duquel l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée, et que l'art. 8 de la *Charte* ne s'appliquait donc pas. Par conséquent, il n'était pas nécessaire que la juge Romaine se demande s'il y avait lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2). Elle a néanmoins indiqué que, si elle avait conclu à l'existence d'une violation de la *Charte*, elle n'aurait pas écarté la preuve en question.

[124] La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, a rejeté l'appel de l'appelant et confirmé la décision de la juge du procès selon laquelle il n'y avait eu aucune violation de la *Charte*. Le juge Côté, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a souligné qu'au procès et en appel il avait été reconnu qu'une déclaration de culpabilité serait appropriée si la drogue devait être admise en preuve.

[125] La juge Paperny a fondé sa dissidence sur l'analyse que la juge du procès avait effectuée de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*. Selon elle, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des odeurs émanant de ses bagages personnels. La juge a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 8 du fait que le chien renifleur avait été utilisé sans mandat préalable et que l'existence d'une situation d'urgence n'avait pas été établie. Elle aurait écarté la preuve en application du par. 24(2) et aurait, par conséquent, accueilli l'appel et prononcé un verdict d'acquiescement.

## 2. Questions en litige

[126] Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de la présente affaire, il y a eu atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve obtenue devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[127] Le ministère public n'a pas prétendu qu'un texte législatif autorisait le recours au chien renifleur

in this case or, alternatively, that the dog was used in an *incidental* search (i.e., a search incidental to arrest or to an investigative detention). Therefore, we must consider whether the use of a sniffer dog by the police as an *independent* investigative tool in this case was authorized at common law pursuant to principles developed in accordance with the requirements of the *Charter*.

### 3. Analysis

[128] The *Charter* provision raised in this appeal reads as follows:

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

[129] The appellant claims that his right to be secure against unreasonable search or seizure was infringed by the police when they used a sniffer dog to search his bag in a bus terminal and the dog indicated the presence of narcotics. He seeks exclusion of the evidence of the drugs that were discovered.

[130] After briefly discussing the use of sniffer dogs by law enforcement authorities, I will review the analytical framework for s. 8 of the *Charter* and the limits on common law police powers. I will then apply these legal propositions to the facts of this case.

#### 3.1 *The Use of Sniffer Dogs*

[131] It can be seen from the record in this case that sniffer dogs have been used in Canada for decades to fulfill numerous law enforcement functions. For example, the intervener Attorney General of Quebec submits that law enforcement authorities, including the Sûreté du Québec and municipal police forces, have used sniffer dogs to detect drugs and explosives, and to find missing persons, since the 1960s. Also, the Société de la faune et des parcs du Québec uses sniffer dogs to detect fish, meat and ammunition in order to intercept poachers.

en l'espèce ou, subsidiairement, que le chien a été utilisé dans le cadre d'une fouille *accessoire* (c'est-à-dire une fouille accessoire à une arrestation ou à une détention aux fins d'enquête). Nous devons donc nous demander si, en l'espèce, le recours des policiers à un chien renifleur, en tant qu'outil d'enquête *indépendant*, était autorisé par la common law selon des principes établis conformément aux exigences de la *Charte*.

### 3. Analyse

[128] Voici le libellé de la disposition de la *Charte* qui est invoquée en l'espèce :

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

[129] L'appelant soutient que les policiers ont porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives lorsqu'ils ont utilisé un chien renifleur pour fouiller son sac dans une gare d'autobus et que le chien a indiqué la présence de stupéfiants. Il demande que la drogue qui a été découverte soit écartée de la preuve.

[130] Après avoir analysé brièvement l'utilisation de chiens renifleurs par les autorités chargées d'appliquer la loi, j'examinerai le cadre analytique de l'art. 8 de la *Charte* et les limites des pouvoirs que la common law confère aux policiers. J'appliquerai ensuite ces principes juridiques aux faits de la présente affaire.

#### 3.1 *L'utilisation de chiens renifleurs*

[131] En l'espèce, le dossier permet de constater qu'au Canada les chiens renifleurs sont utilisés depuis des décennies pour exécuter de nombreuses tâches liées à l'application de la loi. Par exemple, l'intervenant le procureur général du Québec souligne que, depuis les années 1960, les autorités chargées d'appliquer la loi, dont la Sûreté du Québec et les services de police municipaux, ont recours aux chiens renifleurs pour détecter des drogues et des explosifs, et pour chercher des personnes disparues. De plus, la Société de la faune et des parcs du Québec utilise des chiens renifleurs pour détecter le poisson, la viande et les munitions qui permettront d'intercepter les braconniers.

[132] The primary reason that sniffer dogs appear to be so attractive as a law enforcement tool is their keen sense of smell and high degree of accuracy. According to Romaine J., the evidence disclosed “that a dog sniff is reliable over 92% of the time in supporting an inference of the presence of drugs” (para. 73). With such a high success rate, a sniffer dog may properly be considered comparable to a very reliable informer.

[133] Furthermore, the sniffer dogs have long been used as a law enforcement tool in other countries. See, for example, from Australia: *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), ss. 145 to 150 (drug detection dogs), and ss. 193 to 196 (firearms and explosives detection dogs); *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 39, as amended by *Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63; *Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), s. 12A; and *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223 (S.C.). From the United States, see *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); for U.S. state court decisions, see para. 193 below. While these examples do not obviate the need to engage in a critical review of the constitutionality of the use of sniffer dogs under s. 8 of the *Charter*, they do suggest that the sniffer dog has served as a helpful tool for various purposes, such as ensuring public safety, being proactive in preventing and detecting crime, investigating specific crimes and dealing with exigent circumstances.

### 3.2 Analytical Framework for Section 8

[134] Since the first decision in which it interpreted s. 8 of the *Charter*, this Court has consistently held that s. 8 protects a reasonable expectation of privacy. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60, Dickson J. (as he then was) stated:

[132] Il semble que ce soit avant tout en raison de leur odorat très développé et de leur grande fiabilité que les chiens renifleurs sont si attrayants comme outil d'application de la loi. Selon la juge Romaine, la preuve révélait [TRADUCTION] « que le chien renifleur est fiable plus de 92 pour 100 du temps pour confirmer la présence de drogues » (par. 73). Avec un taux de réussite aussi élevé, le chien renifleur peut se comparer à juste titre à un informateur très fiable.

[133] De plus, les chiens renifleurs sont utilisés depuis longtemps dans d'autres pays pour appliquer la loi. Voir, par exemple, en ce qui concerne l'Australie : la *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), art. 145 à 150 (chiens détecteurs de drogue), et art. 193 à 196 (chiens détecteurs d'armes à feu et d'explosifs); la *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 39, modifiée par la *Police Powers and Responsibilities (Drug Detection Dogs) Amendment Act 2005* (Qld.), 2005, No. 63; l'*Australian Federal Police Act 1979* (Cth.), art. 12A; *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)* (1998), 71 S.A.S.R. 223 (S.C.). Quant aux États-Unis, voir l'arrêt *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); pour de la jurisprudence des tribunaux des États américains, voir le par. 193. Bien qu'ils n'éliminent pas la nécessité de procéder à un examen critique de la constitutionnalité de l'utilisation des chiens renifleurs au regard de l'art. 8 de la *Charte*, ces exemples indiquent effectivement que les chiens renifleurs se sont révélés utiles à diverses fins, notamment pour assurer la sécurité du public, pour prévenir et détecter de façon proactive le crime, pour mener des enquêtes relatives à des crimes particuliers et pour intervenir dans des situations d'urgence.

### 3.2 Cadre analytique de l'art. 8

[134] Depuis la première décision dans laquelle elle a interprété l'art. 8 de la *Charte*, notre Cour a constamment jugé que cette disposition protège une attente raisonnable en matière de vie privée. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé ceci :

The guarantee of security from *unreasonable* search and seizure only protects a *reasonable* expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

Thus, s. 8 requires balancing important societal interests against the individual claimant’s privacy interests.

[135] Cory J. further refined the analytical framework for s. 8 in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33, making it clear that the evaluation of a s. 8 claim entails two distinct inquiries: “The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy.” The second inquiry is undertaken only if the first results in an affirmative answer.

[136] Regarding the first inquiry, this Court explained in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533, that a police activity is a search only if it “invades a reasonable expectation of privacy”. The Court added in *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11, that “not every form of examination conducted by the government will constitute a ‘search’ for constitutional purposes”. In *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 19, the Court explicitly rejected a category-based approach to determining whether specific investigative techniques engage s. 8 of the *Charter*. Thus, an examination conducted by the state will be a “search” within the meaning of s. 8 only if it constitutes an intrusion on an individual’s reasonable privacy interest.

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives* ne vise qu’une attente *raisonnable*. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original.]

L’article 8 oblige donc à soupeser des intérêts sociétaux importants en fonction du droit à la vie privée du demandeur concerné.

[135] Le juge Cory a précisé davantage le cadre analytique de l’art. 8 dans l’arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33, en indiquant clairement que, pour évaluer une demande fondée sur l’art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes : « La première est de savoir si l’accusé pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée. » Ce n’est que si la première question donne lieu à une réponse affirmative qu’il faut répondre à la seconde question.

[136] En ce qui concerne la première question, notre Cour a expliqué, dans l’arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533, qu’une activité de la police ne constitue une fouille que si elle « a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ». Dans l’arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11, la Cour a ajouté que « tout type d’enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une “fouille ou perquisition” ». Dans l’arrêt *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 19, la Cour a explicitement rejeté le recours à une approche fondée sur des catégories pour déterminer si des techniques d’enquête particulières font entrer en jeu l’art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, une enquête de l’État ne constituera une « fouille ou perquisition » au sens de l’art. 8 que si elle porte atteinte au droit raisonnable d’un individu à la vie privée.

[137] Therefore, the instant case does not require a category-based decision on the constitutionality of the use of sniffer dogs by the police that will apply in all circumstances. Rather, what must be determined is, first, whether the appellant had a reasonable expectation of privacy in the circumstances of this case and, if so, whether the use of a sniffer dog in these circumstances intruded unreasonably on his reasonable expectation of privacy and thereby infringed s. 8 of the *Charter*. This is consistent with the contextual approach to s. 8 that prevails in this Court's jurisprudence.

### 3.2.1 Reasonableness of the Expectation of Privacy

[138] In analysing a s. 8 claim, the first step is to identify the alleged privacy interest. This interest must be "framed in broad and neutral terms": *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 50. When a court considers whether an accused had a reasonable expectation of privacy, the issue is not whether he or she was involved in criminal activity. As this Court stated in *Hunter v. Southam*, at p. 160, an *ex post facto* analysis to determine this would be at odds with the purpose of s. 8, which is to *prevent* unreasonable searches before they occur. Thus, to assess whether the expectation of privacy was reasonable, the court must first frame the alleged privacy interest in broad and neutral terms.

[139] It is clear from this Court's s. 8 jurisprudence that the constitutional protection against unreasonable search or seizure is not automatic and is not engaged in all situations. In *Edwards*, at para. 56, Cory J. stated that "[t]he reasonable expectation of privacy concept has worked well in Canada. It has proved to be reasonable, flexible, and viable. I can see no reason for abandoning it in favour of the discredited rule of automatic standing." This Court has indicated that s. 8 will not be engaged unless the claimant has a reasonable expectation

[137] Il n'est donc pas nécessaire en l'espèce de rendre, au sujet de la constitutionnalité de l'utilisation des chiens renifleurs par les policiers, une décision fondée sur des catégories qui va s'appliquer dans tous les cas. Au contraire, il faut d'abord déterminer si, dans les circonstances de la présente affaire, l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée et, dans l'affirmative, si l'utilisation d'un chien renifleur dans ces circonstances a eu pour effet de déjouer de façon abusive cette attente raisonnable et de violer ainsi l'art. 8 de la *Charte*. Cela est compatible avec l'approche contextuelle relative à l'art. 8 qui est adoptée dans la jurisprudence de notre Cour.

### 3.2.1 Caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée

[138] La première étape de l'analyse d'une demande fondée sur l'art. 8 consiste à définir le prétendu droit à la vie privée, ce qui doit être fait « en termes [ . . . ] généraux et [ . . . ] neutres » : *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 50. Lorsqu'un tribunal se demande si un accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée, la question n'est pas de savoir si l'accusé était impliqué dans une activité criminelle. Comme notre Cour l'a dit à la p. 160 de l'arrêt *Hunter c. Southam*, une analyse après le fait destinée à trancher cette question entrerait en conflit avec l'objet de l'art. 8, qui est de *prévenir* les fouilles et les perquisitions abusives avant qu'elles ne se produisent. Par conséquent, pour déterminer si l'attente en matière de vie privée était raisonnable, le tribunal doit d'abord définir en termes généraux et neutres le droit à la vie privée que l'on prétend violé.

[139] Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour relative à l'art. 8 que la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives n'est pas automatique et n'entre pas en jeu dans tous les cas. Dans l'arrêt *Edwards*, par. 56, le juge Cory a affirmé que « [l]a notion d'attente raisonnable en matière de vie privée a donné de bons résultats au Canada. Elle s'est avérée raisonnable, souple et viable. Je ne vois donc aucune raison de l'abandonner au profit de la règle discréditée de la reconnaissance automatique

of privacy: see, e.g., *Tessling, Edwards* and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 516-17 (regarding routine questioning, a baggage search and a pat of outer clothing by customs officers). In recent cases, the Court has explicitly followed a contextual approach, considering several factors in answering the threshold question whether the accused had a reasonable expectation of privacy in respect of the subject matter of the search or seizure.

de la qualité pour agir. » Notre Cour a indiqué que l'art. 8 ne s'applique que si le demandeur a une attente raisonnable en matière de vie privée; voir, par exemple, les arrêts *Tessling, Edwards* et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 516-517 (concernant les interrogatoires de routine, la fouille des bagages et la fouille par palpation des vêtements extérieurs effectués par des douaniers). Dans des arrêts récents, notre Cour a explicitement adopté une approche contextuelle consistant à examiner plusieurs facteurs pour répondre à la question préliminaire de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ce qui a fait l'objet de la fouille, perquisition ou saisie.

[140] To determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy, the totality of the circumstances must be considered. The accused must establish both an objective and a subjective expectation of privacy. In *Edwards*, at para. 45, and *Tessling*, at para. 32, this Court developed a non-exhaustive list of factors to assist in making this determination. The factors for determining whether the accused had a reasonable expectation of privacy may be summarized as including:

[140] Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Ce dernier doit prouver qu'il avait une attente à la fois objective et subjective en matière de vie privée. Dans les arrêts *Edwards*, par. 45, et *Tessling*, par. 32, notre Cour a établi une liste non exhaustive de facteurs utiles pour trancher cette question. Les facteurs servant à déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée peuvent être résumés ainsi :

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) the presence of the accused at the time of the alleged search;</li> <li>(ii) the subject matter of the alleged search: <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) ownership and historical use of the subject matter;</li> <li>(b) whether the subject matter was in public view;</li> <li>(c) whether the subject matter had been abandoned;</li> <li>(d) where the subject matter is information, whether the information was already in the hands of third parties; if so, was there a duty of confidentiality in relation to it?</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) la présence de l'accusé au moment de la prétendue fouille ou perquisition;</li> <li>(ii) l'objet de la prétendue fouille ou perquisition : <ul style="list-style-type: none"> <li>a) la propriété et l'usage historique de l'objet;</li> <li>b) la question de savoir si l'objet était à la vue du public;</li> <li>c) la question de savoir si l'objet avait été abandonné;</li> <li>d) dans le cas où l'objet est un renseignement, la question de savoir si des tiers possédaient déjà ce renseignement et, dans l'affirmative, si le renseignement en question était visé par une obligation de confidentialité;</li> </ul> </li> </ul> |
|--|--|

- |  |   |
|--|---|
| <p>(iii) the place where the alleged search occurred:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) ownership, possession, control or use of the place where the alleged search took place;</li> <li>(b) the ability to regulate access, including the right to admit or exclude others from the place;</li> <li>(c) notification of the possibility of searches being conducted in the place;</li> </ul> <p>(iv) the investigative technique used in the alleged search:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) whether the police technique was intrusive in relation to the alleged privacy interest;</li> <li>(b) whether the information obtained in the alleged search exposed any intimate details of the accused's lifestyle, or information of a biographical nature.</li> </ul> | <p>(iii) le lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) la propriété, la possession, le contrôle ou l'utilisation du lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée;</li> <li>b) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y laisser entrer ou d'en exclure autrui;</li> <li>c) la notification de la possibilité que des fouilles ou perquisitions soient effectuées dans ce lieu;</li> </ul> <p>(iv) la technique d'enquête utilisée pour effectuer la prétendue fouille ou perquisition :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) la question de savoir si la technique policière a porté atteinte au prétendu droit à la vie privée;</li> <li>b) la question de savoir si le renseignement obtenu lors de la prétendue fouille ou perquisition révélait des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.</li> </ul> |
|--|---|

[141] As in any contextual analysis, not all the factors will be relevant in a given case. The purpose of setting out a non-exhaustive list of factors stated in general terms is not to have each one considered slavishly regardless of materiality to the specific case, but to provide a helpful guide to ensure that relevant factors are not disregarded.

[142] In my view, because the requirement of a reasonable expectation of privacy is a guiding principle under s. 8, the consideration of relevant contextual factors is an integral part of the s. 8 analysis.

[143] Thus, where the applicability of s. 8 is at issue, failure to consider whether the claimant had a reasonable expectation of privacy that engages s. 8 may constitute an error of law. If the trial judge

[141] Comme dans toute analyse contextuelle, ces facteurs ne sont pas tous pertinents dans un cas donné. Cette liste non exhaustive de facteurs énoncés en termes généraux a pour objet non pas d'encourager l'examen servile de chaque facteur indépendamment de sa pertinence dans l'affaire en cause, mais plutôt de fournir un guide utile qui permettra d'éviter que des facteurs pertinents ne soient pas pris en considération.

[142] J'estime que, parce que l'exigence d'une attente raisonnable en matière de vie privée est un principe directeur qui sous-tend l'art. 8, l'examen des facteurs contextuels pertinents fait partie intégrante de l'analyse relative à l'art. 8.

[143] Ainsi, dans le cas où l'applicabilité de l'art. 8 est en cause, l'omission de vérifier si le demandeur avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l'art. 8 peut constituer une

carries out the reasonable expectation of privacy analysis, however, deference will be owed to his or her finding.

### 3.2.2 Reasonableness of the Search

[144] Once it is determined that the accused had a reasonable expectation of privacy and that s. 8 is accordingly engaged, the next step is to determine whether the search or seizure was reasonable. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, this Court held that “[a] search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.” I will briefly elaborate on each of these requirements in the context of this appeal.

[145] First, a search may be authorized either by legislation or at common law. No statute has been relied upon in this case as authorizing the use of the sniffer dog. To determine whether the use of the sniffer dog was authorized by law, I will therefore consider the common law. As I will discuss in detail below, this Court’s approach to recognizing common law powers of search is based on the test set out in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.).

[146] Second, the reasonableness of the law authorizing a search must be evaluated. For legislation that authorizes a search to be reasonable, the traditional standard is reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered: *Hunter v. Southam*, at p. 161. This standard was established in a case involving a statutory search where the accused had a well-defined reasonable expectation of privacy, there were no exigent circumstances and the sweeping search technique in issue was clearly intrusive in relation to the claimant’s privacy interest. Where the authority for a search is a common law power, by contrast, the courts can define the scope of this power in a

erreur de droit. Toutefois, si le juge du procès effectue l’analyse de l’attente raisonnable en matière de vie privée, il y a lieu de faire montre de déférence à l’égard de sa conclusion.

### 3.2.2 Caractère raisonnable ou non abusif de la fouille ou perquisition

[144] Une fois que l’on décide qu’un accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée et que l’art. 8 entre donc en jeu, la prochaine étape consiste à déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable, c’est-à-dire non abusive. Dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278, notre Cour a jugé qu’« [u]ne fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive ». Je vais brièvement expliciter chacune de ces conditions dans le contexte du présent pourvoi.

[145] Premièrement, une fouille ou perquisition peut être autorisée par une mesure législative ou par la common law. Aucun texte législatif autorisant l’utilisation du chien renifleur n’a été invoqué en l’espèce. Par conséquent, pour déterminer si l’utilisation du chien renifleur était légale, je vais examiner la common law. Comme je l’expliquerai plus loin, l’approche adoptée par notre Cour pour reconnaître l’existence en common law de pouvoirs de procéder à des fouilles ou à des perquisitions repose sur la grille d’analyse établie dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.).

[146] Deuxièmement, il faut évaluer le caractère raisonnable de la loi qui autorise une fouille ou perquisition. La norme traditionnelle qui s’applique pour déterminer si une mesure législative qui autorise une fouille ou perquisition est raisonnable est celle des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l’existence d’une infraction seront découverts : *Hunter c. Southam*, p. 161. Cette norme a été établie dans une affaire relative à une perquisition autorisée par la loi où l’accusé avait une attente raisonnable bien définie en matière de vie privée, où il n’y avait aucune situation d’urgence et où la technique de fouille approfondie en cause avait clairement porté atteinte au droit à la

manner consistent with the *Charter*: *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32, at para. 21, *per* Abella J. (for the majority).

[147] Third, the manner in which the search was carried out must also be reasonable. It is at this stage of the analysis that the conduct of the police is evaluated. Even if a search is authorized by a law that is reasonable, it will be vitiated and the authority for it will be lost if it is conducted in an unreasonable manner.

[148] As was mentioned above, the Crown invokes no statutory authority for the use of the sniffer dog in this case. It is therefore necessary to determine whether the use of the dog was authorized at common law pursuant to the *Waterfield* test and, if so, to define the scope of the power in a manner consistent with the *Charter*.

### 3.2.2.1 *Development and Application of the Waterfield Test*

[149] This Court's approach to the recognition of police powers at common law was set out in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, which concerned the power of the police to conduct random vehicle stops for impaired driving as part of the R.I.D.E. program. Le Dain J., writing for the majority, held that the police act lawfully only if they are exercising powers that are "conferred by statute or derived as a matter of common law from their duties": p. 28.

[150] The test relied on by Le Dain J. in *Dedman* to determine whether a common law police power existed had been established in *Waterfield*, at pp. 661-62. This test has been applied in a variety of cases since *Dedman*. In *Clayton* (at para. 22), Abella J. approved of the Ontario Court of Appeal's articulation of the *Waterfield* test. As Doherty J.A.

vie privée du demandeur. Par contre, lorsque le pouvoir d'effectuer une fouille ou perquisition est conféré par la common law, les tribunaux peuvent en définir l'étendue d'une manière conforme à la *Charte* : *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32, par. 21, la juge Abella (s'exprimant au nom des juges majoritaires).

[147] Troisièmement, la fouille ou la perquisition doit également avoir été effectuée d'une manière non abusive. C'est à cette étape de l'analyse que le comportement des policiers est évalué. Même si elle est autorisée par une loi raisonnable, une fouille ou perquisition sera viciée et injustifiée si elle est effectuée de façon abusive.

[148] Comme je l'ai déjà mentionné, le ministère public n'invoque aucun texte législatif pour justifier l'utilisation du chien renifleur en l'espèce. Par conséquent, il faut déterminer si l'utilisation du chien était permise en common law selon la grille d'analyse de *Waterfield* et, dans l'affirmative, définir l'étendue du pouvoir en question d'une manière conforme à la *Charte*.

### 3.2.2.1 *Établissement et application de la grille d'analyse établie dans l'arrêt Waterfield*

[149] L'approche adoptée par notre Cour pour reconnaître l'existence de pouvoirs policiers en common law a été énoncée dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, qui portait sur le pouvoir des policiers d'intercepter des véhicules au hasard dans le cadre du programme R.I.D.E. visant à détecter les conducteurs aux facultés affaiblies. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que les policiers n'agissent légalement que s'ils exercent un pouvoir qu'ils « possèdent en vertu d'une loi ou qui découle de leurs fonctions par l'effet de la *common law* » (p. 28).

[150] La grille d'analyse que le juge Le Dain a appliquée dans l'arrêt *Dedman* pour déterminer s'il existait un pouvoir policier en common law avait été établie dans l'arrêt *Waterfield*, p. 661-662. Depuis que l'arrêt *Dedman* a été rendu, cette grille d'analyse a été appliquée dans diverses affaires. Ainsi, dans l'arrêt *Clayton*, par. 22, la juge Abella a

had explained, the test involves two specific inquiries:

First, the prosecution must demonstrate that the police were acting in the exercise of a lawful duty when they engaged in the conduct in issue. Second, and in addition to showing that the police were acting in the course of their duty, the prosecution must demonstrate that the impugned conduct amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty . . . .

(*R. v. Clayton* (2005), 196 O.A.C. 16, at para. 37)

[151] At the first stage of the *Waterfield* test, the law enforcement duties traditionally recognized at common law are “the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property”: *Dedman*, at p. 32.

[152] At the second stage of the test, the court must determine whether the conduct of the police was justified by applying the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. As Le Dain J. explained in *Dedman*, at p. 35: “[T]he correct test [is found] in the use of the words ‘reasonably necessary’. . . . The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable”. As this Court added in *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 39, the circumstances to be considered at the second stage of the *Waterfield* test include “the duty being performed, the extent to which some interference with individual liberty is necessary in the performance of that duty, the importance of the performance of the duty to the public good, the nature of the liberty being interfered with, and the nature and extent of the interference”.

[153] It will be instructive to briefly review the application of the *Waterfield* test in several key cases. In *Dedman*, Le Dain J. concluded with respect to the first stage of the test that randomly

approuvé la façon dont la Cour d’appel de l’Ontario a formulé la grille d’analyse de *Waterfield*. Comme le juge Doherty l’avait expliqué, cette analyse comporte deux étapes distinctes :

[TRADUCTION] Premièrement, la poursuite doit démontrer que le policier a agi dans l’exercice d’une fonction légitime. Deuxièmement, après avoir démontré que le policier a agi dans l’exercice de sa fonction, la poursuite doit établir que l’acte reproché équivaut à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction . . .

(*R. c. Clayton* (2005), 196 O.A.C. 16, par. 37)

[151] En ce qui concerne la première étape de l’analyse de *Waterfield*, les fonctions liées à l’application de la loi qui sont traditionnellement reconnues en common law sont « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » : *Dedman*, p. 32.

[152] À la deuxième étape de l’analyse de *Waterfield*, le tribunal doit déterminer si le comportement des policiers était justifié en appliquant la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l’ensemble des circonstances. Comme le juge Le Dain l’a expliqué dans l’arrêt *Dedman*, p. 35, « [l]e bon critère [se trouve dans l’emploi de] l’expression [TRADUCTION] “raisonnablement nécessaire”. L’atteinte à la liberté doit être nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable ». Comme notre Cour l’a ajouté dans l’arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 39, les facteurs qui doivent être pris en considération à la deuxième étape de l’analyse de *Waterfield* sont notamment « le devoir dont s’acquitte le policier, la mesure dans laquelle l’atteinte à la liberté individuelle est nécessaire à l’accomplissement de ce devoir, l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public, la nature de la liberté à laquelle on porte atteinte, ainsi que la nature et l’étendue de l’atteinte ».

[153] Il est intéressant d’examiner brièvement la façon dont la grille d’analyse de *Waterfield* a été appliquée dans plusieurs arrêts clés. Dans l’arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a conclu, au sujet de

stopping vehicles to deter and detect impaired driving fell within the duties of the police “to prevent crime and to protect life and property by the control of traffic”: p. 35. On the second stage of the test, Le Dain J. regarded impaired driving as a serious problem. He stated that while driving on a highway free from unreasonable interference is an important right, driving is a licensed and regulated activity, and the vehicle stops were of relatively short duration and only slightly inconvenient. He also considered it to be a significant factor that the campaign to detect impaired drivers was well publicized and served a deterrent purpose. Le Dain J. accordingly held that the random vehicle stop, as part of a program to detect and deter impaired driving, was based on common law authority.

[154] In *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, the Court considered whether the police had the power at common law to enter a dwelling while investigating a 911 call. Lamer C.J. held that, because of the police duty to protect life, the requirement of the first stage of the *Waterfield* test is satisfied where a 911 caller is or may be in distress, or if the call is disconnected before the nature of the emergency is established. Regarding the second stage of the test, although residents have a privacy interest in the sanctity of their homes, the public interest in an effective emergency response system is significant enough to justify a limited intervention by the police in the house to protect life and safety. Accordingly, the Court found that the forced entry into the home of the accused was justifiable in light of the totality of the circumstances, but only to determine whether there was an emergency.

[155] In *Mann*, the Court considered whether the police have a common law power to detain an

la première étape de l’analyse, que l’interception de véhicules au hasard dans le but de détecter et décourager la conduite avec facultés affaiblies relevait du devoir des policiers « de prévenir les infractions et de protéger la vie des personnes et la propriété par la surveillance de la circulation » (p. 35). À la deuxième étape de l’analyse, le juge Le Dain a estimé que la conduite avec facultés affaiblies constituait un grave problème. Selon lui, bien que le droit de circuler sur les routes sans entrave déraisonnable soit important, il s’agit d’une activité réglementée qui nécessite un permis, et l’interception des véhicules était relativement brève et ne causait pas beaucoup d’inconvénients. Il a aussi considéré important le fait que la campagne visant à déceler les conducteurs aux facultés affaiblies était bien médiatisée et avait un caractère dissuasif. Le juge Le Dain a donc décidé que l’interception de véhicules au hasard, dans le cadre d’un programme visant à déceler et à décourager la conduite avec facultés affaiblies, était autorisée par la common law.

[154] Dans l’arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, la Cour s’est demandé si la common law habilitait les policiers à entrer dans une résidence lorsqu’ils enquêtent sur un appel au 911. Le juge en chef Lamer a conclu que, en raison du devoir des policiers de protéger la vie des gens, la première étape de l’analyse de *Waterfield* est franchie lorsque la personne qui a composé le 911 est ou peut être en difficulté, ou si la communication est coupée avant que la nature de l’urgence soit établie. Pour ce qui est de la deuxième étape de l’analyse, bien que chacun ait le droit au respect de sa vie privée dans l’intimité de son foyer tenu pour inviolable, l’intérêt que présente pour le public le maintien d’un système d’intervention d’urgence efficace est suffisamment important pour justifier une intervention policière limitée dans un domicile en vue de protéger la vie des gens qui s’y trouvent et d’assurer leur sécurité. Par conséquent, la Cour a jugé que l’entrée par la force dans le domicile de l’accusé était justifiable eu égard à l’ensemble des circonstances, mais uniquement pour déterminer s’il y avait une urgence.

[155] Dans l’arrêt *Mann*, la Cour s’est demandé si la common law habilite les policiers à détenir

individual for investigative purposes and to search him or her incidentally to that investigative detention. In that case, the accused, who matched the description of a suspect in a nearby break and enter, was detained by the police. He was subjected to a pat-down search, during which the officer searching him felt a soft object in his pocket. The officer reached into the pocket and removed a small bag of marijuana, and the accused was then arrested for possession for the purpose of trafficking. The accused contended that his *Charter* rights under ss. 8, 9, 10(a) and 10(b) had been infringed, and sought exclusion of the evidence of the marijuana under s. 24(2). Iacobucci J., writing for the majority, applied the *Waterfield* test to determine whether the conduct of the police fell within the scope of their common law powers. Concerning the detention of the accused, Iacobucci J. found that the requirement of the first stage of the test was satisfied, because the police were acting in pursuit of their duty to protect life and property. As for the second stage, he held that investigative detention is permissible if there are reasonable grounds to suspect that the individual is connected with a particular crime and that such a detention is necessary (para. 45).

[156] *Clayton* involved a 911 call indicating that several persons were openly displaying handguns in a parking lot. The police responded within minutes and stopped the first car leaving the rear parking lot. Because the co-accused driver and passenger were behaving suspiciously, the officers searched them. Loaded prohibited firearms were found. The accused claimed that their rights under ss. 8 and 9 of the *Charter* had been infringed. Abella J., writing for the majority, held that the requirement of the first stage of the *Waterfield* test was satisfied because the police were engaged in the investigation and prevention of crime. On the second stage of the test, Abella J. found that the police search of the two accused was justified because of the seriousness of the offence, the genuine risk of serious

une personne aux fins d'enquête et à la soumettre à une fouille accessoire à cette détention aux fins d'enquête. Dans cette affaire, l'accusé, qui correspondait à la description d'un suspect impliqué dans une introduction par effraction commise non loin de l'endroit où il se trouvait, a été détenu par les policiers. Il a été soumis à une fouille par palpation pendant laquelle le policier qui le fouillait a senti un objet mou à l'intérieur de sa poche. Le policier a glissé sa main dans cette poche et en a retiré un petit sac de marijuana; l'accusé a alors été mis en état d'arrestation pour possession aux fins de trafic. L'accusé a soutenu qu'il y avait eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 ainsi que par les al. 10(a) et 10(b) de la *Charte*, et il a demandé que la preuve constituée de la marijuana soit écartée en application du par. 24(2). Le juge Iacobucci, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a appliqué la grille d'analyse de *Waterfield* pour déterminer si le comportement des policiers était conforme aux pouvoirs qui leur sont conférés par la common law. En ce qui concerne la détention de l'accusé, le juge Iacobucci a estimé que l'exigence de la première étape de l'analyse était respectée du fait que les policiers s'acquittaient alors de leur devoir de protéger la vie des gens et les biens. Pour ce qui est de la deuxième étape, il a conclu que la détention d'une personne aux fins d'enquête est acceptable s'il y a des motifs raisonnables de soupçonner que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir (par. 45).

[156] Dans l'affaire *Clayton*, il était question d'un appel au 911 indiquant que plusieurs personnes exhibaient des pistolets dans un stationnement. Les policiers sont intervenus dans les minutes qui ont suivi l'appel et ont intercepté la première voiture qui s'apprêtait à quitter le stationnement arrière. Ils ont fouillé le conducteur coaccusé et le passager en raison de leur comportement suspect. Des armes à feu prohibées chargées ont été découvertes. Les accusés ont soutenu qu'il y avait eu atteinte aux droits qui leur sont garantis par les art. 8 et 9 de la *Charte*. La juge Abella, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield* était respectée du fait que les policiers exerçaient alors leur fonction d'enquête et de prévention du crime.

bodily harm to the public, and the fact that, based on the behaviour of the accused, the officers had a reasonable suspicion that they might be in possession of firearms. The conduct of the police was found to be temporally, geographically and logistically responsive to the totality of the circumstances of the case.

### 3.2.2.2 *Standards for Justifying a Search Pursuant to a Common Law Power*

[157] Having reviewed the framework for determining whether a common law police power exists, I will now consider the standards for justifying a search conducted pursuant to such a power. As was mentioned above, the case at bar does not concern the use of a sniffer dog in an *incidental* search. Rather, the issue is whether the use of a sniffer dog by the police as an *independent* investigative tool in this case was authorized at common law pursuant to principles developed in accordance with the requirements of the *Charter*.

[158] A preliminary question arises: Should the Court develop these standards here? With respect, simply referring this matter to Parliament is not in my view an appropriate solution. The questions raised by this appeal concern the recognition of a common law power in conformity with the Constitution, a task — indeed a responsibility — historically and presently within the purview of this Court's institutional competence. As Iacobucci J. stated in *Mann*, at para. 18:

Where, as in this case, the relevant common law rule has evolved gradually through jurisprudential treatment, the judiciary is the proper forum for the recognition and ordering of further legal developments, absent legislative intervention. . . . It is, of course, open to Parliament to enact legislation in line with what it

Au sujet de la deuxième étape de l'analyse, la juge Abella s'est dite d'avis que la fouille policière des deux accusés était justifiée en raison de la gravité de l'infraction, de l'existence d'un risque réel de préjudice corporel grave pour le public et du fait que le comportement des accusés avait fait naître chez les policiers des soupçons raisonnables que ceux-ci pouvaient avoir des armes à feu en leur possession. Elle a jugé que le délai de réaction des policiers, la délimitation géographique de leur intervention et les moyens qu'ils avaient employés étaient adaptés à l'ensemble des circonstances de l'affaire.

### 3.2.2.2 *Normes applicables pour justifier une fouille ou perquisition fondée sur un pouvoir conféré par la common law*

[157] Après avoir examiné le critère requis pour déterminer s'il existe un pouvoir policier conféré par la common law, je vais maintenant examiner les normes applicables pour justifier une fouille ou perquisition fondée sur un tel pouvoir. Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est pas question, dans le présent pourvoi, de l'utilisation d'un chien renifleur pour effectuer une fouille *accessoire*. La question est plutôt de savoir si, en l'espèce, le recours des policiers à un chien renifleur, en tant qu'outil d'enquête *indépendant*, était autorisé par la common law selon les principes établis conformément aux exigences de la *Charte*.

[158] Une question préliminaire se pose : La Cour devrait-elle établir les normes en l'espèce? J'estime, en toute déférence, qu'il ne convient pas de renvoyer simplement la question au législateur. Les questions soulevées par le présent pourvoi portent sur la reconnaissance d'un pouvoir de common law conforme à la Constitution, une tâche — voire une responsabilité — qui, historiquement et présentement, s'inscrit dans les limites de la compétence institutionnelle de notre Cour. Comme l'a affirmé le juge Iacobucci, au par. 18 de l'arrêt *Mann* :

Lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, la règle de common law pertinente a évolué graduellement au fil de décisions judiciaires, les tribunaux sont le cadre indiqué pour reconnaître et arrêter de nouveaux raffinements juridiques en l'absence d'intervention du législateur. [ . . . ] Certes, le Parlement est libre d'édicter

deems the best approach to the matter, subject to overarching requirements of constitutional compliance. As well, Parliament may seek to legislate appropriate practice and procedural techniques . . . .

[159] For the purpose of identifying the circumstances in which the police may use sniffer dogs while discharging a lawful police duty, the pivotal question is what grounds, if any, the police must have for their use of the dogs to fall within the scope of their common law powers and comply with s. 8 of the *Charter*. Three standards have been proposed for determining when a sniffer dog may be used. Since there is no general police power to routinely use sniffer dogs for any purpose, or at any time or place, it is necessary to determine which of the three standards is applicable. For the purpose of the second stage of the *Waterfield* test, the determination of the applicable standard must be based on what is *reasonably necessary in light of the totality of the circumstances*. Although the police have many investigative tools at their disposal, not all of them will be appropriate in every situation. Some tools are so intrusive in relation to the reasonable privacy interests of an accused that to use them will not be proper without safeguards.

[160] What are the proposed standards? The lowest one would require no grounds for the use of a sniffer dog, whereas the highest one would — absent exigent circumstances — require reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered. In between these two is the intermediate standard of reasonable suspicion that evidence of an offence will be discovered. I will discuss each of these standards in turn.

[161] In certain circumstances, the use of a given investigative technique has been approved, without a requirement of specific grounds, on the basis that the accused did not have a reasonable expectation of privacy. For example, in *R. v. Boersma*,

une loi établissant la démarche qu'il juge la meilleure à cet égard, pourvu qu'il se conforme aux exigences primordiales de la Constitution. De même, il est possible que le Parlement veuille instaurer, par voie législative, des pratiques et procédures . . . .

[159] Pour définir les circonstances dans lesquelles les policiers peuvent utiliser un chien renifleur dans l'exercice d'une fonction légitime, la question cruciale est de savoir quelles raisons, s'il en est, doivent motiver leur utilisation d'un chien pour qu'elle soit conforme à l'art. 8 de la *Charte* et aux pouvoirs qui leur sont conférés par la common law. Trois normes ont été proposées pour déterminer dans quels cas un chien renifleur peut être utilisé. Étant donné que les policiers n'ont aucun pouvoir général d'utiliser systématiquement des chiens renifleurs à quelque fin que ce soit ou en tout temps et en tout lieu, il est nécessaire de déterminer laquelle de ces trois normes s'applique. Pour les besoins de la deuxième étape de l'analyse de *Waterfield*, la norme applicable doit être déterminée en fonction de ce qui est *raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances*. Les nombreux outils d'enquête dont disposent les policiers ne peuvent pas tous nécessairement être utilisés dans chaque cas. Certains outils portent tellement atteinte au droit raisonnable d'un accusé à la vie privée que leur utilisation doit être assujettie à des garanties.

[160] Quelles sont les normes proposées? La norme la moins stricte veut qu'aucun motif ne soit nécessaire pour recourir à un chien renifleur, tandis que la norme la plus stricte exige qu'en l'absence d'une situation d'urgence il y ait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Entre ces deux normes, il y a la norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Je vais examiner successivement chacune de ces normes.

[161] Dans certaines circonstances, l'utilisation d'une technique d'enquête a été approuvée sans que des motifs précis soient requis, parce que l'accusé n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Boersma*,

[1994] 2 S.C.R. 488, the police did not infringe s. 8 by walking along a dirt road and observing the marijuana crop of the accused in plain sight on Crown land. In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 62, Cory J., writing for the majority, stated: “where an accused who is not in custody discards a kleenex or cigarette butt, the police may ordinarily collect and test these items without any concern about consent”. Regarding sniffer dogs, the United States Supreme Court and the Supreme Court of South Australia have taken the position that no grounds are required before the police may use them: see *Illinois v. Caballes*; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)*. In Canada, however, where an accused has a reasonable expectation of privacy that engages s. 8, it may be problematic to allow the police to use a given investigative technique without requiring grounds.

[162] In the case at bar, Paperny J.A., in dissent, adopted the highest standard, that the police must have reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered before they may use a sniffer dog: para. 139. As was mentioned above, this standard was established in *Hunter v. Southam*, at p. 160, a case in which the accused had a well-defined reasonable expectation of privacy, there were no exigent circumstances, it was not impracticable to obtain prior judicial authorization and the search technique was clearly intrusive.

[163] The intermediate standard of reasonable suspicion that evidence of an offence will be discovered has been advanced in the instant case by the interveners the Attorney General of Quebec and the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

[164] Some clarification is required regarding what the reasonable suspicion standard entails. The grounds required to justify an investigative

[1994] 2 R.C.S. 488, les policiers n’ont pas violé l’art. 8 en marchant sur un chemin de terre et en apercevant des plants de marijuana que l’accusé cultivait à la vue de tous sur une terre publique. Dans l’arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 62, le juge Cory, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a affirmé que « lorsqu’un accusé qui n’est pas détenu jette un papier-mouchoir ou un mégot de cigarette, la police peut normalement recueillir ces objets et les faire analyser, sans avoir à se soucier d’obtenir un consentement ». En ce qui concerne les chiens renifleurs, la Cour suprême des États-Unis et la Cour suprême de l’Australie-Méridionale ont jugé que les policiers n’ont besoin d’aucun motif pour les utiliser : voir *Illinois c. Caballes*; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Questions of Law Reserved (No. 3 of 1998)*. Toutefois, au Canada, lorsqu’un accusé a une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir l’art. 8, il peut être problématique de permettre aux policiers d’utiliser une certaine technique d’enquête sans exiger qu’ils aient des motifs de le faire.

[162] En l’espèce, la juge Paperny, dissidente, a retenu la norme la plus stricte selon laquelle, pour pouvoir recourir à un chien renifleur, les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l’existence d’une infraction seront découverts : par. 139. Comme nous l’avons vu, cette norme a été établie dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, p. 160. Dans cette affaire, l’accusé avait une attente raisonnable bien définie en matière de vie privée, il n’y avait aucune situation d’urgence, il n’était pas impossible d’obtenir une autorisation judiciaire préalable et la technique de perquisition était nettement envahissante.

[163] La norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l’existence d’une infraction seront découverts a été proposée en l’espèce par les intervenants le procureur général du Québec et la Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

[164] Des précisions s’imposent au sujet de ce que comporte la norme des soupçons raisonnables. Dans l’arrêt *Mann*, notre Cour à la majorité a

detention were defined by the majority of this Court in *Mann*. Iacobucci J. referred, citing the relevant cases, to a number of different formulations of the applicable standard, including “reasonable grounds to suspect”, “reasonable suspicion”, “articulable cause” and “sufficient reasonable articulable suspicion”: paras. 31-32 and 45. He expressed a preference for a new term: “reasonable grounds to detain” (para. 33). But in summarizing the standard being applied in that case, Iacobucci J. then used the expression “reasonable grounds to suspect”: para. 45. In my view, “reasonable grounds to suspect” is substantively equivalent to “reasonable suspicion”. It is clear that the standard adopted by Iacobucci J. in *Mann* is lower than that of “reasonable grounds to believe”, and that it was inspired by the “articulable cause” standard, which has been equated to that of reasonable suspicion: see *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 52, *per* Major J. In my view, the “reasonable suspicion” standard is readily applicable in practice, is meaningful to the police and trial judges, and is likely to be used in cases other than those involving detention. Thus, in the case at bar, the trial judge, after discussing *Mann* at length, framed her analysis of the grounds required to detain the accused in terms of reasonable suspicion: see para. 55.

[165] The reasonable suspicion standard is lower than the standard of reasonable grounds to believe required for a lawful arrest: see *Mann*, at para. 27. To meet the reasonable suspicion standard, the police must rely on “a constellation of objectively discernible facts”: *R. v. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), at p. 202, *per* Doherty J.A. While no single factor can on its own ground reasonable suspicion, a number of factors taken together may cause the police to entertain a reasonable suspicion. However, a mere “hunch based on intuition gained by experience” is not enough to meet the reasonable suspicion standard: *Mann*, at para. 30.

défini les motifs requis pour justifier une détention aux fins d’enquête. Citant la jurisprudence pertinente, le juge Iacobucci a mentionné un certain nombre de formulations différentes de la norme applicable, notamment : « motifs raisonnables de soupçonner », « soupçons raisonnables », « motifs concrets » et « suffisamment de soupçons précis et raisonnables » (par. 31-32 et 45). Il a indiqué qu’il préférerait utiliser une nouvelle expression, celle des « motifs raisonnables de détention » (par. 33). Toutefois, en résumant la norme qui était appliquée dans cette affaire, le juge Iacobucci a parlé des « motifs raisonnables de soupçonner » (par. 45). À mon avis, l’expression « motifs raisonnables de soupçonner » correspond essentiellement aux « soupçons raisonnables ». Il est clair que la norme adoptée par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Mann* est moins stricte que celle des « motifs raisonnables de croire », et qu’elle s’inspirait de la norme des « motifs concrets » qui a été assimilée à celle des soupçons raisonnables : voir l’arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 52, le juge Major. À mon avis, la norme des « soupçons raisonnables » s’applique facilement en pratique, est significative pour les policiers et les juges de première instance, et est susceptible d’être utilisée dans d’autres cas que ceux où il est question de détention. Ainsi, après avoir examiné en profondeur l’arrêt *Mann* en l’espèce, la juge du procès a analysé sous l’angle des soupçons raisonnables les motifs requis pour déterminer l’accusé : voir par. 55.

[165] La norme des soupçons raisonnables est moins stricte que celle des motifs raisonnables de croire qui doit être respectée pour qu’une arrestation soit légale : voir l’arrêt *Mann*, par. 27. Pour satisfaire à la norme des soupçons raisonnables, les policiers doivent s’appuyer sur [TRADUCTION] « un ensemble de faits objectivement discernables » : *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3d) 182 (C.A.), p. 202, le juge Doherty. Bien qu’aucun facteur ne puisse à lui seul justifier des soupçons raisonnables, un certain nombre de facteurs pris ensemble peuvent faire naître des soupçons raisonnables chez les policiers. Toutefois, une simple « intuition [...] basée sur [l’]expérience » n’est pas suffisante pour que la norme des soupçons raisonnables soit respectée : *Mann*, par. 30.

[166] The reasonable suspicion standard is a pragmatic and balanced response to the realities of modern law enforcement. To combat impaired driving, for example, Parliament enacted s. 254(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which authorizes peace officers to require drivers to provide roadside breath samples for testing by means of an approved screening device on the basis of a reasonable suspicion of alcohol consumption. According to Fish J. in *R. v. Woods*, [2005] 2 S.C.R. 205, 2005 SCC 42, at para. 30, “[t]hese screening tests . . . necessarily interfere with rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, but only in a manner that is reasonably necessary to protect the public’s interest in keeping impaired drivers off the road.”

[167] The reasonable suspicion standard has also been held to apply in the customs context, in *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, and *Jacques*, and where, as in *Clayton*, the police are confronting the pressing problem of gun crime.

[168] This standard can be applicable only where there are circumstances that serve as safeguards against unreasonable intrusions on privacy and ensure a balance that affords proper protection. Consequently, a reasonable suspicion standard may be sufficient where the investigative technique is relatively non-intrusive and the expectation of privacy is not high. To determine whether the reasonable suspicion standard is met in a given case, the totality of the circumstances must be considered.

[169] It is apparent from this review that there is a continuum of standards that the courts have recognized to be constitutionally valid. These standards range from no grounds to reasonable suspicion, to reasonable grounds to believe. Which standard should be applied to determine whether an investigative technique has been properly used in a given case will depend on what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances. Indeed,

[166] La norme des soupçons raisonnables constitue une réponse pragmatique et équilibrée aux réalités modernes de l’application de la loi. Pour lutter contre la conduite avec facultés affaiblies, par exemple, le législateur a adopté le par. 254(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise l’agent de la paix, qui a des raisons de soupçonner qu’un conducteur a consommé de l’alcool, à lui ordonner de lui fournir un échantillon d’haleine qui sera analysé à l’aide d’un appareil de détection approuvé. Selon le juge Fish, dans l’arrêt *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205, 2005 CSC 42, par. 30, « [c]es tests de détection [. . .] portent nécessairement atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*, mais seulement dans les limites raisonnables et nécessaires pour protéger l’intérêt du public à ce que les conducteurs avec facultés affaiblies ne puissent prendre la route. »

[167] La norme des soupçons raisonnables a également été jugée applicable en contexte douanier dans les arrêts *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, et *Jacques*, ainsi que lorsque, comme dans l’affaire *Clayton*, les policiers sont confrontés au problème urgent des crimes comportant l’usage d’une arme à feu.

[168] Cette norme n’est applicable que dans une situation où il existe des garanties contre les atteintes abusives au droit à la vie privée et un équilibre qui assure une protection adéquate. La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d’enquête est relativement peu envahissante et que l’attente en matière de vie privée n’est pas grande. Il faut tenir compte de l’ensemble des circonstances pour décider si la norme des soupçons raisonnables est respectée dans un cas donné.

[169] Il ressort de cet examen qu’il existe un éventail de normes qui ont été jugées constitutionnelles par les tribunaux. Ces normes vont de l’absence de motifs jusqu’aux soupçons raisonnables et aux motifs raisonnables de croire. Pour déterminer quelle norme doit être appliquée pour décider si une technique d’enquête a été utilisée à bon droit dans un cas donné, il faut tenir compte de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l’ensemble

where common law powers of search are concerned, the *Waterfield* test itself provides for the balancing needed to ascertain which standard will be applicable in each case.

### 3.3 *Application to This Appeal*

[170] Having set out the analytical framework for s. 8 and for common law police powers, I will now apply it to the facts of this case. I will begin by identifying the appellant's privacy interest and will then determine whether his expectation of privacy was reasonable. After doing so, I will consider the reasonableness of the alleged search; this analysis will involve identifying the grounds required to justify the use of the sniffer dog in the circumstances of this case and evaluating the manner in which the search was conducted.

#### 3.3.1 Reasonableness of the Appellant's Expectation of Privacy

[171] The first step is to determine whether the appellant had a reasonable expectation of privacy that engages the constitutional protection of s. 8 against unreasonable search or seizure. This requires a clear identification of the privacy interest in question and a contextual assessment of both the objective and subjective reasonableness of that interest.

[172] The key question at this stage of the analysis is: Did the appellant, while in a public bus terminal, have a reasonable expectation of privacy in respect of odours emanating from his bag that are imperceptible to humans? In my view, the trial judge erred in concluding that he did not.

[173] Romaine J. erred in analysing the reasonableness of the appellant's expectation of privacy by incorrectly finding that the purpose of the use of the sniffer dog was to identify odours *outside* of his bag.

des circonstances. En fait, lorsqu'il est question de pouvoirs de fouille ou de perquisition conférés par la common law, la grille d'analyse de *Waterfield* prescrit elle-même l'évaluation qui devra être effectuée pour déterminer quelle norme s'appliquera dans chaque cas.

### 3.3 *Application au présent pourvoi*

[170] Après avoir exposé le cadre analytique de l'art. 8 et des pouvoirs policiers conférés par la common law, je vais maintenant l'appliquer aux faits de la présente affaire. Je vais d'abord définir le droit de l'appellant à la vie privée et ensuite déterminer si l'attente qu'il avait en matière de vie privée était raisonnable. Je vais ensuite examiner le caractère raisonnable de la prétendue fouille; cette analyse consistera notamment à déterminer les motifs requis pour justifier l'utilisation du chien renifleur dans les circonstances de la présente affaire, ainsi qu'à évaluer la manière dont la fouille a été effectuée.

#### 3.3.1 Caractère raisonnable de l'attente de l'appellant en matière de vie privée

[171] La première étape consiste à déterminer si l'appellant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui fait intervenir la protection constitutionnelle de l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Pour ce faire, il faut définir clairement le droit à la vie privée en cause et procéder à une évaluation contextuelle du caractère raisonnable, tant objectif que subjectif, de ce droit.

[172] À ce stade de l'analyse, la principale question à laquelle il faut répondre est la suivante : Pendant qu'il se trouvait dans une gare d'autobus, l'appellant avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des odeurs émanant de son sac qui sont imperceptibles aux humains? À mon avis, la juge du procès a commis une erreur en tirant une conclusion négative à cet égard.

[173] En analysant le caractère raisonnable de l'attente que l'appellant avait en matière de vie privée, la juge Romaine a commis une erreur en concluant à tort que le chien renifleur avait été utilisé pour identifier les odeurs à l'*extérieur* du sac de l'appellant.

[174] It is significant that the odours in and emanating from the appellant's bag were imperceptible to humans, hence the need for a dog to detect the narcotics. This is not a case in which the police were relying on their own senses. Rather, they used the dog to obtain information about the possible presence of a controlled substance *inside* the appellant's bag, as opposed to something that was outside the bag. They used the dog to identify the contents of, and not merely the odours emanating from, the bag. By detecting what was in the air in the vicinity of the appellant's bag, the dog functioned as an investigative tool that allowed the police to conclude, in light of the dog's 90 to 92 percent success rate, that there was a controlled substance inside the bag.

[175] The dog's positive indication allowed for a strong, immediate and direct inference to be made about the contents of the appellant's bag, and this involved a certain intrusion on informational privacy, as defined in *Tessling*, at para. 23. The right to informational privacy protects biographical information, including the very nature of the information. In a case involving this right, the relevant elements of informational privacy include intimate personal details about an accused, such as his or her having come into contact with a controlled substance either as a drug trafficker, an illegal drug user or a legal drug user (such as a user of marijuana for medicinal purposes), or by being in the company of drug users. The very personal nature of this information suggests that the appellant had an objectively reasonable expectation of privacy.

[176] Other factors also indicate that the appellant had an objectively reasonable expectation of privacy. He owned and used the bag, he was present at the time of the search, the bag was one that could be carried close to the body, and he did not abandon it or leave it unattended. The conduct of the police in this case also intruded to a certain extent on the

[174] Fait important, les odeurs à l'intérieur du sac de l'appelant et celles qui en émanaient étaient imperceptibles aux humains, d'où la nécessité de recourir à un chien pour détecter les stupéfiants. Ce n'est pas un cas où les policiers se fiaient à leurs propres sens. Ils ont plutôt utilisé le chien pour recueillir des renseignements concernant la présence possible d'une substance réglementée à l'intérieur du sac de l'appelant, plutôt qu'au sujet de quelque chose qui se trouvait à l'extérieur du sac en question. Ils ont utilisé le chien pour déterminer le contenu du sac et non simplement pour identifier les odeurs qui en émanaient. En décelant ce qu'il y avait dans l'air à proximité du sac de l'appelant, le chien a servi d'outil d'enquête qui a permis aux policiers de conclure — eu égard au taux de réussite du chien qui était de 90 à 92 pour 100 — que le sac contenait une substance réglementée.

[175] L'indication positive donnée par le chien a immédiatement et directement permis aux policiers de faire une forte inférence sur le contenu du sac de l'appelant, ce qui comportait une certaine atteinte au droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, défini au par. 23 de l'arrêt *Tessling*. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels s'applique aux données biographiques, y compris la nature même de ces données. Dans une affaire où il est question de ce droit, les éléments pertinents qui sont protégés sont notamment les détails intimes concernant un accusé, tel le fait d'être entré en contact avec une substance réglementée soit en tant que trafiquant de drogue, en tant que personne qui consomme de la drogue illégalement ou encore légalement comme celle qui consomme de la marijuana à des fins médicales, ou parce qu'il fréquente des consommateurs de drogue. Ainsi, la nature personnelle de ces informations indique que l'appelant avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée.

[176] D'autres facteurs indiquent également que l'appelant avait une attente objectivement raisonnable en matière de vie privée. L'appelant était le propriétaire et l'utilisateur du sac et il était présent au moment de la fouille; de plus, le sac en question pouvait être porté près du corps et il n'a été ni abandonné ni laissé sans surveillance par l'appelant.

appellant's right to territorial privacy: members of the public have historically used bus terminals to travel as a means of exercising their freedom of mobility, security screening was not done routinely in this terminal and there were no signs indicating that a luggage search was possible. Romaine J. therefore erred in finding that the appellant did not have an objectively reasonable expectation of privacy.

[177] Nevertheless, the appellant's objectively reasonable expectation of privacy in this case is not as high as that in *Hunter v. Southam*. The search in the present case was conducted neither in a workplace nor in a private residence, but in a public place. Moreover, the search technique employed by the police was only minimally intrusive. Thus, the appellant's objectively reasonable expectation of privacy in this case is low compared to the one in *Hunter v. Southam*.

[178] Romaine J. also erred in finding that the appellant did not have a subjective expectation of privacy, as her analysis disregarded the evidence that he had carried the bag close to his body (over his shoulder and close to his elbow) and that he had sought to control access to it. In my view, because he made it clear — both verbally and physically (by preventing Sergeant MacPhee from handling his bag when he opened it) — that he wanted to control access to his bag, the appellant showed that he had a subjective expectation of privacy.

[179] Therefore, it can in my opinion be concluded from the totality of the circumstances that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8.

### 3.3.2 Reasonableness of the Sniffer-Dog Search

[180] Having found that the appellant had a reasonable expectation of privacy, I will now consider

Le comportement adopté par les policiers en l'espèce a aussi, dans une certaine mesure, porté atteinte au droit à la vie privée de l'appellant en ce qui a trait aux lieux : les voyageurs utilisent depuis longtemps les gares d'autobus pour exercer leur liberté de circulation; aucun contrôle de sécurité systématique n'était effectué dans la gare en question et aucune affiche n'indiquait que les bagages pouvaient être fouillés. La juge Romaine a donc commis une erreur en concluant que l'appellant n'avait aucune attente objectivement raisonnable en matière de vie privée.

[177] Cependant, l'attente objectivement raisonnable que l'appellant avait en matière de vie privée dans la présente affaire n'est pas aussi grande que dans l'affaire *Hunter c. Southam*. En l'espèce, la fouille a été effectuée non pas dans un lieu de travail ou dans une résidence privée, mais plutôt dans un lieu public. De plus, la technique de fouille utilisée par les policiers ne portait qu'une atteinte minimale. Par conséquent, l'attente objectivement raisonnable que l'appellant avait en matière de vie privée en l'espèce était faible comparativement à celle constatée dans *Hunter c. Southam*.

[178] La juge Romaine a aussi commis une erreur en concluant que l'appellant n'avait pas d'attente subjective en matière de vie privée, étant donné que, dans son analyse, elle n'a pas tenu compte de la preuve que l'appellant avait transporté le sac près de son corps (sur son épaule et près de son coude) et qu'il avait tenté d'en limiter l'accès. J'estime que, parce qu'il a clairement indiqué — tant verbalement que physiquement (en empêchant le sergent MacPhee de toucher au sac au moment où il l'ouvrait) — qu'il voulait limiter l'accès à son sac, l'appellant a montré qu'il avait une attente subjective en matière de vie privée.

[179] Par conséquent, je suis d'avis que l'ensemble des circonstances permet de conclure que l'appellant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8.

### 3.3.2 Caractère raisonnable de la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur

[180] Après avoir conclu que l'appellant avait une attente raisonnable en matière de vie privée, je vais

whether the search was reasonable. As I noted above, the use of the sniffer dog in this case has not been characterized as a search incidental to an investigative detention. The alleged authority for the search is not dependent, therefore, on the detention of the appellant.

[181] Rather, what is in issue is whether the circumstances of this case justify the recognition of a common law power to conduct a search using a sniffer dog. It must therefore be asked whether the conduct of the police in using the dog satisfied the *Waterfield* test.

### 3.3.2.1 *Application of the Waterfield Test*

[182] As was mentioned above, to satisfy the requirement of the first stage of the *Waterfield* test, the Crown must demonstrate that the police were acting in pursuit of a lawful duty when they engaged in the conduct at issue. In the case at bar, the trial judge found that the police were investigating ongoing narcotics trafficking as part of a proactive program being carried out in bus terminals, train stations and airports. It is well established at common law that the investigation and prevention of crime is a duty of the police: see *Dedman*, p. 32, and *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443. In my view, the police were clearly acting in pursuit of their common law duty to investigate and prevent crime when they observed and questioned the appellant and, subsequently, when they used the dog to detect the presence of narcotics. I therefore have no difficulty in finding that the requirement of the first stage of the *Waterfield* test is satisfied in the instant case.

[183] However, it is not enough that the police were acting in pursuit of a lawful duty when they used the dog in this case. The Crown must also establish that the powers were used in a way that met the standard of what is reasonably necessary in light of the totality of the circumstances.

maintenant examiner la question de savoir si la fouille était raisonnable, c'est-à-dire non abusive. Comme je l'ai déjà souligné, l'utilisation du chien renifleur en l'espèce n'a pas été qualifiée de fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête. Le prétendu pouvoir de procéder à la fouille n'est donc pas fonction de la détention de l'appellant.

[181] La question est plutôt de savoir si les circonstances de la présente affaire justifient la reconnaissance d'un pouvoir de common law d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur. Il faut donc se demander si le comportement que les policiers ont adopté en utilisant le chien satisfaisait à la grille d'analyse de *Waterfield*.

### 3.3.2.1 *Application de la grille d'analyse de Waterfield*

[182] Comme nous l'avons vu, pour satisfaire à l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield*, le ministère public doit démontrer que les policiers agissaient dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'ils ont adopté le comportement en cause. En l'espèce, la juge du procès a conclu que les policiers enquêtaient sur le trafic de stupéfiants dans le cadre d'un programme proactif visant les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les aéroports. Il est bien établi en common law que les policiers ont le devoir d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime : voir les arrêts *Dedman*, p. 32, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443. J'estime qu'il est évident que les policiers s'acquittaient de leur devoir de common law d'effectuer des enquêtes criminelles et de prévenir le crime au moment où ils observaient et questionnaient l'appellant et lorsque, par la suite, ils ont utilisé le chien pour détecter la présence de stupéfiants. Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que l'exigence de la première étape de l'analyse de *Waterfield* est respectée en l'espèce.

[183] Toutefois, il ne suffit pas que les policiers aient agi dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'ils ont utilisé le chien en l'espèce. Le ministère public doit aussi établir que les pouvoirs ont été exercés d'une manière qui respectait la norme de ce qui est raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances.

[184] The objective being pursued by the police was an important one, because trafficking in illegal drugs is a serious criminal offence. As has already been mentioned, the offence in issue in this case carries a maximum punishment of life imprisonment. Drug trafficking leads to other crimes. Illegal hard drugs such as cocaine are widely recognized to be a serious problem in our society. Their use not only fuels organized crime, but can also destroy lives. The police have determined that public transportation is one of the conduits through which illegal drugs pass in Canada, so they have taken proactive steps to intercept them and, where appropriate, to prosecute the drug couriers who facilitate the movement of these substances: see also *R. v. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315 (use of a sniffer dog in an airport as part of Operation Jetway). By directing their law enforcement efforts at bus, train and air travel — and not just at one or two of these modes of travel — the police have embarked on a comprehensive program which appears to be designed to ensure that none of these means of transportation becomes more attractive than another for drug traffickers.

[185] The method employed by the police officers in the case at bar was to use a well-trained and highly accurate sniffer dog as an investigative tool in furtherance of their law enforcement duties. The officer in charge of the Operation Jetway team on the day in question was experienced and well trained. The trial judge found that Sergeant MacPhee had acted properly at all times while observing, questioning and investigating the appellant. Other officers became involved only once Sergeant MacPhee entertained reasonable suspicions. This demonstrates a prudent progression in the investigation towards the eventual use of the dog, as opposed to a casual or cavalier attitude to using it.

[186] Regarding the scope of the interference with the appellant's privacy interest, the dog could not have been less intrusive — she merely sat down immediately upon entering the foyer to indicate the presence of a controlled substance. The subsequent physical search of the appellant's bag by the officers

[184] L'objectif visé par les policiers était important du fait que le trafic de drogues illicites est une infraction criminelle grave. Comme je l'ai déjà mentionné, l'infraction dont il est question en l'espèce est punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à vie. Le trafic des stupéfiants mène à d'autres crimes. Il est largement reconnu que les drogues dures illicites comme la cocaïne constituent un problème grave dans notre société. En plus d'alimenter le crime organisé, la consommation de ces drogues peut détruire des vies. La police a déterminé que le transport public est l'un des moyens utilisés pour faire passer des drogues illicites au Canada, et elle a donc pris des mesures proactives destinées à intercepter ces substances et, s'il y a lieu, à poursuivre les passeurs de drogue qui en facilitent la circulation : voir également *R. c. Truong* (2002), 168 C.C.C. (3d) 132, 2002 BCCA 315 (utilisation d'un chien renifleur dans un aéroport dans le cadre de l'opération Jetway). En ciblant les autobus, les trains et le secteur du transport aérien — et non seulement une ou deux de ces façons de voyager —, les policiers ont mis en place un vaste programme qui paraît avoir pour but d'empêcher que l'un de ces moyens de transport devienne plus attrayant que les autres aux yeux des trafiquants de drogue.

[185] Dans la présente affaire, les policiers ont choisi d'utiliser un chien renifleur bien dressé et très fiable comme outil d'enquête en exerçant leurs fonctions liées à l'application de la loi. Le policier qui, le jour en question, était responsable de l'équipe de l'opération Jetway était expérimenté et qualifié. La juge du procès a conclu que le sergent MacPhee avait toujours agi correctement en observant et questionnant l'appelant et en enquêtant sur lui. Ce n'est que lorsque le sergent MacPhee a eu des soupçons raisonnables que d'autres policiers sont intervenus. Cela démontre que le recours subséquent au chien est le résultat d'une évolution prudente de l'enquête et non d'une attitude désinvolte ou cavalière.

[186] Quant à l'étendue de l'atteinte au droit de l'appelant à la vie privée, le chien n'aurait pas pu agir de façon moins envahissante : dès son entrée dans le vestibule, il s'est simplement mis en position assise pour indiquer la présence d'une substance réglementée. La fouille du sac de l'appelant à laquelle les policiers

could not have taken place were it not for the dog's positive indication of the presence of narcotics.

[187] The trial judge found that the police had a reasonable suspicion that justified their use of the dog. The observation and questioning of the appellant by the police resulted in “objectively discernible facts” that, in combination, aroused a reasonable suspicion that he was in possession of a controlled substance (para. 54). The facts that Sergeant MacPhee observed before speaking to the appellant are summarized by the trial judge as follows (at para. 27):

- (a) the original “elongated” eye contact between Sergeant MacPhee and the appellant as the appellant disembarked from the bus;
- (b) the unusual route the appellant took around the bus;
- (c) the fact that the appellant positioned himself behind Sergeant MacPhee for no apparent reason;
- (d) the way the appellant carried his bag over his shoulder;
- (e) the absence of identification tags on the appellant's bag;
- (f) the way the appellant stopped and turned to make eye contact with Sergeant MacPhee on his way to the washroom;
- (g) the appellant's “elongated” eye contact with Sergeant MacPhee after leaving the washroom; and
- (h) the way the appellant stopped and turned before going through the terminal's exit doors.

The discussion between the appellant and Sergeant MacPhee further raised the officer's suspicions, including the appellant's admission that he had purchased his ticket at the last minute and his increasingly suspicious behaviour as drug trafficking was discussed — he became “antsy”, fidgety, inattentive and irritated, and his behaviour progressed

ont ensuite procédé n'aurait pas pu avoir lieu si le chien n'avait pas signalé la présence de stupéfiants.

[187] La juge du procès a conclu que les policiers avaient des soupçons raisonnables qui justifiaient leur utilisation du chien. En observant et en questionnant l'appelant, les policiers ont relevé des [TRADUCTION] « faits objectivement discernables » qui, pris ensemble, ont fait naître des soupçons raisonnables qu'il était en possession d'une substance réglementée (par. 54). La juge du procès résume ainsi les faits que le sergent MacPhee a relevés avant de parler à l'appelant (par. 27) :

- a) le long regard initial que le sergent MacPhee et l'appelant ont échangé au moment où ce dernier descendait de l'autobus;
- b) la façon inhabituelle dont l'appelant a fait le tour de l'autobus;
- c) le fait que l'appelant se soit placé derrière le sergent MacPhee sans raison apparente;
- d) la manière dont l'appelant transportait son sac sur son épaule;
- e) l'absence d'étiquette d'identification sur le sac de l'appelant;
- f) le fait que l'appelant se soit immobilisé et se soit retourné pour échanger un regard avec le sergent MacPhee lorsqu'il se dirigeait vers les toilettes;
- g) le long regard que le sergent MacPhee et l'appelant ont échangé après que l'appelant eut quitté les toilettes;
- h) le fait que l'appelant se soit immobilisé et se soit retourné juste devant les portes de sortie de la gare.

La discussion entre l'appelant et le sergent MacPhee a augmenté les soupçons du policier, notamment lorsque l'appelant a reconnu avoir acheté son billet à la dernière minute et que son comportement est devenu de plus en plus suspect au fur et à mesure qu'ils parlaient de trafic de stupéfiants — il est devenu « nerveux », agité, distrait, irrité et progressivement

towards panic as Sergeant MacPhee approached his bag. Because Romaine J. properly considered the foregoing evidence in light of the totality of the circumstances, her findings of fact are entitled to deference. Taking a global view of the facts, she concluded (at para. 55):

Most of the facts listed are specific to Mr. Kang-Brown and not merely behaviour that could be said to be common to any traveller. Some of them, such as the “elongated stare”, may be of little weight on their own, but, as a group, they serve to give Sergeant MacPhee the requisite reasonable suspicion necessary to justify an investigative detention. The observations were made by an experienced and trained officer, and had nothing of an impermissible discriminatory nature that could taint them. [Emphasis added.]

[188] This raises an important legal question in this appeal: What grounds were required before the police were reasonably justified in using their sniffer dog in the instant case?

[189] Given that I have found that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8, it would not have been reasonable for the police to use a sniffer dog to check his bag if they had no grounds for doing so. The police were investigating the trafficking of illegal drugs. Although the trafficking of illegal drugs via public transportation is a serious problem, no evidence was adduced in this case that would support the random use of a sniffer dog to check the luggage of all bus travellers. As we have seen, however, the police had grounds for using the dog. Were these grounds sufficient in the circumstances of this case?

[190] *Hunter v. Southam* (at pp. 159-60) requires that the privacy interests of individuals be balanced against societal interests. The question we must answer is whether it was reasonably necessary in light of the totality of the circumstances of this case to adopt the highest standard.

[191] The intermediate standard has been applied not only in exigent circumstances, as in *Mann* and

affolé lorsque le sergent MacPhee s’est approché de son sac. Parce que la juge Romaine a considéré à bon droit la preuve qui précède en fonction de l’ensemble des circonstances, ses conclusions de fait commandent la déférence. Prenant les faits de façon globale, elle a conclu (par. 55) :

[TRADUCTION] Les faits énumérés concernent, pour la plupart, M. Kang-Brown et non simplement un comportement susceptible d’être qualifié de commun à tous les voyageurs. Certains de ces faits, comme le « long regard », peuvent avoir peu de poids lorsqu’ils sont pris individuellement, mais collectivement, ils contribuent à susciter chez le sergent MacPhee les soupçons raisonnables requis pour justifier une détention aux fins d’enquête. Les observations émanaient d’un policier expérimenté et qualifié, et n’avaient aucunement une nature discriminatoire inacceptable susceptible de les ternir. [Je souligne.]

[188] Cela soulève une importante question juridique dans le présent pourvoi : Quels motifs devaient avoir les policiers pour être raisonnablement justifiés d’utiliser leur chien renifleur en l’espèce?

[189] Étant donné que j’ai conclu que l’appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l’art. 8, il n’aurait pas été raisonnable que les policiers utilisent un chien renifleur pour vérifier son sac s’ils n’avaient eu aucun motif de le faire. Les policiers enquêtaient sur le trafic de drogues illicites. Bien que le trafic de drogues illicites au moyen des transports publics soit un problème grave, on n’a produit en l’espèce aucune preuve qui justifierait l’utilisation au hasard d’un chien renifleur pour vérifier les bagages de toutes les personnes qui voyagent en autobus. Toutefois, comme nous l’avons vu, les policiers avaient des motifs d’utiliser le chien en question. Ces motifs étaient-ils suffisants dans les circonstances de la présente affaire?

[190] Selon l’arrêt *Hunter c. Southam* (p. 159-160), le droit à la vie privée des individus doit être soupesé en fonction des intérêts de la société. La question à laquelle nous devons répondre est de savoir si, eu égard à l’ensemble des circonstances de la présente affaire, il était raisonnablement nécessaire d’adopter la norme la plus stricte.

[191] La norme intermédiaire a été appliquée non seulement dans des situations d’urgence comme

*Clayton*, but also where, as in *Dedman*, a lower expectation of privacy is combined with the need to combat serious social problems. In the case at bar, in my view, not only did the appellant have a lower expectation of privacy in the face of a serious social problem, but a number of safeguards were in place that limited the intrusiveness of the use of the sniffer dog. The dog in this case was used in a public place, as opposed to a private residence or a workplace. It could only detect drugs that were identified as posing serious problems. The officers concerned were well trained and experienced, and rather than using the dog routinely or randomly, they used it as a last resort in a progressive investigation that the trial judge found to be completely proper. Armed with a reasonable suspicion, the police used the dog as a minimally intrusive investigative tool. Furthermore, they would not have been able to obtain a warrant, as the appellant's behaviour suggested that he was growing increasingly nervous and was preparing to exit the terminal. In these circumstances, the reasonable suspicion standard constitutes a reasonably necessary, and therefore justifiable, use of police powers because it strikes an appropriate balance between the appellant's reasonable privacy interest and society's interest in interdicting illicit substances carried on public transportation.

[192] The use of sniffer dogs as a law enforcement tool would be neutralized were this Court to require reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered before finding their use constitutional. If police officers already have reasonable grounds, they will, *ipso facto*, be engaged in activities that are more intrusive than the use of a sniffer dog, and the only way a sniffer dog might then be useful would be as a means to expedite the search. See K. L. Pollack, "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, at p. 805. Therefore, although a "mere

dans les affaires *Mann* et *Clayton*, mais également lorsque l'attente en matière de vie privée est moindre et qu'il est nécessaire de s'attaquer à des problèmes sociaux graves, comme c'était le cas dans l'affaire *Dedman*. J'estime qu'en l'espèce l'appelant avait non seulement une attente moindre en matière de vie privée face à un grave problème social, mais encore qu'il existait un certain nombre de garanties qui limitaient le caractère envahissant de l'utilisation du chien renifleur. En l'espèce, le chien a été utilisé dans un lieu public plutôt que dans une résidence privée ou dans un lieu de travail. Il ne pouvait détecter que les drogues reconnues comme posant de graves problèmes. Les policiers en cause étaient qualifiés et expérimentés, et au lieu d'utiliser le chien de manière systématique ou au hasard, ils y recouraient en dernier ressort dans le cadre d'une enquête progressive tout à fait adéquate, selon la juge du procès. Les policiers, qui avaient des soupçons raisonnables, ont eu recours au chien en tant qu'outil d'enquête impliquant une atteinte minimale. De plus, ils n'auraient pas été en mesure d'obtenir un mandat étant donné qu'il ressortait du comportement de l'appelant que celui-ci devenait de plus en plus nerveux et qu'il se préparait à sortir de la gare. Dans ces circonstances, l'application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu'il permet d'établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l'appelant à la vie privée et l'intérêt qu'a la société à empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites.

[192] Les chiens renifleurs deviendraient un outil inefficace pour appliquer la loi si notre Cour devait exiger qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts pour que l'utilisation de ces chiens soit conforme à la Constitution. Si les policiers ont déjà des motifs raisonnables, ils exerceront par le fait même des activités plus envahissantes que l'utilisation d'un chien renifleur, et la seule utilité que pourrait alors avoir un chien renifleur serait d'accélérer la fouille ou perquisition. Voir K. L. Pollack, « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion

hunch” will never be sufficient for the purposes of the reasonable suspicion standard, courts must not, in assessing the grounds, be so demanding that this standard becomes a reincarnation of the reasonable grounds to believe standard.

[193] In the United States, numerous state courts have adopted the reasonable suspicion standard for sniffer-dog searches: see, e.g., *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (N.Y. Ct. App. 1990), at p. 1058; *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (N.H. Sup. Ct. 1990), at pp. 716-17; *McGahan v. State*, 807 P.2d 506 (Alaska Ct. App. 1991), at pp. 510-11; *Commonwealth v. Johnston*, 530 A.2d 74 (Pa. Super. Ct. 1987), at pp. 79-80; W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 1, § 2.2(g), fn. 431 (citing other state decisions in which the reasonable suspicion standard was adopted for sniffer-dog searches). See also *United States v. Place*, at p. 723, *per* Blackmun J. (Marshall J. concurring).

[194] In the case at bar, because the police had a reasonable suspicion that narcotics would be discovered, I find that they were justified in using a sniffer dog to check the appellant’s bag.

### 3.3.2.2 *Evaluation of the Manner in Which the Sniffer-Dog Search Was Conducted*

[195] Having found that the search in this case was justified on the basis of the reasonable suspicion standard and that the police had a reasonable suspicion, I must now determine whether the search was conducted in a reasonable manner.

[196] The police did not, in the context of Operation Jetway, use sniffer dogs randomly at the bus terminal where the appellant was searched. First, they had obtained the permission of the terminal’s management to do so. Second, it is after

Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, p. 805. Par conséquent, même si une « simple intuition » ne sera jamais suffisante pour les besoins de la norme des soupçons raisonnables, les tribunaux ne doivent pas, dans leur évaluation des motifs, être exigeants au point de faire de cette norme une réincarnation de la norme des motifs raisonnables de croire.

[193] Aux États-Unis, de nombreux tribunaux des États ont appliqué la norme des soupçons raisonnables aux fouilles ou perquisitions effectuées à l’aide d’un chien renifleur : voir, par exemple, *People v. Dunn*, 564 N.E.2d 1054 (N.Y. Ct. App. 1990), p. 1058; *State v. Pellicci*, 580 A.2d 710 (N.H. Sup. Ct. 1990), p. 716-717; *McGahan c. State*, 807 P.2d 506 (Alaska Ct. App. 1991), p. 510-511; *Commonwealth c. Johnston*, 530 A.2d 74 (Pa. Super. Ct. 1987), p. 79-80; W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4<sup>e</sup> éd. 2004), vol. 1, §2.2g), note en bas de page 431 (où l’on cite d’autres décisions de tribunaux des États dans lesquelles la norme des soupçons raisonnables a été appliquée à des fouilles ou perquisitions effectuées à l’aide d’un chien renifleur). Voir également l’arrêt *United States c. Place*, p. 723, le juge Blackmun (avec l’appui du juge Marshall).

[194] En l’espèce, puisque les policiers avaient des soupçons raisonnables que des stupéfiants seraient découverts, je conclus qu’ils étaient justifiés d’utiliser un chien renifleur pour vérifier le sac de l’appelant.

### 3.3.2.2 *Évaluation de la manière dont la fouille à l’aide d’un chien renifleur a été effectuée*

[195] Après avoir conclu qu’en l’espèce la fouille était justifiée selon la norme des soupçons raisonnables et que les policiers avaient de tels soupçons, je dois maintenant déterminer si la fouille a été effectuée d’une manière non abusive.

[196] Dans le cadre de l’opération Jetway, les policiers n’utilisaient pas des chiens renifleurs au hasard à la gare d’autobus où l’appelant a été fouillé. Ils avaient plutôt été autorisés à le faire par la direction de la gare; de plus, ce n’est qu’après

having observed the appellant in this public place that the police determined that he was a person of interest. The trial judge found their questioning of the appellant to be entirely appropriate. Only after Sergeant MacPhee's reasonable suspicion was sufficiently aroused did he signal for the sniffer dog to approach.

[197] In this case, the dog could not have been more passive or less intrusive in her work. All she did to give a positive indication of the presence of narcotics was to sit down. I therefore have no difficulty in concluding, based on the record, that the sniffer-dog search was conducted in a reasonable manner.

[198] As in the case considered by Fish J.A. (as he then was) in *R. v. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (Que. C.A.), in light of the totality of the circumstances, the police in the case at bar made limited and prudent use of a law enforcement tool that was available to them. This demonstrates that potentially valuable police tools such as roadblocks (as in *Murray*) and sniffer dogs (as in this case) can be restricted to constitutionally valid uses. A ban is not warranted.

[199] Accordingly, it is my view that the use of the sniffer dog in this case was a justifiable use of police powers associated with investigating and preventing drug trafficking at a public bus terminal, and was in full compliance with s. 8 of the *Charter*.

### 3.3.2.3 *Subsequent Physical Search of the Appellant's Bag*

[200] It is clear from the evidence of the high accuracy rate of the dog in question that its positive indication of the presence of narcotics provided the police with reasonable grounds to arrest the appellant and to search his bag by hand in a search incidental to arrest. Therefore, the appellant's s. 8 rights were not infringed in this case.

avoir observé l'appellant dans ce lieu public que les policiers ont jugé que ce dernier présentait un intérêt. La juge du procès a estimé que leur interrogatoire de l'appellant était tout à fait approprié. Ce n'est qu'après qu'il a eu suffisamment de soupçons raisonnables que le sergent MacPhee a fait signe d'amener le chien renifleur.

[197] Dans la présente affaire, le chien n'aurait pas pu faire son travail de façon plus passive ou moins envahissante. Pour indiquer la présence de stupéfiants, il se mettait simplement en position assise. Je n'ai donc aucune hésitation à conclure, sur le fondement du dossier, que la fouille à l'aide du chien renifleur a été effectuée d'une manière non abusive.

[198] Comme dans l'affaire *R. c. Murray* (1999), 136 C.C.C. (3d) 197 (C.A. Qué.), examinée par le juge Fish (maintenant juge de notre Cour), les policiers en l'espèce ont, compte tenu de l'ensemble des circonstances, fait un usage limité et prudent d'un outil d'application de la loi dont ils disposaient. Cela démontre qu'il est possible d'exiger que des mesures susceptibles d'être très utiles aux policiers — tels les barrages routiers (comme dans l'affaire *Murray*) et les chiens renifleurs (comme en l'espèce) — ne soient prises que d'une manière conforme à la Constitution. Une interdiction n'est pas justifiée.

[199] Je suis donc d'avis qu'en l'espèce l'utilisation du chien renifleur constituait un exercice justifiable des pouvoirs policiers liés à la fonction d'enquête et de prévention du trafic de stupéfiants dans une gare d'autobus et qu'elle était tout à fait conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

### 3.3.2.3 *Fouille subséquente du sac de l'appellant*

[200] Il ressort de la preuve du taux de fiabilité élevé du chien en question que le fait qu'il a indiqué la présence de stupéfiants a donné aux policiers des motifs raisonnables d'arrêter l'appellant et de fouiller manuellement son sac dans le cadre d'une fouille accessoire à son arrestation. Par conséquent, les droits que l'art. 8 garantit à l'appellant n'ont pas été violés en l'espèce.

### 3.3.2.4 *Additional Comments*

[201] I have had the benefit of reading the reasons of Binnie J., which invite the following comments.

[202] First, in determining whether the police in the instant case had the reasonable suspicion they needed to search the suspect, he deconstructs the evidence in microscopic detail, piece by piece and stage by stage. Breaking the conduct of the police down by stages to determine whether each piece of evidence is relevant or probative instead of considering the evidence as a whole as it naturally unfolded results in an artificial analysis. In my view, this recasting of the facts neither accurately nor fairly reflects the totality of the facts and circumstances confronted by the police in this case.

[203] Second, by deconstructing the evidence through an artificial stage-by-stage analysis, Binnie J. intervenes not only in the trial judge's legal approach, but also in her findings of fact: see in particular the comment quoted above from para. 55 of Romaine J.'s reasons. Binnie J. offers no justification for either his reinterpretation of the evidence adduced at trial or his direct contradiction of Romaine J.'s findings of fact. In my view, deconstructing the evidence in this way is improper.

[204] Moreover, the mention, at para. 81 of Justice Binnie's reasons, that the dog "'alerted' to the appellant as he alighted" is problematic for two reasons: first, it is not properly before this Court (Sergeant MacPhee testified that he did not recall being made aware of this fact, and the trial judge made no finding on the matter) and, second, it amounts to a veiled attempt both to impugn the conduct of the police officers in this case and to criticize Operation Jetway in its entirety. This exceeds the scope of this Court's jurisdiction in the instant case.

[205] Finally, the stage-by-stage reinterpretation — and ultimate rejection — of the evidence in

### 3.3.2.4 *Commentaires additionnels*

[201] J'ai pris connaissance des motifs du juge Binnie, ce qui m'incite à faire les commentaires suivants.

[202] Premièrement, pour déterminer si, en l'espèce, les policiers avaient les soupçons raisonnables requis pour fouiller le suspect, il déconstruit la preuve pour la réduire en pièces microscopiques et il en analyse individuellement chaque élément et chaque étape. Le fait de diviser par étapes le comportement des policiers pour décider si chaque élément de preuve est pertinent ou probant, au lieu d'examiner l'ensemble de la preuve au fur et à mesure qu'elle s'est formée naturellement, rend l'analyse artificielle. J'estime que ce remaniement des faits ne reflète ni exactement ni équitablement l'ensemble des faits et des circonstances auquel les policiers faisaient face en l'espèce.

[203] Deuxièmement, en déconstruisant la preuve au moyen d'une analyse artificielle de chaque étape, le juge Binnie modifie non seulement l'approche juridique de la juge du procès, mais encore ses conclusions de fait : voir notamment le commentaire précité tiré du par. 55 des motifs de la juge Romaine. Le juge Binnie ne fournit aucune justification de sa réinterprétation de la preuve présentée au procès ni de sa contradiction directe des conclusions de fait de la juge Romaine. J'estime qu'il ne convient pas de déconstruire ainsi la preuve.

[204] De plus, l'allégation, mentionnée au par. 81 des motifs du juge Binnie, que le chien « a "éveillé l'attention" sur l'appelant au moment où il descendait » est problématique pour deux raisons : premièrement, elle est irrecevable devant notre Cour (le sergent MacPhee ayant témoigné qu'il ne se souvenait pas d'avoir pris connaissance de ce fait, et la juge du procès n'ayant tiré aucune conclusion à cet égard) et, deuxièmement, elle constitue une tentative dissimulée de jeter le doute sur le comportement des policiers en l'espèce et de critiquer l'ensemble de l'opération Jetway. Cela outrepassé la compétence de notre Cour en l'espèce.

[205] Enfin, la réinterprétation étape par étape — et le rejet en fin de compte — de la preuve soumise

this case implies that the evidentiary requirements for meeting the reasonable suspicion standard are so high that this standard is equivalent to that of reasonable grounds to believe, and is accordingly redundant. Not only does this conflation of legal standards do little to clarify the law, but its effect promises to be that the police will have even less certainty regarding the proper use of sniffer dogs. I cannot imagine a fact situation that would, on Binnie J.'s analysis, while satisfying the evidentiary requirements for reasonable suspicion, fail to satisfy the requirements for reasonable grounds to believe. Consequently, the inevitable implication of his approach is to tilt the balance between individual and societal interests in favour of individuals regardless of whether doing so is justifiable.

### 3.4 *Application of Section 24(2)*

[206] It is not necessary to consider excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, since no infringement of a *Charter* right has been established.

## 4. Disposition

[207] The police depend on sniffer dogs to detect explosives at airports, drugs in public places and fugitives from justice. They cannot be expected to succeed in discharging their duty to prevent crimes as serious as the ones involved in such situations without the assistance of investigative tools like sniffer dogs. Drug traffickers have shown that there are no limits to their imagination when it comes to concealing hard drugs, whose odours are often imperceptible to humans, and then spiriting them across international borders and across the country. One of the most effective tools for detecting such substances is the sniffer dog, and this is why sniffer dogs have been used, and used successfully, for decades in this country. However, as I stated at the outset of these reasons, the effectiveness of a law enforcement tool is only one of many factors to be considered in determining whether its use is constitutional. It is this Court's responsibility to

en l'espèce laisse entendre que les exigences en matière de preuve auxquelles il faut satisfaire pour respecter la norme des soupçons raisonnables sont si élevées que cette norme équivaut à celle des motifs raisonnables de croire et est donc redondante. Non seulement cette fusion de normes juridiques contribue peu à clarifier le droit, mais encore elle permet de croire que les policiers seront alors encore moins certains de l'utilisation qu'ils peuvent faire des chiens renifleurs. Je ne vois pas quels faits pourraient, selon l'analyse du juge Binnie, satisfaire à la norme des soupçons raisonnables et, en même temps, ne pas satisfaire à celle des motifs raisonnables de croire. Son approche a donc pour conséquence inévitable de créer, entre les intérêts des individus et ceux de la société, un déséquilibre en faveur des individus peu importe que ce soit justifiable ou non.

### 3.4 *Application du par. 24(2)*

[206] Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner la question de l'exclusion de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, étant donné que l'existence d'une violation d'un droit garanti par la *Charte* n'a pas été établie.

## 4. Dispositif

[207] Les policiers ont besoin des chiens renifleurs pour détecter les explosifs dans les aéroports et les drogues dans les endroits publics, de même que pour trouver les personnes qui fuient la justice. On ne peut s'attendre à ce qu'ils réussissent à s'acquitter de leur devoir de prévenir des crimes graves comme ceux dont il est question dans ces cas sans utiliser des outils d'enquête comme les chiens renifleurs. Les trafiquants de drogue ont démontré que leur imagination ne connaît pas de limites lorsqu'il s'agit de dissimuler des drogues dures, dont les odeurs sont souvent imperceptibles aux humains, pour les faire passer en contrebande et les faire circuler à travers le pays. Le chien renifleur est l'un des outils les plus efficaces pour détecter ces substances, et c'est pour cette raison qu'il est utilisé — et ce, avec succès — depuis des décennies dans notre pays. Toutefois, comme je l'ai fait remarquer au début des présents motifs, l'efficacité d'un outil

provide guidance on the permissible uses of such tools in particular contexts and circumstances.

[208] Where, as in the instant case, a common law police power is in issue, this Court is responsible for providing guidance to the lower courts and the police on the lawful uses of tools such as sniffer dogs. Parliament may choose at any time to enact legislation to more precisely delimit the valid uses of sniffer dogs. Any such legislation would, in the event that the matter was brought before this Court, be subject to review by the Court to ensure that it is consistent with the *Charter*. However, in the intervening time — months, and likely years —, the police need legal guidance on the permissible uses of sniffer dogs. For the Court to decline to provide such guidance at this time entails grave risks. On the one hand, if there is excessive ambiguity concerning the permissible use of sniffer dogs, law enforcement authorities may take an overly cautious approach by failing to employ sniffer dogs where their use would be critically important and constitutionally valid. On the other hand, an overly aggressive use of sniffer dogs risks infringing the constitutionally protected privacy interests of an unknown, and potentially unlimited, number of individuals.

[209] Sniffer dogs have many uses in many different contexts. In each case, it is first necessary to determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy in light of the totality of the circumstances. If the accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, the court must then determine, based on the *Waterfield* test, what grounds were required for the use of the dog to be authorized. If the standard is met, then the final requirement under s. 8 is that the dog be used in a reasonable manner.

d'application de la loi n'est que l'un des nombreux facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la constitutionnalité de son utilisation. Il incombe à notre Cour de donner des indications sur les usages qui peuvent être faits de tels outils dans certains contextes et circonstances.

[208] Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'un pouvoir policier conféré par la common law, il incombe à notre Cour de donner aux tribunaux d'instance inférieure et aux policiers des indications sur les utilisations légitimes qui peuvent être faites d'outils comme les chiens renifleurs. Le législateur peut en tout temps choisir d'adopter une mesure législative destinée à délimiter plus précisément les utilisations qui peuvent être faites des chiens renifleurs. Si une telle mesure était soumise à l'appréciation de notre Cour, elle ferait alors l'objet d'un contrôle destiné à en assurer la conformité à la *Charte*. Toutefois, d'ici là au cours des mois et probablement des années qui vont suivre, les policiers ont besoin de repères juridiques sur les utilisations acceptables des chiens renifleurs. Le refus de la Cour de fournir maintenant de tels repères comporterait de graves risques. D'une part, s'il y a trop d'ambiguïté au sujet de l'utilisation acceptable des chiens renifleurs, les autorités chargées d'appliquer la loi risqueront de faire montre de prudence excessive en omettant de recourir à ces chiens dans des cas où leur utilisation aurait une importance cruciale et serait conforme à la Constitution. D'autre part, le recours trop agressif à des chiens renifleurs risque de porter atteinte aux droits constitutionnels à la vie privée d'un nombre indéterminé et potentiellement illimité d'individus.

[209] Les chiens renifleurs sont utilisés de maintes façons dans de nombreux contextes différents. Dans chaque cas, il est d'abord nécessaire de déterminer si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée eu égard à l'ensemble des circonstances. Si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*, le tribunal doit alors déterminer, selon la grille d'analyse de *Waterfield*, quels motifs étaient requis pour que l'utilisation du chien soit permise. Si la norme est respectée, l'art. 8 exige enfin que le chien soit utilisé de manière non abusive.

[210] In the circumstances of this case, I have found that the appellant had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*. I have concluded that the standard to be met by the police was a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered. Given that the police had a reasonable suspicion that such evidence would be discovered, and given that the search was conducted in a reasonable manner, I conclude that s. 8 of the *Charter* was not infringed.

[211] Because I have found that the appellant's right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search or seizure was not infringed in the circumstances of this case, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

The following are the reasons delivered by

[212] BASTARACHE J. (dissenting) — The appellant, Gurmakh Kang-Brown, has been found guilty of possession of heroin and possession of cocaine for the purpose of trafficking. The illicit drugs were discovered after Kang-Brown's bag was sniffed by a police dog trained in drug identification at a bus terminal in Calgary. The issue raised before this Court is whether the dog sniff constituted an unreasonable search under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether the drugs discovered pursuant to that search ought to have been excluded as evidence at Kang-Brown's trial.

[213] I have read the respective reasons of my colleagues Binnie, LeBel and Deschamps JJ. and, with respect, I cannot agree with any of them on both this appeal and the accompanying case of *R. v. A.M.*, [2008] 1 S.C.R. 569, 2008 SCC 19. In my view, the important role that sniffer dogs play in the prevention and deterrence of crime must be considered when assessing appropriate use of these animals by law enforcement officers. Although it

[210] Dans les circonstances de la présente affaire, j'ai conclu que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui faisait intervenir l'art. 8 de la *Charte*. J'ai estimé que la norme à laquelle devaient satisfaire les policiers était celle des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seraient découverts. Étant donné que les policiers avaient des soupçons raisonnables que de tels éléments de preuve seraient découverts et que la fouille a été effectuée d'une manière non abusive, je conclus qu'il n'y pas eu de violation de l'art. 8 de la *Charte*.

[211] Étant donné que j'ai conclu que, dans les circonstances de la présente affaire, il n'y a pas eu d'atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

[212] LE JUGE BASTARACHE (dissident) — L'appelant, M. Gurmakh Kang-Brown, a été reconnu coupable de possession d'héroïne et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Ces drogues illicites ont été découvertes après qu'un chien policier dressé à détecter des drogues ait reniflé le sac de M. Kang-Brown dans une gare d'autobus de Calgary. En l'espèce, notre Cour est appelée à décider si l'intervention du chien renifleur constituait une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si les drogues découvertes grâce à cette fouille auraient dû être écartées de la preuve au procès de M. Kang-Brown.

[213] J'ai lu les motifs respectifs de mes collègues les juges Binnie, LeBel et Deschamps dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569, 2008 CSC 19, mais, en toute déférence, je ne puis y souscrire. Il faut, selon moi, tenir compte du rôle important que les chiens renifleurs jouent en matière de prévention et de dissuasion du crime lorsqu'il s'agit d'évaluer l'utilisation que peuvent en faire les policiers. Bien qu'il

is preferable that Parliament provide some specific rules respecting when and how sniffer dogs ought to be employed by police, the absence of legislative direction on this issue makes it necessary for common law principles relating to search and seizure to be applied by the courts. I agree with Binnie and Deschamps JJ. that the common law allows use of sniffer dogs where there is a reasonable suspicion of illegal activity involving drugs.

[214] In my view, however, it is sufficient, under certain conditions, in the context of both public bus terminals and schools, that this reasonable suspicion be of a generalized nature. Thus, where reasonably informed passengers and students would be aware that they may be subject to a sniffer-dog search while on the relevant premises, it is not necessary that police have a reasonable suspicion relating to a specific individual in order for the use of sniffer dogs to be permissible. Allowing dogs to be used, in some circumstances, as part of a random and comprehensive search ensures that inappropriate profiling and targeting does not occur in order to justify individualized suspicion and recognizes the significant role sniffer dogs can have at preventing and deterring drug trafficking. This kind of search is consistent with s. 8 of the *Charter* in some locations, including in airports, public bus and train depots, and in schools.

[215] In my view, the search in this case did not infringe the appellant's *Charter* right against unreasonable search and seizure. Despite the fact that Kang-Brown did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, the police proceeded after they had established a reasonable suspicion that he was carrying illicit substances. Although the police in this case based their search on individualized suspicion, it would have been equally permissible for them to use sniffer dogs to search the luggage of *all* of the passengers at the Greyhound station that day, providing that (a) the police had a reasonable suspicion that drug activity might be occurring at

soit préférable que le législateur établisse des règles particulières sur la question de savoir quand et comment les policiers devraient recourir aux chiens renifleurs, il faut, en l'absence de telles directives de la part du législateur, que les tribunaux appliquent les principes de common law en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Je conviens avec les juges Binnie et Deschamps que la common law permet le recours aux chiens renifleurs lorsqu'il y a des soupçons raisonnables qu'une activité illégale liée à des drogues est exercée.

[214] Toutefois, j'estime que, dans le contexte des gares d'autobus et des écoles, il suffit, sous réserve de certaines conditions, que les soupçons raisonnables soient de nature générale. Donc, dans le cas où des passagers ou des élèves raisonnablement bien informés sauraient qu'ils risquent de faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur lorsqu'ils se trouvent aux endroits pertinents, il n'est pas nécessaire que les policiers aient des soupçons raisonnables au sujet d'un individu particulier pour que leur recours à des chiens renifleurs soit acceptable. En permettant dans certains cas que des chiens soient utilisés dans le cadre d'une fouille générale effectuée au hasard, on évite le profilage et le ciblage inappropriés qui ont pour but de justifier des soupçons précis, et on reconnaît l'important rôle de prévention et de dissuasion que les chiens renifleurs peuvent jouer en matière de trafic de stupéfiants. Une fouille de cette nature est conforme à l'art. 8 de la *Charte* lorsqu'elle est effectuée à certains endroits comme les aéroports, les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les écoles.

[215] À mon avis, la fouille en l'espèce n'a pas porté atteinte au droit que la *Charte* garantit à l'appelant contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Même si M. Kang-Brown avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, les policiers ont agi après avoir eu des soupçons raisonnables qu'il transportait des substances illicites. Bien qu'en l'espèce les policiers aient effectué la fouille sur la foi de soupçons précis, ils auraient tout aussi bien pu utiliser des chiens renifleurs pour fouiller les bagages de *tous* les passagers se trouvant dans la gare Greyhound ce jour-là, pourvu a) qu'ils aient eu des soupçons

the terminal; and (b) reasonably informed passengers were aware of the fact that their baggage may be subject to a sniffer-dog search.

[216] The search against the appellant was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, and the evidence was thus correctly admitted by the trial judge. I would therefore dismiss his appeal from conviction.

### I. Facts

[217] The specific facts of this case are outlined in detail in the decision of the trial judge ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608, at paras. 2-30), and I will not repeat them in their entirety here. For the purposes of these reasons, it is sufficient to note that the appellant was spotted by an undercover RCMP officer as he disembarked a Greyhound bus at the Calgary bus terminal. After the appellant and the officer locked eyes on several occasions, Kang-Brown was approached. The officer identified himself as a member of the RCMP and told Kang-Brown that he was free to leave at any time. When Kang-Brown refused to allow the officer to search his bag after a request to do so, a second officer approached with a dog trained to detect drugs. The dog sniffed the bag and signalled to his handler that drugs were present. Kang-Brown was subsequently arrested and the bag searched, revealing 17 ounces of cocaine. The appellant was also carrying a small mint container containing heroine, which he gave to the officers upon arrest.

[218] The officers in this case were operating as part of the Jetway project. Jetway is a national RCMP initiative that involves undercover officers monitoring travellers in airports and bus and train stations in order to identify and arrest those carrying drugs, explosives, weapons, or other contraband. The program was established in 1997 and trains officers to identify individuals exhibiting

raisonnables qu'une activité liée à la drogue pouvait avoir lieu dans la gare, et b) que des passagers raisonnablement bien informés aient su que leurs bagages pouvaient faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur.

[216] La fouille dont a fait l'objet l'appellant n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et c'est donc à bon droit que la juge du procès a admis la preuve ainsi recueillie. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi que l'appellant a formé contre sa déclaration de culpabilité.

### I. Les faits

[217] Les faits de la présente affaire sont exposés en détail dans la décision de la juge du procès ((2005), 386 A.R. 48, 2005 ABQB 608, par. 2-30) et je ne les reprendrai pas en entier ici. Pour les besoins des présents motifs, il suffit de souligner qu'un agent de la GRC, habillé en civil, a remarqué l'appellant au moment où il descendait d'un autobus Greyhound à la gare d'autobus de Calgary. Le policier a abordé M. Kang-Brown après que ceux-ci eurent échangé des regards à plusieurs reprises. Le policier s'est présenté comme étant un agent de la GRC et a dit à M. Kang-Brown qu'il était libre de partir en tout temps. Lorsque M. Kang-Brown a refusé de permettre au policier de fouiller son sac après que celui-ci lui en ait fait la demande, un deuxième policier s'est approché avec un chien dressé à détecter des drogues. Le chien a reniflé le sac et a indiqué la présence de drogues à son maître. Monsieur Kang-Brown a ensuite été arrêté et une fouille de son sac a permis de découvrir 17 onces de cocaïne. L'appellant transportait également un petit contenant de pastilles à la menthe qui renfermait de l'héroïne et qu'il a remis aux policiers au moment de son arrestation.

[218] Dans la présente affaire, les policiers participaient à l'opération Jetway, qui est un programme national de la GRC dans le cadre duquel des policiers habillés en civil surveillent les voyageurs dans les aéroports, les gares d'autobus et les gares ferroviaires en vue de repérer et d'arrêter les personnes qui transportent de la drogue, des explosifs, des armes ou d'autres marchandises de contrebande.

behaviours which are inconsistent with those of the normal travelling public, including nervousness, avoidance, “rubbernecking”, or elongated stares. When a suspicious individual is identified by an undercover Jetway officer, he or she is approached with the aim of creating a consensual encounter and a consensual search of his or her belongings. Individuals who are approached are told that they are speaking with an officer and that they are free to leave at any time. As this case demonstrates, a sniffer dog may also be used as part of the Jetway process. If the accumulated information leads the officers to believe that there are sufficient grounds for arrest, they do so and then search the suspect’s luggage.

## II. Analysis

[219] Law enforcement officers have been aided by the canine’s keen sense of smell for many years. Evidence in this case indicates that sniffer dogs are currently used by police to detect explosives, to track human scents, to locate human remains, and to identify accelerants frequently used for arson. They are also, of course, used to detect the odour of prohibited substances, including many types of narcotics.

[220] The dog used in this case, Chevy, exemplifies the incredible advantages of using these animals to aid in the detection of illicit substances. Chevy is trained to detect marijuana, cannabis resin, methamphetamine, opium, heroin, psilocybin (magic mushrooms), cocaine and crack cocaine. When she detects one of these substances, she sits down, a signal which her officer-handler is trained to recognize as an “alert” that the odour of drugs has been detected. Chevy’s success rate is estimated to be between 90 and 92 percent, meaning that when she indicates that she has smelt drugs she is in all likelihood correct. Chevy is not alone with this high degree of accuracy — the trial judge found that a sniffer dog’s signal that drugs have been detected

Le programme établi en 1997 consiste à former des policiers à déceler les comportements inhabituels de certains voyageurs, dont les signes de nervosité, les gestes furtifs, les « regards vers l’arrière » ou les longs regards. Lorsqu’un policier en civil qui participe à l’opération Jetway repère un individu suspect, il aborde l’individu en question dans le but de l’amener à engager librement la conversation et à consentir à une fouille de ses effets personnels. Les individus abordés sont informés qu’ils s’adressent à un policier et qu’ils sont libres de partir en tout temps. Comme le démontre la présente affaire, il se peut également qu’un chien renifleur soit utilisé au cours de ce processus. Si les renseignements recueillis amènent les policiers à croire qu’il existe des motifs suffisants de procéder à une arrestation, ils le font et ils fouillent ensuite les bagages du suspect.

## II. Analyse

[219] Les policiers comptent depuis de nombreuses années sur l’odorat très développé des chiens pour les assister dans leur travail. La preuve en l’espèce indique que, de nos jours, les policiers recourent aux chiens renifleurs pour localiser des restes humains et pour détecter des explosifs, des odeurs humaines ainsi que des accélérateurs souvent utilisés pour allumer des incendies criminels. Bien sûr, les chiens renifleurs sont également utilisés pour détecter l’odeur de substances prohibées, dont celle de nombreux types de stupéfiants.

[220] Chevy, le chien qui a été utilisé en l’espèce, illustre bien les avantages incroyables que comporte le recours à ces animaux pour déceler les substances illicites. Chevy est dressé pour détecter la marijuana, la résine de cannabis, la méthamphétamine, l’opium, l’héroïne, la psilocybine (champignons magiques), la cocaïne et le crack. Lorsqu’il détecte l’une de ces substances, il se met en position assise, ce qui pour le maître-chien « indique » que l’animal a flairé une drogue. Le taux de réussite estimatif de Chevy est de 90 à 92 pour 100, ce qui signifie qu’il a fort probablement raison lorsqu’il indique qu’il a flairé une drogue. Chevy n’est pas le seul chien à faire montre d’une si grande fiabilité — la juge du procès a conclu que le signal que donne

is reliable over 92 percent of the time. It is thus clear that a well-trained sniffer dog is an incredibly powerful and reliable tool in the battle to control trafficking of illicit substances, and it is not surprising that they are widely used in Canada and elsewhere.

[221] This does not mean, however, that it is appropriate or desirable for police to use dogs as part of their investigatory process in a completely unregulated manner. Many decisions must be made about when and how dogs ought to be used in law enforcement, and both the public and the police are entitled to know how these animals can and will be used in Canada. This direction is best provided by Parliament, which is able to create a wholistic and harmonious scheme for the use of sniffer dogs in this country. Courts, on the other hand, are ill equipped to deal with the multitude of issues arising from the use of sniffer dogs. Not only are judges restricted to considering the issues and factual scenarios placed directly before them by specific parties (and therefore unable to create a wholistic scheme regulating the use of dogs generally); they also do not have access to the expertise necessary to determine what type of training sniffer dogs should receive or what degree of accuracy they should have in order to be deemed “reliable”. Courts are also poorly positioned to determine when dogs should be used on bags as opposed to persons, when a warrant ought to be obtained prior to use of the dogs, and what form notice must take when sniffer dogs are used in a generalized way. All of these important decisions are best left to Parliament, which can study the various aspects of sniffer-dog use and craft policies suited for the Canadian context, in which *Charter* rights must be carefully balanced against the need for effective law enforcement.

un chien renifleur pour indiquer qu’il a détecté des drogues est fiable plus de 92 pour 100 du temps. Il est donc évident qu’un chien renifleur bien dressé est un outil extrêmement puissant et fiable dans la lutte contre le trafic de substances illicites, et il n’est pas étonnant que le recours à ces chiens soit si répandu au Canada et ailleurs.

[221] Toutefois, cela ne signifie pas qu’il est approprié ou souhaitable que les policiers utilisent des chiens dans leurs enquêtes sans être assujettis à des règles. De nombreuses décisions doivent être prises quant à savoir quand et comment des chiens devraient être utilisés pour appliquer la loi, et tant la population que les policiers sont en droit de savoir de quelle façon ces animaux peuvent être et seront utilisés au Canada. Il est préférable que ces directives soient données par le législateur, qui est en mesure d’établir un régime global et cohérent applicable à l’utilisation des chiens renifleurs dans notre pays. Les tribunaux, pour leur part, ne sont pas en mesure de régler la multitude de questions soulevées par l’utilisation des chiens renifleurs. Non seulement les juges doivent-ils se contenter d’examiner les questions et les faits qui leur sont directement soumis par les parties à un recours (et ne sont donc pas en mesure d’établir un régime global applicable à l’utilisation des chiens renifleurs en général), mais encore ils n’ont pas accès à l’expertise nécessaire pour déterminer comment les chiens renifleurs devraient être dressés et quel devrait être leur taux de réussite pour qu’ils soient jugés « fiables ». Les tribunaux sont également mal placés pour décider quels chiens devraient être utilisés pour fouiller des sacs par opposition à des personnes, dans les cas où un mandat autorisant leur utilisation devrait être obtenu, et quelle forme de préavis doit être donné en cas d’utilisation généralisée des chiens renifleurs. Il est préférable que toutes ces décisions importantes soient prises par le législateur, qui est en mesure d’étudier les différents aspects de l’utilisation d’un chien renifleur et de concevoir des politiques adaptées au contexte canadien, dans lequel les droits garantis par la *Charte* doivent être soigneusement soulevés en fonction de la nécessité d’appliquer efficacement la loi.

[222] Unfortunately, Parliament has remained silent on the use of sniffer dogs, and the courts must therefore evaluate police use of this tool, absent any statutory direction from this country's policy makers.

[223] The first issue which must be considered is whether the use of a sniffer dog constitutes a "search" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. A state action is only considered a "search" if it invades a reasonable expectation of privacy (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11), and the first stage of the inquiry therefore focuses on whether or not such an expectation was present.

[224] The second issue is whether the police action constituted an "unreasonable intrusion on that right to privacy" (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33). A search will be deemed reasonable where it was authorized by law and carried out in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). The appropriate framework for determining whether a particular police technique is authorized under the common law was reiterated in the recent case of *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32. There, the majority of this Court endorsed the finding of the Ontario Court of Appeal:

Where the prosecution relies on the ancillary power doctrine [common law] to justify police conduct that interferes with individual liberties, a two-pronged case-specific inquiry must be made. First, the prosecution must demonstrate that the police were acting in the exercise of a lawful duty when they engaged in the conduct in issue. Second, and in addition to showing that the police were acting in the course of their duty, the prosecution must demonstrate that the impugned conduct amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty . . . [para. 22]

[225] The Court in *Clayton* went on to emphasize earlier findings that the assessment of whether a police action can be justified requires careful balancing "between preventing excessive intrusions on an individual's liberty and privacy, and enabling the police to do what is reasonably necessary to

[222] Malheureusement, le législateur est resté muet sur la question de l'utilisation des chiens renifleurs, et les tribunaux doivent donc, en l'absence de directives législatives, évaluer l'utilisation que les policiers font de cet outil.

[223] La première question qui doit être examinée est de savoir si l'utilisation d'un chien renifleur constitue une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*. On considère qu'un acte de l'État constitue une « fouille » ou « perquisition » uniquement s'il a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11), et la première étape de l'examen porte donc sur la question de savoir si une telle attente existait.

[224] La deuxième question qui se pose est de savoir si la mesure policière constituait une « atteinte abusive à ce droit à la vie privée » (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33). Une fouille sera jugée non abusive si elle était autorisée par la loi et si elle n'a pas été effectuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Le cadre d'analyse approprié pour déterminer si une technique policière particulière est autorisée en common law a été exposé de nouveau dans l'arrêt récent *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32. Dans cet arrêt, les juges majoritaires de notre Cour ont souscrit à la conclusion suivante de la Cour d'appel de l'Ontario :

[TRADUCTION] Lorsque la poursuite invoque la doctrine des pouvoirs accessoires [de la common law] pour justifier une atteinte policière aux libertés individuelles, une analyse en deux étapes fondée sur les faits s'impose. Premièrement, la poursuite doit démontrer que le policier a agi dans l'exercice d'une fonction légitime. Deuxièmement, après avoir démontré que le policier a agi dans l'exercice de sa fonction, la poursuite doit établir que l'acte reproché équivaut à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction . . . [par. 22]

[225] Dans l'arrêt *Clayton*, la Cour a ensuite mis l'accent sur des conclusions antérieures voulant que, pour déterminer si une mesure policière est justifiable, il faille prendre soin d'établir un juste équilibre « entre la prévention de l'atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d'une personne et l'octroi

perform their duties in protecting the public”: para. 26, citing *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. Factors to be considered in this balancing include the importance of the police duty to the public good, the liberty interfered with, and the nature and extent of the interference: para. 25, citing *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 18.

A) *Reasonable Expectation of Privacy*

[226] Establishing the existence of a reasonable expectation of privacy requires an assessment of “the totality of the circumstances” (*R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 19; *Edwards*, at para. 31), and the specific factors to be considered must be tailored to the particular case (*Tessling*, at para. 31).

[227] In my view, the circumstances of this case support a finding that the appellant had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his luggage at the time the dog sniff occurred. A subjective expectation of privacy is evidenced by the protective manner in which the appellant carried his bag and his refusal to allow a voluntary search to occur. From an objective perspective, it is significant that the odour identified by the dog was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the *contents* of the appellant’s luggage. This Court has held that informational privacy protects “a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. The information collected about the contents of the appellant’s bag falls within this biographical core, and both a subjective and objective expectation of privacy have thus been established.

aux policiers de pouvoirs raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens » : par. 26, où l’on cite l’arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Les facteurs dont il faut tenir compte pour établir cet équilibre sont notamment l’importance que le devoir du policier présente pour l’intérêt public, la liberté à laquelle il est porté atteinte, ainsi que la nature et l’étendue de cette atteinte : par. 25, où l’on cite l’arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 18.

A) *L’attente raisonnable en matière de vie privée*

[226] Pour établir l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut évaluer « l’ensemble des circonstances » (*R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 19; *Edwards*, par. 31), et les facteurs particuliers dont il faut tenir compte doivent être adaptés aux circonstances de l’affaire en cause (*Tessling*, par. 31).

[227] À mon avis, les circonstances de la présente affaire permettent de conclure qu’au moment où le chien renifleur est intervenu l’appelant avait une attente raisonnable, mais limitée, en matière de vie privée à l’égard de ses bagages. La façon dont l’appelant cherchait à protéger son sac en le transportant et son refus de consentir à une fouille volontaire témoignent de l’existence d’une attente subjective en matière de vie privée. D’un point de vue objectif, il est important de souligner que l’odeur détectée par le chien était imperceptible aux humains et que sa détection a fourni immédiatement des renseignements sur le *contenu* des bagages de l’appelant. Notre Cour a statué que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels protège « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293. L’information recueillie au sujet du contenu du sac de l’appelant fait partie de cet ensemble de renseignements biographiques, et l’existence d’une attente raisonnable, tant subjective qu’objective, en matière de vie privée est ainsi établie.

[228] It is significant, however, that the dog sniff occurred at a public bus depot. This Court has held repeatedly that the “place where the search occurs greatly influences the reasonableness of the individual’s expectation”: *Tessling*, at para. 44; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62. It has also found that the degree of personal privacy reasonably expected in airports is lower than in most other situations (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 18; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 42), and I believe that a bus depot is, for the purposes of this analysis, analogous to an airport. In both a bus depot and an airport, a passenger is voluntarily using the terminal to access a public mode of transportation, and in both situations he or she is aware that the state has an interest in ensuring that that transportation system is both secure and not being used to further criminal activity.

[229] That the state’s interest at public transportation terminals extends beyond the obvious security considerations, and includes an interest in protecting against drug trafficking, was underscored by this Court’s finding in *Monney*. In that case, a unanimous panel held that a search conducted on an individual reasonably suspected of carrying drugs — but *not* suspected of being a security threat — was reasonable within the meaning of s. 8. In so finding, the Court cited with approval the holding in *Simmons* that “the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations”: *Monney*, at para. 42, citing with approval *Simmons*, at p. 528. The emphasis in *Monney* was thus not on the specific need to prevent security threats to air travellers, but rather on the validity of the state’s interest in preventing illegal activity, including drug trafficking, *at a particular location*.

[230] Although *Monney* refers specifically to an airport border crossing, I believe the key finding in that case applies equally to public bus and train terminals. The similarity in all of these situations

[228] Toutefois, il importe de souligner que le recours au chien renifleur a eu lieu dans l’endroit public qu’est une gare d’autobus. Notre Cour a conclu, à maintes reprises, que le « lieu de la perquisition influence grandement le caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée » : *Tessling*, par. 44; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 62. Elle a également jugé que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres dans les aéroports que dans la plupart des autres situations (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 18; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 42), et j’estime que, pour les besoins de la présente analyse, une gare d’autobus s’apparente à un aéroport. Tant dans une gare d’autobus que dans un aéroport, les passagers utilisent volontairement les lieux pour accéder à un mode de transport public, et, dans les deux cas, ils savent que l’État a intérêt à veiller à ce que le système de transport soit sûr et non utilisé à des fins criminelles.

[229] Dans la conclusion qu’elle tire dans l’affaire *Monney*, notre Cour souligne que l’intérêt de l’État dans les terminaux va au-delà des considérations évidentes de sécurité pour inclure également l’intérêt à protéger contre le trafic de stupéfiants. Dans cette affaire, la Cour a conclu, à l’unanimité, que la fouille d’un individu soupçonné raisonnablement de transporter de la drogue — mais *non* soupçonné de constituer une menace pour la sécurité — n’était pas abusive au sens de l’art. 8. Ce faisant, la Cour a cité, en l’approuvant, la conclusion de l’arrêt *Simmons* selon laquelle « les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations » : *Monney*, par. 42, où la Cour cite, en l’approuvant, l’arrêt *Simmons*, p. 528. Ainsi, dans l’arrêt *Monney*, l’accent a été mis non pas sur le besoin précis de prévenir les menaces à la sécurité des passagers aériens, mais plutôt sur la validité de l’intérêt de l’État à empêcher les activités illégales, y compris le trafic de stupéfiants, *dans un endroit particulier*.

[230] Bien que, dans l’arrêt *Monney*, la Cour mentionne expressément un passage frontalier dans un aéroport, je crois que la principale conclusion de cet arrêt s’applique également aux gares d’autobus

is the fact that passengers have a reduced expectation of privacy because they are transporting their belongings through an area known to be of particular importance to the state's fight against illegal activity, particularly the trafficking of illicit substances.

[231] As a result, it is my conclusion that although the appellant did have a reasonable expectation of privacy in his luggage, it was significantly reduced due to the location at which the search occurred. Nonetheless, privacy interests do not have to be of the highest form to attract s. 8 protection (*R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 22), and it is therefore necessary to consider the reasonableness of the search itself in order to determine whether it breached the appellant's *Charter* rights.

B) *Reasonable Search Authorized by Common Law*

(1) Lawful Police Duty

[232] Police powers are derived from the nature and scope of their duties. At common law, these duties include "the preservation of the peace, the prevention of crime, and the protection of life and property": *Dedman*, at p. 32; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 26.

[233] The police involved in this case were part of the Jetway program and at the time the appellant was stopped they were attempting to identify and apprehend individuals carrying illegal drugs, weapons or other contraband on Canada's public transportation systems. It is in my view clear that this falls within the scope of their lawful duties at common law.

(2) Nature of the Search

[234] It is well established that the degree to which a particular police search technique intrudes

et aux gares ferroviaires. La similarité de toutes ces situations tient au fait que les passagers ont des attentes moindres en matière de vie privée parce qu'ils transportent leurs effets personnels dans une aire considérée comme ayant une importance particulière dans la lutte que l'État mène contre les activités illégales, particulièrement le trafic de substances illicites.

[231] Par conséquent, je conclus que, bien que l'appelant ait eu une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ses bagages, cette attente était beaucoup moindre en raison de l'endroit où la fouille a été effectuée. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'être en présence de la forme la plus élevée de droit à la vie privée pour que la protection de l'art. 8 s'applique (*R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 22), et il est donc nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la fouille elle-même pour déterminer si elle a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

B) *Fouille ou perquisition raisonnable autorisée par la common law*

(1) Fonction légitime des policiers

[232] Les pouvoirs des policiers découlent de la nature et de l'étendue de leurs fonctions. En common law, ces fonctions comprennent « le maintien de la paix, la prévention du crime et la protection de la vie des personnes et des biens » : *Dedman*, p. 32; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 26.

[233] En l'espèce, les policiers participaient au programme Jetway et, lorsque l'appelant a été interpellé, ils tentaient de repérer et d'appréhender les individus qui transportent des drogues illégales, des armes ou d'autres marchandises de contrebande dans les systèmes de transport publics canadiens. Il est clair, selon moi, que cela est conforme à leurs fonctions légitimes issues de la common law.

(2) Nature de la fouille ou de la perquisition

[234] Il est bien établi que la mesure dans laquelle une technique de fouille policière porte atteinte au

on an individual's privacy interests is a key factor in determining whether a search was reasonable for the purposes of s. 8 (*Tessling*, at para. 50; *Buhay*, at para. 36; *Plant*, at p. 295). In my view, the use of the sniffer dog in this case was minimally intrusive for a number of reasons.

[235] First, the dog did not touch or approach the appellant in any way as part of her sniff for drugs. She did not bark at him or exhibit any signs of aggression. She did not even try to sniff him. Rather, her interest was exclusively with the appellant's bag, which was on the floor at the time the sniff search occurred.

[236] Second, the dog's method for indicating the presence of drugs was equally subdued. Again, she did not bark or snap at the appellant or otherwise create a scene which could in any way be described as either threatening or embarrassing for Kang-Brown. When Chevy detected the odour of drugs, she simply sat down.

[237] Third, the sniff did not require a significant amount of time or create undue inconvenience for the appellant. Sergeant MacPhee testified that the dog and her handler were at the bag within three seconds of his signal and that Chevy "immediately" indicated that she detected the odour of drugs emanating from Kang-Brown's bag. This was therefore not a situation where the police technique intruded on the appellant's privacy interest for an extended period of time.

[238] Fourth, it is significant that the only personal information revealed by a dog sniff is the presence or absence of the specific item the animal has been trained to detect. In this case, Chevy was trained to detect nine different types of narcotics. She was unable to distinguish between these substances, and unable to communicate any other information about the contents of the appellant's bag. It is the narrow specificity of the canine sniff search which led the United States Supreme Court to determine that it did not constitute a search

droit à la vie privée d'un individu est un élément clé pour déterminer si une fouille était raisonnable pour les besoins de l'art. 8 (*Tessling*, par. 50; *Buhay*, par. 36; *Plant*, p. 295). J'estime que l'atteinte portée par le recours au chien renifleur en l'espèce est minime pour un certain nombre de raisons.

[235] Premièrement, le chien n'a pas touché l'appelant et ne s'en est aucunement approché au moment où il tentait de déceler des odeurs de drogues. Il n'a ni aboyé après lui, ni manifesté de l'agressivité. Il n'a même pas essayé de le flairer. Il s'est plutôt intéressé exclusivement au sac de l'appelant, qui se trouvait sur le sol au moment où la fouille en question a eu lieu.

[236] Deuxièmement, c'est aussi calmement que le chien a indiqué la présence de drogues. Là encore, il n'a pas aboyé après l'appelant ou tenté de le mordre, ni autrement réagi d'une manière qui pourrait être qualifiée de menaçante ou embarrassante pour M. Kang-Brown. Chevy s'est simplement mis en position assise lorsqu'il a détecté l'odeur de drogues.

[237] Troisièmement, l'intervention du chien renifleur n'a pas duré longtemps et n'a pas causé d'inconvénients indus à l'appelant. Le sergent MacPhee a témoigné que le chien et son maître sont arrivés près du sac dans les trois secondes qui ont suivi son signal et que Chevy a « immédiatement » indiqué la présence d'odeur de drogues qui se dégageait du sac de M. Kang-Brown. Ce n'est donc pas un cas où la technique policière a porté atteinte au droit à la vie privée de l'appelant pendant une longue période de temps.

[238] Quatrièmement, il importe de souligner que le seul renseignement personnel que permet d'obtenir un chien renifleur est la présence ou l'absence de la substance particulière que l'animal a été dressé à détecter. En l'espèce, Chevy était dressé pour détecter neuf différents types de stupéfiants. Il était incapable de faire la différence entre ces neuf substances et de fournir quelque autre renseignement au sujet du contenu du sac de l'appelant. C'est en raison du caractère bien circonscrit de la fouille ou perquisition effectuée à l'aide d'un

within the meaning of the Fourth Amendment of the United States Constitution:

A “canine sniff” by a well-trained narcotics detection dog, however, does not require opening the luggage. It does not expose noncontraband items that otherwise would remain hidden from public view, as does, for example, an officer’s rummaging through the contents of the luggage. Thus, the manner in which information is obtained through this investigative technique is much less intrusive than a typical search. Moreover, the sniff discloses only the presence or absence of narcotics, a contraband item. Thus, despite the fact that the sniff tells the authorities something about the contents of the luggage, the information obtained is limited. This limited disclosure also ensures that the owner of the property is not subjected to the embarrassment and inconvenience entailed in less discriminate and more intrusive investigative methods.

In these respects, the canine sniff is *sui generis*. We are aware of no other investigative procedure that is so limited both in the manner in which the information is obtained and in the content of the information revealed by the procedure. Therefore, we conclude that the particular course of investigation that the agents intended to pursue here — exposure of respondent’s luggage, which was located in a public place, to a trained canine — did not constitute a “search” within the meaning of the Fourth Amendment.

(*United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983), at p. 707)

[239] Although I would not go so far as to say that the nature of a dog sniff renders it a “non-search” under the Canadian *Charter*, I do agree with the United States Supreme Court that a canine sniff is “much less intrusive” than other forms of police search.

[240] Finally, it is also, in my view, significant that the use of the police dog did not interfere with the appellant’s bodily integrity in any way. This Court has found that travellers being searched by

chien renifleur que la Cour suprême des États-Unis a décidé qu’il ne s’agissait pas d’une fouille ou perquisition au sens du Quatrième amendement de la Constitution américaine :

[TRADUCTION] Toutefois, l’intervention d’un chien renifleur bien dressé pour détecter des stupéfiants n’exige pas l’ouverture des bagages. Elle n’expose pas à la vue du public des objets ne constituant pas de la contrebande qui, autrement, resteraient cachés, comme c’est le cas, par exemple, quand un policier fouille les bagages. Cette technique d’enquête permet donc d’obtenir l’information d’une manière beaucoup moins envahissante qu’une fouille normale. En outre, le chien renifleur indique uniquement la présence ou l’absence de stupéfiants, qui sont des marchandises de contrebande. Ainsi, bien que le chien renifleur indique aux autorités quelque chose au sujet du contenu des bagages, l’information obtenue est limitée. De plus, en raison de cette divulgation limitée, le propriétaire des bagages n’est pas soumis à l’embarras et aux inconvénients qu’entraînent des méthodes d’enquête moins précises et plus envahissantes.

À ces égards, le recours à un chien renifleur est *sui generis*. Nous ne connaissons aucune autre technique d’enquête qui soit si limitée, tant dans la manière d’obtenir l’information que dans le contenu de l’information qu’elle permet d’obtenir. En conséquence, nous concluons que la méthode d’enquête particulière que les policiers avaient l’intention d’utiliser en l’espèce — celle consistant à exposer les bagages de l’intimé, qui se trouvaient dans un endroit public, à l’intervention d’un chien dressé — ne constituait pas une « fouille » ou « perquisition » au sens du Quatrième amendement.

(*United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983), p. 707)

[239] Sans aller jusqu’à dire que, de par sa nature, l’intervention d’un chien renifleur « ne constitue pas une fouille ou une perquisition » au sens de la *Charte* canadienne, je partage l’opinion de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle le recours à un tel chien est « beaucoup moins envahissant[t] » que d’autres formes de fouilles ou perquisitions policières.

[240] Enfin, j’estime qu’il importe également de souligner que l’utilisation du chien policier n’a aucunement porté atteinte à l’intégrité physique de l’appelant. Notre Cour a conclu que les douaniers

customs officers are subject to three categories of searches based on the degree of intrusion into personal privacy and bodily integrity. The most highly intrusive type of search involves extremely invasive means and is frequently referred to as the body cavity search. The middle category of search involves a strip or skin search conducted in a private room. In *Simmons*, Dickson C.J. described the least intrusive kind of search as follows:

... the routine of questioning which every traveller undergoes at a port of entry, accompanied in some cases by a search of baggage and perhaps a pat or frisk of outer clothing. No stigma is attached to being one of the thousands of travellers who are daily routinely checked in that manner upon entry to Canada and no constitutional issues are raised. It would be absurd to suggest that a person in such circumstances is detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel. [Emphasis added; p. 517.]

[241] In my view, there is equally no stigma attached to having one's bag sniffed by a police dog at a bus depot, a technique *even less* intrusive than those being described in *Simmons*. Here, the appellant was not subject to a frisk of any kind and his baggage was not opened and searched. He was not in any way the subject of a humiliating encounter that impacted on his dignity or his bodily integrity, and the dog sniff itself cannot even be said to be an "embarrassing process" (unlike being detained in a "drug loo facility" as was the case in *Monney*).

[242] For all of these reasons, it is my conclusion that a sniff by a drug dog, when used as it was here, is an investigative technique that intrudes on an individual's privacy in a very minimal way.

### C) *Standard for Conducting the Search*

[243] In *Mann*, this Court held that "police officers may detain an individual for investigative

peuvent soumettre les voyageurs à trois types de fouille qui portent plus ou moins atteinte à la vie privée et à l'intégrité de ces derniers. La fouille la plus envahissante est celle que l'on appelle souvent l'examen des cavités corporelles. La fouille intermédiaire est la fouille à nu effectuée dans une pièce fermée. Quant à la fouille la moins envahissante, voici comment le juge en chef Dickson la décrit dans l'arrêt *Simmons* :

... l'interrogatoire de routine auquel est soumis chaque voyageur à un port d'entrée, lequel est suivi dans certains cas d'une fouille des bagages et peut-être même d'une fouille par palpation des vêtements extérieurs. Il n'y a rien d'infamant à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet de ce type de contrôle de routine à leur entrée au Canada et aucune question constitutionnelle n'est soulevée à cet égard. Il serait absurde de laisser entendre qu'une personne qui se trouve dans une telle situation est détenue au sens constitutionnel du terme et a le droit, en conséquence, d'être informée de son droit à l'assistance d'un avocat. [Je souligne; p. 517.]

[241] À mon avis, il n'y a rien d'infamant non plus à ce qu'un chien policier flaire le sac d'un passager dans une gare d'autobus — une technique qui est *encore moins* envahissante que celles décrites dans l'arrêt *Simmons*. En l'espèce, l'appelant n'a pas été soumis à quelque type de fouille par palpation, et ses bagages n'ont été ni ouverts ni fouillés. Il n'a d'aucune façon été l'objet d'une confrontation humiliante portant atteinte à sa dignité ou à son intégrité physique, et on ne peut même pas dire que l'intervention même du chien renifleur était une « procédure embarrassante » (par opposition au fait d'être détenu dans une « salle d'évacuation des drogues », comme dans l'affaire *Monney*).

[242] Pour tous ces motifs, je conclus que l'utilisation d'un chien renifleur de drogue, comme celle qui a eu lieu en l'espèce, est une technique d'enquête qui porte très peu atteinte à la vie privée d'une personne.

### C) *Norme applicable à l'exécution de la fouille ou perquisition*

[243] Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour a statué que « les policiers peuvent détenir une personne aux

purposes if there are reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime” (para. 45 (emphasis added)). This is a lower standard than the “reasonable and probable grounds” required for lawful arrest (para. 27), but was deemed justifiable when the detainee’s rights were balanced against officer safety. *Mann* illustrates the need for this Court to carefully balance the individual’s rights with the state interest in preventing and investigating crime each time it is asked to consider a novel police procedure. The emphasis that has consistently been put on this balancing process was highlighted by this Court in *Tessling*:

The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures. A balance must be struck, as held in *Hunter v. Southam, supra*, at pp. 159-60, *per* Dickson J.:

... an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The notion of the “balance” was also canvassed by Sopinka J. in advocating a “contextual approach” in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. [Emphasis deleted; paras. 17-18.]

[244] In this case, the requisite balancing supports a finding that a sniff search of luggage using a police dog will not be in violation of s. 8 of the *Charter* where the police are acting on a reasonable

fins d’enquête s’ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné » (par. 45 (je souligne)). Cette norme est moins stricte que les « motifs raisonnables et probables » requis pour qu’il y ait une arrestation légale (par. 27), mais elle a été considérée justifiable lorsque les droits du détenu étaient soulevés en fonction de la sécurité du policier. L’arrêt *Mann* montre la nécessité que notre Cour évalue soigneusement les droits des individus et l’intérêt de l’État dans la prévention du crime et les enquêtes criminelles chaque fois qu’on lui demande d’examiner une nouvelle procédure policière. Dans l’arrêt *Tessling*, notre Cour a fait ressortir l’importance qu’elle a constamment accordée à ce processus d’évaluation :

Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l’art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Il faut établir un équilibre, comme le juge Dickson l’a indiqué dans *Hunter c. Southam*, précité, p. 159-160 :

... il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

Le juge Sopinka a lui aussi abordé la notion d’« équilibre » lorsqu’il a préconisé l’adoption d’une « méthode contextuelle » dans l’arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :

L’examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l’intégrité et de l’autonomie de la personne et l’application efficace de la loi. [Soulignement omis; par. 17-18.]

[244] En l’espèce, il est permis de conclure, après avoir procédé à l’évaluation requise, que la fouille de bagages à l’aide d’un chien renifleur ne contrevient pas à l’art. 8 de la *Charte* lorsque les policiers

suspicion about the committal of a crime. The reduced expectation of privacy at public terminals, the minimal intrusion caused by the search itself, and the effectiveness of this investigatory technique all support a standard lower than that of “reasonable and probable grounds”. In my view, “reasonable suspicion” is a sufficient standard. In some situations, like this one, that reasonable suspicion will relate to a particular individual, and the police will have gathered, through observation or other means, sufficient information about a specific person to justify a sniff search of his or her bags.

[245] In other situations, however, the police will have formed a reasonable suspicion that relates not to a particular person but rather to a particular location or event. As I have indicated, Parliament is in the best position to determine when it is appropriate for police to use sniffer dogs to perform random searches where such a generalized suspicion exists. Absent Parliamentary directive, however, courts will need to determine the constitutionality of basing searches on generalized suspicion on a case-by-case basis. In every instance, a balancing between the protection of personal privacy and the public interest in the prevention and detection of crime must underlie the analysis.

[246] In my view, it is, in some circumstances, appropriate for police to conduct random searches using sniffer dogs on the basis of generalized suspicion. Allowing this type of search recognizes the important role sniffer dogs can play not only in detecting crime but also in *preventing and deterring* crime. Given the accuracy and efficiency of sniffer-dog searches, it is reasonable to conclude that their known presence, or potential presence, at particular locations would have a significant preventative effect. Allowing random searches in certain situations also has the benefit of avoiding inappropriate profiling and reducing any embarrassment which may be associated with a targeted search. I agree with the finding in *Simmons* that there is no stigma attached “to being one of the

agissent sur la foi de soupçons raisonnables qu’un crime est commis. Les attentes moindres en matière de vie privée dans les terminaux, l’atteinte minimale portée par la fouille elle-même et l’efficacité de cette technique d’enquête militent toutes en faveur de l’application d’une norme moins stricte que celle des « motifs raisonnables et probables ». À mon avis, les « soupçons raisonnables » constituent une norme suffisante. Dans certains cas, comme la présente affaire, les soupçons raisonnables porteront sur un individu particulier, et les policiers auront recueilli, grâce à l’observation ou à d’autres méthodes, suffisamment de renseignements à son sujet pour justifier la fouille de ses bagages à l’aide d’un chien renifleur.

[245] Toutefois, dans d’autres cas, les policiers auront des soupçons raisonnables au sujet non pas d’une personne particulière, mais plutôt d’un lieu ou d’un événement particulier. Comme je l’ai indiqué, le législateur est le mieux placé pour déterminer dans quels cas il est approprié que les policiers utilisent des chiens renifleurs pour effectuer des fouilles au hasard sur la foi de tels soupçons généraux. Cependant, faute de directives du législateur, les tribunaux devront se prononcer au cas par cas sur la constitutionnalité de fouilles effectuées sur la foi de soupçons généraux. Dans chaque cas, il faudra sopeser la protection de la vie privée personnelle et l’intérêt du public dans la prévention et la détection du crime.

[246] J’estime que, dans certains cas, il est de bon aloi que les policiers se fondent sur des soupçons généraux pour effectuer au hasard des fouilles à l’aide de chiens renifleurs. En permettant ce type de fouille, on reconnaît le rôle important que les chiens renifleurs peuvent jouer en matière non seulement de détection mais encore de *prévention et de dissuasion* du crime. Compte tenu de la fiabilité et de l’efficacité des fouilles effectuées à l’aide de chiens renifleurs, il est raisonnable de conclure que le fait de savoir que des chiens renifleurs se trouvent ou peuvent se trouver à certains endroits aurait un effet préventif important. Permettre des fouilles au hasard dans certains cas a également pour avantage d’éviter le profilage inapproprié et de diminuer tout embarras susceptible d’être lié à une

thousands of travellers who are daily routinely checked” at border crossings (p. 517), and believe that that lack of stigma results in large part from the random nature of the search process.

[247] Another factor impacting the lack of stigma associated with searches at border crossings is traveller expectations. Travellers are generally aware that they may be subject to random searches at these locations and “do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny” (*Monney*, at para. 36, citing with approval *Simmons*, at p. 528). In my view, an individual’s knowledge that they may be subject to a random search as a result of their chosen location or chosen activity reduces their expectation of privacy while simultaneously decreasing the stigma associated with being selected for a search. As a result, reasonable knowledge that one may be subjected to the search is a factor which significantly increases the reasonableness of a search based on generalized suspicion and, in my view, ought to be a precondition to the police basing a search on this standard.

[248] It is not for the courts to provide a specific scheme for notification. What must be established, in each case, is whether a reasonably informed person would have been aware that dogs might be used to detect drugs, explosives or weapons in that particular place.

[249] It is unnecessary for the purposes of this case to determine whether the use of sniffer dogs at this bus terminal would have been reasonable if it were based on a generalized suspicion that drugs were likely on the premises. The trial judge found that the police were “suspicious” of the appellant on the basis of “certain observations” they had made about his behaviour in the terminal (paras. 44-45 and 55). She also found that these suspicions were based on “objectively discernible facts” (para.

fouille ciblée. Je souscris à la conclusion de l’arrêt *Simmons* selon laquelle il n’y a rien d’infamant « à être l’un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l’objet [d’un] contrôle de routine » à des passages frontaliers (p. 517), et je crois que cela est en grande partie dû au fait que les fouilles sont effectuées au hasard.

[247] Les attentes des voyageurs expliquent également pourquoi il n’y a rien d’infamant à être fouillé à des passages frontaliers. Les voyageurs savent généralement qu’ils peuvent être soumis à des fouilles au hasard à ces endroits et ils « ne s’attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l’objet d’une vérification » (*Monney*, par. 36, où la Cour cite, en l’approuvant, l’arrêt *Simmons*, p. 528). À mon avis, le fait qu’un individu sache qu’il peut être soumis à une fouille au hasard en raison du lieu où il se trouve volontairement ou de l’activité qu’il a choisie d’exercer réduit ses attentes en matière de vie privée tout en diminuant l’embarras lié au fait d’être choisi pour être fouillé. Ainsi, la connaissance raisonnable du risque de faire l’objet d’une fouille est un facteur qui renforce énormément le caractère raisonnable d’une fouille effectuée sur la foi de soupçons généraux, et j’estime que cette connaissance devrait être une condition préalable d’une fouille policière fondée sur cette norme.

[248] Il n’appartient pas aux tribunaux d’établir un régime particulier de notification. Il faut plutôt déterminer, dans chaque cas, si une personne raisonnablement informée aurait su que des chiens pourraient être utilisés pour détecter la présence de drogues, d’explosifs ou d’armes à l’endroit en question.

[249] Il n’est pas nécessaire en l’espèce de déterminer si le recours à des chiens renifleurs dans la gare d’autobus en question aurait été raisonnable s’il avait été fondé sur des soupçons généraux qu’il pouvait y avoir de la drogue dans les lieux. La juge du procès a conclu que les policiers avaient des [TRADUCTION] « soupçons » à l’égard de l’appelant à la suite de « certaines observations » relatives à son comportement qu’ils avaient faites dans la gare (par. 44-45 et 55). Elle a également conclu que ces

55). The evidence of Sergeant MacPhee supports these findings, and it is clear that his suspicion arose prior to Chevy conducting the sniff search on Kang-Brown's bag. The standard of individualized suspicion has therefore been met in this case and, as a result, the search was reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[250] The judge was not shown to have committed an error in her appreciation of the facts, and there is no evidence to justify a second-guessing of the validity of the factors for establishing that the officers had formed a reasonable suspicion with regard to Kang-Brown.

[251] I do wish to note, however, that a public bus terminal is precisely the type of environment where a sniffer-dog search subsequent to generalized suspicion is appropriate. As I have mentioned, I find public depots to be analogous to airports, as in both cases the travelling public has a reduced expectation of privacy and an understanding that the state has an interest in preventing the public transportation system from being used to transport illicit substances. The Jetway program itself was introduced as a result of an ongoing concern about the presence of drugs at bus and rail depots, and its very existence is evidence of ongoing police suspicion that drugs and other contraband are likely to be found at these locations.

[252] The known presence of sniffer dogs performing random searches on passenger luggage is likely to greatly enhance the ability of police to deter those who are seeking to move drugs on Canada's public transportation systems. The accuracy and expediency of this kind of search create a real threat to those seeking to carry illegal substances through public terminals undetected. The powerful preventative impact of using police sniffer dogs is greatly minimized, however, when law enforcement officers are required to isolate a suspicious individual before the abilities of the dog

soupons reposaient sur des « faits objectivement discernables » (par. 55). Le témoignage du sergent MacPhee étaye ces conclusions et il est évident que ses soupçons ont été éveillés avant que Chevy flaire le sac de M. Kang-Brown. La norme des soupçons précis a donc été respectée en l'espèce et, par conséquent, la fouille n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[250] Il n'a pas été démontré que la juge du procès avait commis une erreur dans son appréciation des faits, et aucun élément de preuve ne justifie de mettre en doute, a posteriori, la validité des facteurs utilisés pour établir que les policiers avaient des soupçons raisonnables à l'égard de M. Kang-Brown.

[251] Toutefois, je tiens à souligner qu'une gare d'autobus est précisément le genre d'endroit où il est approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'une gare d'autobus s'apparente à un aéroport étant donné que, dans les deux cas, le voyageur a des attentes moindres en matière de vie privée et comprend que l'État a intérêt à empêcher que le système de transport public en question soit utilisé pour transporter des substances illicites. Le programme Jetway a lui-même été mis en place à la suite de craintes que de la drogue se trouve dans les gares d'autobus et les gares ferroviaires, et sa seule existence témoigne du fait que les policiers soupçonnent que des drogues et d'autres marchandises de contrebande sont susceptibles d'être découvertes à ces endroits.

[252] La présence connue de chiens renifleurs utilisés pour fouiller au hasard les bagages des voyageurs est susceptible d'accroître énormément la capacité des policiers de dissuader les gens qui cherchent à faire circuler de la drogue dans les systèmes de transport publics canadiens. La fiabilité et l'efficacité de ce type de fouille constituent une véritable menace pour les gens qui cherchent à transporter des substances illégales dans des terminaux sans se faire repérer. Toutefois, le puissant effet préventif de l'utilisation d'un chien renifleur est considérablement atténué lorsque les

are able to be used. Criminals will know that as long as they are able to avoid arousing initial police suspicion, they will also be able to avoid the scrutiny of the dogs. In my view, the incredible advantages of using police sniffer dogs as a preventative and investigative tool outweigh the minimal intrusion that their presence would create on the privacy interests of passengers. I would therefore find that the police are able to use the services of these dogs in public bus and train terminals as long as their reasonable suspicion that these areas are being heavily used for drug trafficking continues. As I have mentioned, the ability to use this power is subject to travellers being aware that their luggage may be subject to random searches by sniffer dogs.

[253] Finally, I wish to note that several other countries already allow sniffer dogs to perform random, generalized searches. As has been previously mentioned, the United States Supreme Court held that dog sniffs are not “searches” under the Fourth Amendment, and random use of sniffer dogs is therefore permissible in that country. In Queensland, Australia, legislation allows drug dogs to search, without a warrant, at licensed premises; at any place at which a sporting, recreational, entertainment, or “special” event is being held; and at any “public place” (*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, ss. 34 to 36). The use of sniffer dogs is also common practice in the United Kingdom and New Zealand.

[254] In Canada, the *Charter* protects individuals from unreasonable search and seizure, and where a reasonable expectation of privacy exists, the use of sniffer dogs must be based on reasonable suspicion in order to be found constitutional. In some situations, however, this reasonable suspicion will attach not to a particular individual, but rather to

policiers sont tenus d’isoler un suspect avant que les qualités du chien puissent être mises à contribution. Les criminels sauront que, pourvu qu’ils puissent, au départ, éviter d’éveiller les soupçons des policiers, ils pourront ensuite éviter l’intervention des chiens. À mon avis, les avantages incroyables que comporte l’utilisation des chiens renifleurs en tant qu’outil de prévention et d’enquête l’emportent sur l’atteinte minimale que leur présence porterait aux droits à la vie privée des passagers. Je conclus donc que les policiers peuvent recourir aux services de ces chiens dans les gares d’autobus et les gares ferroviaires pourvu qu’ils continuent d’avoir des soupçons raisonnables que ces endroits sont abondamment utilisés pour faire le trafic de stupéfiants. Comme nous l’avons vu, la capacité d’exercer ce pouvoir est assujettie à la condition que les voyageurs soient au courant que leurs bagages peuvent faire l’objet de fouilles au hasard effectuées à l’aide de chiens renifleurs.

[253] Enfin, je tiens à souligner que plusieurs autres pays autorisent déjà les fouilles générales effectuées au hasard à l’aide de chiens renifleurs. Comme je l’ai déjà mentionné, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l’intervention d’un chien renifleur ne constitue pas une « fouille » au sens du Quatrième amendement et que l’utilisation au hasard de ces chiens est donc acceptable dans ce pays. Dans le Queensland, en Australie, une mesure législative autorise les fouilles sans mandat à l’aide de chiens détecteurs de drogue dans les débits de boissons alcoolisées, dans tout lieu où se tiennent des manifestations sportives ou récréatives, des spectacles ou des événements « spéciaux », ainsi que dans tout [TRADUCTION] « endroit public » (*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.), 2000, No. 6, art. 34 à 36). L’utilisation de chiens renifleurs est aussi une pratique courante au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande.

[254] Au Canada, la *Charte* protège les individus contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, et lorsqu’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée, le recours à un chien renifleur doit être fondé sur des soupçons raisonnables pour être jugé constitutionnel. Toutefois, dans certains cas, ces soupçons raisonnables concerneront

a particular activity or location. Where this is the case, the court must then determine whether the public interest in preventing, deterring and investigating crime outweighs the individual's right to be free from state interference.

[255] In this case, the appellant's baggage was subjected to a sniffer-dog search as a result of individualized suspicion, and it is therefore unnecessary to determine conclusively whether a random search of his bag would have been constitutional. The trial judge found that the officer's suspicion with respect to Kang-Brown was in place before the sniff occurred and was based on objective facts. There is no reason to interfere with her finding on that point, and the search was therefore reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[256] I would therefore dismiss this appeal.

*Appeal allowed, BASTARACHE, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Dartnell & Lutz, Calgary; Alias A. Sanders, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec City.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

non pas un individu particulier, mais plutôt une activité particulière ou un lieu particulier. Le cas échéant, le tribunal doit alors déterminer si l'intérêt du public dans la prévention et la dissuasion du crime, ainsi que dans les enquêtes criminelles, l'emporte sur le droit individuel de ne pas être dérangé par l'État.

[255] Dans la présente affaire, les bagages de l'appelant ont fait l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons précis, et il n'est donc pas nécessaire de déterminer de façon concluante si une fouille au hasard de son sac aurait été constitutionnelle. La juge du procès a conclu que le policier avait des soupçons au sujet de M. Kang-Brown avant l'intervention du chien renifleur et que ses soupçons reposaient sur des faits objectifs. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion qu'elle a tirée à cet égard, et la fouille n'était donc pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[256] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Dartnell & Lutz, Calgary; Alias A. Sanders, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: McCarthy Tétrault, Toronto.*