

Mario Duarte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and
the Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. DUARTE

File No.: 20542.

1989: October 4, 5; 1990: January 25.

Present: Dickson C.J and Lamer, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(1), (2)(a), 178.16(1)(a), (b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Evidence — Admissibility — Evidence obtained as result of breach of Charter inadmissible if administration of justice would be brought into disrepute — Evidence obtained as result of unintentional Charter breach — Whether or not admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter —

Mario Duarte *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

**Le procureur général de l'Ontario et
le procureur général du Québec** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. DUARTE

N° du greffe: 20542.

1989: 4, 5 octobre; 1990: 25 janvier.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(1), (2)a, 178.16(1)a, b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Preuve — Recevabilité — Preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte irrecevable si son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Preuve obtenue à la suite d'une violation non intentionnelle de la Charte — Son utilisation serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative,

Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in breach of Charter, would bring administration of justice into disrepute.

Criminal law — Electronic surveillance — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter.

As part of an investigation into drug trafficking, the police rented an apartment for a police informer who was working with an undercover police officer. The apartment was equipped with audio-visual recording equipment installed in a wall. Prior to the installation of the equipment, the informer and the undercover officer consented to the interception of their conversations, pursuant to the provisions of s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*. Appellant discussed a cocaine transaction with the undercover officer and the informer at the apartment. The undercover officer made notes of these and a subsequent conversation based upon a review of the tapes of the conversations.

The appellant was later charged with conspiracy to import a narcotic. At trial, he challenged, on a *voir dire*, the validity of s. 178.11(2)(a) of the *Code* which excepts the interception of conversations to which one of the parties consents from the prohibition of unauthorized electronic surveillance. The trial judge held that the actions of the authorities infringed the appellant's rights to be secure from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and that the evidence thereby obtained was held not admissible. The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal which unanimously allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

The constitutional questions stated in this Court queried whether s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* infringed or denied the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether or not it was justified by s. 1 of

est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — L'utilisation de la preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel — Surveillance électronique — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte?

Dans le cadre d'une enquête sur le trafic de stupéfiants, la police a loué un appartement pour un indicateur de police qui collaborait avec un agent d'infiltration. L'appartement était pourvu d'un matériel d'enregistrement audio-visuel installé dans un mur. Avant l'installation de ce matériel, l'indicateur et l'agent d'infiltration avaient consenti, comme le prévoit l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*, à ce que leurs conversations soient interceptées. L'appelant a discuté avec l'agent d'infiltration et l'indicateur d'une affaire de cocaïne. L'agent d'infiltration a pris des notes sur ces conversations et sur une conversation ultérieure, notes qui étaient fondées sur les enregistrements.

L'appelant a été accusé par la suite de complot en vue d'importer un stupéfiant. À son procès, il a contesté dans le cadre d'un *voir-dire* la validité de l'al. 178.11(2)a) du *Code* qui prévoit comme exception à l'interdiction de la surveillance électronique non autorisée l'interception de conversations avec le consentement d'un des interlocuteurs. Le juge du procès a décidé que les actes des autorités portaient atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ainsi obtenue était inadmissible. Le ministère public a interjeté un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a été unanime à accueillir l'appel, à annuler l'acquiescement et à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir si l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, s'il est justifié aux termes de l'article premier de

the *Charter*. During the argument, the position was advanced that the constitutionality of s. 178.11(2)(a) might not really arise in that this provision was really an exception to the criminal prohibition against the interception of private communications set forth in s. 178.11(1). Action contemplated by that exception could not be made criminal by a *Charter* attack on its validity. The real question, then, became whether, even though such action may not constitute a criminal offence, it would nonetheless, when undertaken by an instrumentality of the state, such as the police, violate s. 8 of the *Charter*. Finally, if this action was indeed an unjustifiable infringement of a *Charter* right, were communications intercepted as a result of this practice admissible under s. 24(2) of the *Charter*?

Held: The appeal should be dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: Surreptitious electronic surveillance of the individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*.

The regulation of electronic surveillance is not directed at protecting a person from the risk that someone will repeat his words but from the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit his words. If the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of a person's private communications, there would be no meaningful residuum to the right to live free from surveillance. A reasonable balance must therefore be struck between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement.

Part IV.1 of the *Code* strikes an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record private communications to external restraint and requiring that action to be justified by application of an objective criterion. The imposition of an external and objective criterion affords a measure of protection to

la *Charte*. Au cours des débats, on a avancé le point de vue selon lequel il se pouvait que la question de la constitutionnalité de l'al. 178.11(2)a ne se pose pas vraiment, étant donné que cette disposition représentait en fait une exception à l'interdiction par le par. 178.11(1) du *Code criminel* d'intercepter les communications privées. On ne peut rendre criminel un acte visé par cette exception en contestant sa validité en vertu de la *Charte*. La véritable question devient alors de savoir si, bien qu'il puisse ne pas constituer une infraction criminelle, cet acte serait néanmoins contraire à l'art. 8 de la *Charte* s'il était commis par un organe de l'État, tel que la police. Finalement, si l'acte en cause était vraiment une violation injustifiable d'un droit garanti par la *Charte*, les communications interceptées de cette manière seraient-elles admissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 178.11(2)a du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: La surveillance électronique clandestine d'un particulier par un agent de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

La réglementation de la surveillance électronique ne vise pas à protéger une personne du risque que quelqu'un répète ses propos, mais du danger bien plus insidieux qu'il y a à permettre que l'État, à son entière discrétion, enregistre et transmette ses propos. Si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents des communications privées d'une personne, il ne resterait rien qui vaille du droit de vivre libre de toute surveillance. D'où la nécessité d'établir un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée en s'acquittant de ses responsabilités en matière d'application des lois.

La partie IV.1 du *Code* établit un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer les communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le recours à un

any citizen whose private communications have been intercepted.

Privacy may be defined as the right of the individual to determine when, how, and to what extent he or she will release personal information. A reasonable expectation of privacy demands that an individual may proceed on the assumption that the state may only violate this right by recording private communications on a clandestine basis when it has established to the satisfaction of a detached judicial officer that an offence has been or is being committed and that interception of private communications stands to afford evidence of the offence.

The assessment of the constitutionality of a search and seizure must focus on its 'reasonable' or 'unreasonable' impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective. Applying this standard, if the surreptitious recording of private communications is a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it is because the law recognizes that a person's privacy is intruded on in an unreasonable manner whenever the state, without a prior showing of reasonable cause before a neutral judicial officer, arrogates to itself the right surreptitiously to record communications that the originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by its originator to receive them.

By contrast to the general provisions on electronic surveillance, the *Code* places no restriction on participant surveillance, i.e., where one of the parties to the conversation consents. The police may employ this practice in their absolute discretion, against whom they wish and for whatever reasons they wish, without any limit as to place or duration. There is a total absence of prior judicial supervision of this practice.

There is no logical distinction between third party electronic surveillance and participant surveillance. Where persons have reasonable grounds to believe their communications are private communications, the unauthorized surreptitious electronic recording of those communications is an intrusion on a reasonable expectation of privacy. Our perception that we are protected against arbitrary interceptions of private communications ceases to have any real basis once it is accepted that the state is free to record private communications, without constraint, provided only that it has secured the agreement of one of the parties to the communication. The risk of being recorded is not simply a variant of the risk of having one's words disclosed by the person to whom we

critère externe et objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont été interceptées.

La vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels. Il est raisonnable en matière de respect de la vie privée de s'attendre qu'une personne puisse présumer que l'État ne peut porter atteinte à ce droit en enregistrant clandestinement des communications privées que s'il a convaincu un officier de justice impartial qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être et que l'interception de communications privées fournira une preuve de la perpétration de l'infraction.

La constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie doit être appréciée en fonction de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable. Lorsqu'on applique cette norme, si l'enregistrement clandestin de communications privées est une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cela tient au fait qu'il est reconnu en droit qu'il y a atteinte abusive à la vie privée d'une personne chaque fois que l'État, sans avoir préalablement démontré à un officier de justice neutre l'existence d'une justification raisonnable, s'arroge le droit d'enregistrer subrepticement des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle il les destine.

Contrairement aux dispositions générales visant la surveillance électronique, le *Code* n'impose aucune restriction à la surveillance participative pourvu qu'une partie y consente. La police peut, à sa discrétion absolue, employer cette méthode contre qui elle veut et pour les raisons qu'elle veut, et ce, sans limite quant à l'endroit ni quant à la durée. Il n'existe aucun contrôle judiciaire préalable de cette pratique.

Il n'y a aucune différence logique entre la surveillance électronique par un tiers et la surveillance participative. Lorsqu'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées, l'enregistrement électronique clandestin non autorisé de ces communications est une violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. L'idée que nous sommes protégés contre les interceptions arbitraires de communications privées perd tout fondement réel dès qu'il est admis que l'État est entièrement libre de les enregistrer à la seule condition d'avoir obtenu le consentement d'un des participants à la communication. Le risque d'être enregistré n'est pas une simple variante du risque de divulgation de propos par la personne à

speak. Surreptitious electronic recording annihilates the very important right to choose the range of our listeners.

Whether or not to allow participant surveillance is a policy decision fraught with the gravest of implications. Countenancing participant surveillance, strikes not only at the expectations of privacy of criminals but also undermines the expectations of privacy of all those who set store on the right to live in reasonable security and freedom from surveillance, be it electronic or otherwise. It has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. The sole effect of requiring a warrant would be to ensure that police restrict "participant monitoring" to cases where they can show probable cause for a warrant. It would not hamper their ability to combat crime effectively.

Participant surveillance infringes s. 8 of the *Charter*. It leaves all the conditions under which conversations are intercepted to the sole discretion of the police and therefore cannot be held to meet the definition of "reasonable" in the context of s. 8 of the *Charter*. Its large-scale use by police could by-pass any judicial consideration of the entire police procedures and make the entire scheme in Part IV.1 of the *Code* largely irrelevant. Indeed, the constitutionality of Part IV.1 of the *Code* is predicated on the numerous safeguards designed to prevent the possibility that the police view recourse to electronic surveillance as a routine administrative matter.

The simple fact that the police could employ the same investigatory tool with or without a warrant destroys any argument that participant surveillance can be upheld as a reasonable limit to the right to be secure from unreasonable search and seizure.

Section 178.16(1) of the *Code* makes certain types of evidence inadmissible. It does not make a communication admissible. If it is admissible, it is by virtue of the common law. The communication would be admissible as relevant evidence at common law, but since it was obtained contrary to s. 8, it will not, by virtue of s. 24(2) of the *Charter*, be admissible if to do so would bring the administration of justice into disrepute. Many factors can be considered in determining if the administration of justice will be brought into disrepute. Of cardinal importance in assessing these factors is the fairness of the process, and in particular, its impact on the fairness of the trial.

laquelle on les adresse. L'enregistrement électronique clandestin annihile le droit extrêmement important qu'est le droit de choisir nos auditeurs.

La décision de principe d'autoriser la surveillance participative comporte de très graves conséquences. Une telle pratique, si elle était approuvée, ne porterait pas uniquement atteinte aux attentes en matière de vie privée chez les criminels mais minerait aussi les attentes de ceux qui comptent sur le droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. L'exigence de l'obtention d'un mandat aurait pour seul effet d'obliger la police à limiter la «surveillance participative» aux cas où elle peut démontrer des raisons plausibles d'obtenir un mandat. Cela ne diminuerait pas sa capacité de combattre efficacement le crime.

La surveillance participative contrevient à l'art. 8 de la *Charte*. Elle laisse à la seule discrétion de la police les conditions dans lesquelles se fait l'interception de conversations et elle ne peut donc pas être jugée conforme à la définition de «raisonnable» dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*. Son utilisation à grande échelle par la police pourrait lui permettre d'éviter tout examen judiciaire de l'ensemble des méthodes policières, si bien qu'une large part du régime créé par la partie IV.1 du *Code* deviendrait lettre morte. La constitutionnalité de la partie IV.1 du *Code* repose sur les nombreuses sauvegardes destinées à éviter que la police puisse considérer la surveillance électronique comme une mesure administrative de pure routine.

Le simple fait que la police pourrait se servir du même outil d'investigation, avec ou sans mandat, détruit l'argument que la surveillance participative peut être maintenue en tant que restriction raisonnable au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le paragraphe 178.16(1) du *Code* rend irrecevables certains types de preuves. Il ne rend pas admissible une communication. Si elle est admissible, c'est en vertu de la common law. La communication serait admissible à titre de preuve pertinente en common law, mais puisqu'elle a été obtenue en contravention de l'art. 8, elle n'est pas admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte* si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Plusieurs facteurs peuvent être pris en compte pour déterminer si l'administration de la justice pourrait être déconsidérée. Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus et, en particulier, ses répercussions sur l'équité du procès sont d'importance capitale.

The breach here infringed an important *Charter* right and the evidence could have been obtained without breaching the *Charter*. It was, however, in no way deliberate and it stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event. The admission of this evidence would not bring the administration of the law into disrepute.

Per Lamer J.: The appeal should be dismissed for the reasons of the Ontario Court of Appeal. It was consequently unnecessary to address the issue of whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix; *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (Alaska 1978); *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (Penn. 1987); **referred to:** *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (Mass. 1981); *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.1, 178.11(1), (2)(a), 178.12(1), 178.13(1), (2)(e), 178.16(1)(a), (b), 178.22(1), 178.23(1).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 47. *Electronic Surveillance*. Ottawa: Law Reform Commission, 1986.
 Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*. New York: Clark Boardman, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal *sub nom. R. v. Sanelli* (1987), 61 O.R. (2d) 385, 38 C.C.C. (3d) 1, 60 C.R. (3d) 142, 33 C.R.R. 360, allowing an appeal from a judgment of Trotter J. Appeal dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, does not infringe or deny the rights and freedoms guaran-

La violation a porté atteinte à un droit important garanti par la *Charte* et la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte*. Cependant, elle n'était aucunement intentionnelle et découlait d'une méprise quant aux exigences de la loi par des agents de police qui auraient obtenu en tout état de cause la preuve nécessaire pour que l'accusé soit reconnu coupable. L'utilisation de cette preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

Le juge Lamer: Le pourvoi devrait être rejeté pour les raisons exposées par la Cour d'appel de l'Ontario. Il n'est donc pas nécessaire de traiter de la question de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

c Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. ix; *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (Alaska 1978); *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (Penn. 1987); **arrêts mentionnés:** *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (Mass. 1981); *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.1, 178.11(1), (2)a), 178.12(1), 178.13(1), (2)e), 178.16(1)a), b), 178.22(1), 178.23(1).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 47. *La surveillance électronique*. Ottawa: Commission de réforme de droit, 1986.
 Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*. New York: Clark Boardman, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, sous l'intitulé *R. v. Sanelli* (1987), 61 O.R. (2d) 385, 38 C.C.C. (3d) 1, 60 C.R. (3d) 142, 33 C.R.R. 360, accueillant l'appel d'un jugement du juge Trotter. Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la

teed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Alan D. Gold, for the appellant.

R. W. Hubbard, for the respondent.

Jeff Casey, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-François Dionne, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of Dickson C.J. and *La Forest*, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin J.J. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal is concerned with the protection accorded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against electronic recording of the conversations of individuals with the police and informers in the absence of judicial authorization.

Facts

As part of an investigation into drug trafficking, the Ontario Provincial Police and the Metropolitan Toronto Police rented an apartment in Mississauga which was to be occupied by a police informer who was working with an undercover police officer. The apartment was equipped with audio-visual recording equipment installed in a wall. Prior to the installation of the equipment, the informer and the undercover officer consented to the interception of their conversations, pursuant to the provisions of s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. As a result of the operation, the undercover officer met a man named Paul Vidotto. Some days after the meeting, Vidotto, the appellant Mario Duarte, and two others attended at the apartment and discussed a cocaine transaction with the undercover officer and the informer. The undercover officer made notes of these and a subsequent conversation which he acknowledged were based upon a review of the tapes of the conversations.

Charte, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Alan D. Gold, pour l'appellant.

R. W. Hubbard, pour l'intimée.

Jeff Casey, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-François Dionne, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges *La Forest*, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il est question dans le présent pourvoi de la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre l'enregistrement électronique de conversations de particuliers avec des policiers et avec des indicateurs, sans autorisation judiciaire.

Les faits

Dans le cadre d'une enquête sur le trafic de stupéfiants, la Police provinciale de l'Ontario et la Police de la communauté urbaine de Toronto ont loué à Mississauga un appartement que devait occuper un indicateur de police qui collaborait avec un agent d'infiltration. L'appartement était pourvu d'un matériel d'enregistrement audio-visuel installé dans un mur. Avant l'installation de ce matériel, l'indicateur et l'agent d'infiltration avaient consenti à ce que leurs conversations soient interceptées, comme le prévoit l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Grâce à l'opération, l'agent d'infiltration a fait la connaissance d'un certain Paul Vidotto. Quelques jours après leur rencontre, Vidotto, l'appellant Mario Duarte et deux autres personnes se sont rendus à l'appartement pour discuter d'une affaire de cocaine avec l'agent d'infiltration et l'indicateur. L'agent d'infiltration a pris des notes sur ces conversations et sur une conversation ultérieure, notes qui, a-t-il reconnu, étaient fondées sur les enregistrements.

The appellant was later charged with the offence of conspiracy to import a narcotic. At trial, he challenged, on a *voir dire*, the validity of s. 178.11(2)(a) of the *Code* which excepts from the prohibition of unauthorized electronic surveillance, the interception of conversations to which one of the parties consents. The trial judge, Trotter J., held that the actions of the authorities infringed the appellant's rights to be secure from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and that the evidence thereby obtained was held not admissible.

The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal which unanimously allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. In reasons that I shall review later, Cory J.A. (as he then was) following American authorities dealing with the Fourth Amendment to the American Constitution, concluded that the interception of private conversations without a warrant but with the consent of one of the participants does not violate s. 8 of the *Charter* ((1987), 61 O.R. (2d) 385).

Notice of Appeal was then filed in this Court and the following constitutional questions were stated:

1. Does section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, legalizing the interception of private communications with the consent of the originator or intended recipient thereof, without the need for judicial authorization, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorneys General for Ontario and Quebec intervened to support the constitutionality of s. 178.11(2)(a).

During the argument, counsel for the appellant, however, advanced the position that the constitutionality of s. 178.11(2)(a) might not really arise.

L'appellant a été accusé par la suite de l'infraction de complot en vue d'importer un stupéfiant. À son procès, il a contesté dans le cadre d'un voir-dire la validité de l'al. 178.11(2)a) du *Code* qui prévoit comme exception à l'interdiction de la surveillance électronique non autorisée l'interception de conversations avec le consentement d'un des interlocuteurs. Le juge Trotter, qui présidait le procès, a décidé que les actes des autorités portaient atteinte au droit de l'appellant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ainsi obtenue était inadmissible.

Le ministère public a fait un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a été unanime à accueillir l'appel, à annuler l'acquittement et à ordonner la tenue d'un nouveau procès. Dans des motifs que j'examinerai ultérieurement, le juge Cory (maintenant juge à notre Cour) s'est fondé sur des décisions américaines relatives au quatrième amendement de la Constitution américaine pour conclure que l'interception de conversations privées sans mandat mais avec le consentement d'un des interlocuteurs ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* ((1987), 61 O.R. (2d) 385).

Un avis de pourvoi a alors été produit en notre Cour et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* qui légalise l'interception des communications privées avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autorisation judiciaire, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec sont intervenus pour soutenir la constitutionnalité de l'al. 178.11(2)a).

Au cours des débats, l'avocat de l'appellant a cependant avancé le point de vue selon lequel il se pouvait que la question de la constitutionnalité de

That provision, he noted, was really an exception to the criminal prohibition against the interception of private communications set forth in s. 178.11(1), an exception applicable both to the police and members of the public. Action contemplated by that exception could not be made criminal by a *Charter* attack on its validity. The real question, then, becomes whether, even though such action may not constitute a criminal offence, it would nonetheless, when undertaken by an instrumentality of the state, such as the police, violate s. 8 of the *Charter*. In my view, that is the correct approach to the matter and I shall deal with it on this basis.

The Issues

The principal issue in this appeal is whether the commonly styled “consent” or “participant” surveillance — i.e., electronic surveillance in which one of the parties to a conversation, usually an undercover police officer or a police informer, surreptitiously records it — infringes the right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. This raises the subsidiary issues of whether such infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter* and whether the recorded conversation can nonetheless be admitted into evidence against an accused. I should at the outset note that “consent surveillance” is an unhappy term to describe a practice where only one party to a conversation has agreed to have it recorded. As put by the United States Supreme Court in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 358: “the very nature of electronic surveillance precludes its use pursuant to the suspect’s consent.” I shall, therefore, use the term “participant surveillance”.

The importance of the issues can hardly be gainsaid. Carr, *The Law of Electronic Surveillance*, points out, at pp. 3-61, that in the United States this mode of surveillance is without question “the most widely used and most frequently practiced [*sic*] mode of eavesdropping”. Though I have found no data on the relative frequency of this

l’al. 178.11(2)*a*) ne se pose pas vraiment. Selon lui, cette disposition était en fait une exception à l’interdiction, énoncée au par. 178.11(1) du *Code*, d’intercepter les communications privées, exception qui s’appliquait aussi bien à la police qu’aux membres du public. On ne peut rendre criminel un acte visé par cette exception en contestant sa validité en vertu de la *Charte*. La véritable question devient alors de savoir si, bien qu’il puisse ne pas constituer une infraction criminelle, cet acte serait néanmoins contraire à l’art. 8 de la *Charte* s’il était commis par un organe de l’État tel que la police. À mon avis, c’est ainsi qu’il convient d’aborder la question et c’est ainsi que je procéderai.

Les questions en litige

La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si ce qu’on appelle communément la surveillance «consensuelle» ou «participative» — c.-à-d. la surveillance électronique dans un cas où l’un des participants à une conversation, généralement un agent d’infiltration ou un indicateur, l’enregistre subrepticement — porte atteinte au droit garanti par l’art. 8 de la *Charte* à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cela soulève les questions subsidiaires de savoir si une telle atteinte peut se justifier aux termes de l’article premier de la *Charte* et si la conversation enregistrée peut néanmoins être admise en preuve contre un accusé. Je dois signaler au départ que «surveillance consensuelle» n’est pas une formule heureuse pour décrire une situation où un seul participant à une conversation a consenti à son enregistrement. Comme le dit la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 358: [TRADUCTION] «la nature même de la surveillance électronique fait qu’on ne peut y avoir recours avec le consentement du suspect.» J’emploierai en conséquence l’expression «surveillance participative».

L’importance des questions en litige ne fait pas de doute. Carr souligne dans *The Law of Electronic Surveillance*, aux pp. 3 à 61, qu’aux États-Unis, cette forme de surveillance constitue sans aucun doute [TRADUCTION] «le mode d’écoute clandestin le plus généralement et le plus souvent employé». Bien que je n’aie pu trouver de

practice in Canada, the cases would indicate that it is also widespread here. The extensive use of electronic surveillance in this country is documented. The Law Reform Commission of Canada's working paper on *Electronic Surveillance* reports at p. 10 that on a relative basis, Canadian law enforcement authorities request twenty times more authorizations to conduct electronic surveillance than their American counterparts.

Canada, in common with the United States, has taken important steps to ensure judicial supervision of electronic surveillance by Part IV.1 of the *Criminal Code*. Section 178.11(1) makes it an offence to engage in this activity. It reads:

178.11 (1) Every one who, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

Under Part IV.1, the police generally may only conduct electronic surveillance once in possession of an authorization issued by a superior court judge and are bound to conduct such surveillance in strict accordance with the terms and conditions of the authorization. By contrast, participant surveillance is left entirely to the discretion of the police. Section 178.11(2)(a) of the *Code* provides the following exception to s. 178.11(1):

178.11 ...

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

The police are thus free to make the decision to conduct this type of surveillance on whom they wish, where they wish, and for as long as they wish (in the present case, for example, the operation lasted some two years).

The Risk Analysis of the Court of Appeal

In upholding the legality of participant surveillance, the Court of Appeal relied heavily on

données sur la fréquence de son emploi au Canada, vu le nombre de cas, la pratique serait répandue ici également. L'emploi fréquent de la surveillance électronique au Canada a été documenté. La Commission de réforme du droit du Canada, dans son document de travail intitulé *La surveillance électronique*, rapporte à la p. 11 que, toutes proportions gardées, les organismes canadiens chargés de l'application de la loi font vingt fois plus de demandes d'autorisation de surveillance électronique que leurs homologues américains.

Le Canada, comme les États-Unis, a pris des mesures importantes, énoncées à la partie IV.1 du *Code criminel*, visant à soumettre à un contrôle judiciaire la surveillance électronique, dont le par. 178.11(1) fait une infraction:

178.11 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

Suivant la partie IV.1, la police ne peut en règle générale procéder à la surveillance électronique qu'après avoir obtenu une autorisation délivrée par un juge d'une cour supérieure et cette surveillance doit s'effectuer en stricte conformité avec les conditions stipulées dans l'autorisation. La surveillance participative, par contre, est laissée entièrement à la discrétion de la police. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code* prévoit l'exception suivante au par. 178.11(1):

178.11 ...

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

La police a donc toute liberté de prendre la décision de soumettre à ce type de surveillance qui elle veut, quand elle veut et aussi longtemps qu'elle veut (en l'espèce, par exemple, l'opération a duré environ deux ans).

L'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel

Pour conclure à la légalité de la surveillance participative, la Cour d'appel s'est largement

American authorities, citing several decisions of that country's Supreme Court, notably *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971), a plurality decision which has been interpreted as giving that court's *imprimatur* to the practice, though the specific legislative provisions authorizing it were not directly placed in issue; see Carr, *op. cit.*, at pp. 3-62. Cory J.A., at p. 390, accurately summarized the logic of those decisions as resting on the notion that "the consent to the interception by the recipient may be looked upon as no more than an extension of the powers of recollection of the recipient of the communication". In essence, the starting point for the analysis is the proposition that the person who divulges any confidence always runs the risk that his interlocutor will betray the confidence. As Cory J.A. put it, at p. 393: "The expression of the idea and the assumption of the risk of disclosure are therefore concomitant."

The argument is then developed by pointing out that disclosures of this nature have always been admissible in a court of law. It is but a small step to the conclusion that constitutional expectations of privacy would therefore not operate to prohibit the interception of conversations which one of the participants is surreptitiously recording. As Cory J.A. put it, at pp. 393-94:

Given that it is accepted that the informant may testify in this manner as to pertinent conversations, the admission of electronic recordings of those conversations would seem to be a reasonable, logical and sequential step in trial proceedings. In this regard, the accurate transcript of the conversation should so often benefit the accused as the informant.

The same point, but with an added twist, was made by the Supreme Court of the United States in the following passage in *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), at pp. 438-39:

Once it is plain that Davis could properly testify about his conversation with Lopez, the constitutional claim relating to the recording of that conversation emerges in proper perspective.

appuyée sur la jurisprudence américaine, citant plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis, dont notamment *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971). Cet arrêt, rendu à la majorité, a été interprété comme donnant à la pratique en question l'approbation de cette cour, quoique les dispositions législatives précises qui l'autorisaient n'aient pas été directement en litige; voir Carr, *op. cit.*, aux pp. 3 à 62. Le juge Cory de la Cour d'appel, à la p. 390, résume avec justesse la logique de ces arrêts quand il dit qu'ils reposent sur la notion que [TRADUCTION] «le consentement à l'interception, donné par la personne qui reçoit la communication, peut être considéré comme rien d'autre que le prolongement de la mémoire de cette personne». Essentiellement, cette analyse part de la proposition que quiconque fait une confidence court toujours le risque de voir trahir sa confidence par son interlocuteur. Comme le dit le juge Cory à la p. 393: [TRADUCTION] «L'expression de l'idée et l'acceptation du risque de divulgation vont donc de pair.»

Le juge Cory développe cet argument en faisant remarquer que les divulgations de cette nature ont toujours été admissibles devant une cour de justice. Il n'y a pas loin à conclure de là que la protection constitutionnelle attendue en matière de respect de la vie privée ne joue pas pour empêcher l'interception de conversations qu'un des interlocuteurs enregistre subrepticement. Voici ce que dit le juge Cory aux pp. 393 et 394:

[TRADUCTION] Comme il est admis que l'indicateur peut témoigner de cette manière sur les conversations pertinentes, l'admission en preuve d'enregistrements électroniques de ces conversations semble constituer une étape raisonnable, logique et conséquente dans le déroulement du procès. Dans cette optique, la transcription exacte d'une conversation devrait profiter aussi souvent à l'accusé qu'à l'indicateur.

Le même point de vue, mais avec un élément supplémentaire, est exprimé par la Cour suprême des États-Unis dans le passage suivant tiré de l'arrêt *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), aux pp. 438 et 439:

[TRADUCTION] Dès lors qu'il est évident que Davis pouvait légitimement témoigner sur sa conversation avec Lopez, on voit dans sa perspective appropriée la réclamation constitutionnelle relative à l'enregistrement de cette conversation.

Stripped to its essentials, petitioner's argument amounts to saying that he has a constitutional right to rely on possible flaws in the agent's memory, or to challenge the agent's credibility without being beset by corroborating evidence that is not susceptible of impeachment. For no other argument can justify excluding an accurate version of a conversation that the agent could testify to from memory. We think the risk that petitioner took in offering a bribe to Davis fairly included the risk that the offer would be accurately reproduced in court, whether by faultless memory or mechanical recording. [Emphasis added.]

The decision in *Lopez v. United States* proceeds on the basis that participant surveillance is inherently less offensive than third party surveillance because the agent of the state hears nothing that his interlocutor did not intend him to hear. As the court there put it, at p. 439:

... the device was used only to obtain the most reliable evidence possible of a conversation in which the Government's own agent was a participant and which that agent was fully entitled to disclose. And the device was not planted by means of an unlawful physical invasion of petitioner's premises under circumstances which would violate the Fourth Amendment. It was carried in and out by an agent who was there with petitioner's assent, and it neither saw nor heard more than the agent himself.

Thus, for the Court of Appeal, inasmuch as the police are subjected to no warrant requirement in their use of informers or in their efforts to insinuate themselves into the confidence of a suspect, the use of electronic surveillance, as an adjunct to that process, is of no constitutional significance. In other words, if there has been a violation of privacy on the part of the state, it is complete when the confidence of the person under suspicion is gained. The *Charter* cannot purport to protect us if we don't know how to choose our "friends".

In summary, the risk analysis that is at the heart of the Court of Appeal's judgment rejects the notion that any distinction grounded on constitutional concerns should be drawn between evidence gained through the testimony of a participant to a conversation, and evidence gained through a sur-

Réduit à ses éléments essentiels, l'argument du requérant revient à dire que la constitution lui donne droit de bénéficier des défaillances éventuelles de la mémoire de l'agent ou d'attaquer sa crédibilité sans avoir à faire face à une preuve corroborante irréfutable. Car aucun autre argument ne peut justifier l'exclusion d'une version exacte d'une conversation dont l'agent pourrait témoigner de mémoire. Nous estimons que le risque pris par le requérant en tentant de soudoyer Davis comportait le risque réel que l'offre soit répétée exactement devant un tribunal, que ce soit grâce à une mémoire indéfectible ou grâce à un enregistrement mécanique. [Je souligne.]

L'arrêt *Lopez v. United States* repose sur la notion que la surveillance participative est foncièrement moins répréhensible que la surveillance par un tiers parce que l'agent de l'État n'entend rien de ce que son interlocuteur ne veut pas qu'il entende. Comme le dit la cour dans cet arrêt, à la p. 439:

[TRADUCTION] ... le dispositif a été utilisé à la seule fin d'obtenir la preuve la plus fiable possible d'une conversation à laquelle prenait part l'agent du gouvernement lui-même et que cet agent était parfaitement en droit de révéler. De plus, le dispositif n'a pas été mis en place par l'entrée illicite dans les locaux du requérant dans des circonstances qui constitueraient une violation du quatrième amendement. Le dispositif était porté, à l'entrée et à la sortie, par un agent qui s'y trouvait avec le consentement du requérant, et n'a donc pas vu ni entendu davantage que l'agent lui-même.

Donc, de l'avis de la Cour d'appel, comme la police n'est pas tenue d'obtenir un mandat lorsqu'elle se sert d'indicateurs ou tente de gagner la confiance d'un suspect, le recours à la surveillance électronique accessoirement à ce processus ne revêt aucune importance constitutionnelle. En d'autres termes, si l'État a porté atteinte à la vie privée, cette atteinte est réalisée quand la confiance du suspect est gagnée. La *Charte* ne peut nous protéger si nous ne savons bien choisir nos «amis».

En résumé, l'analyse fondée sur le risque, qui est au cœur de l'arrêt de la Cour d'appel, rejette la notion qu'il y a lieu de faire une distinction fondée sur des préoccupations d'ordre constitutionnel entre la preuve recueillie par le témoignage d'un participant à une conversation et la preuve obtenue

reptitious electronic recording of that conversation. A person who has voluntarily chosen to confide his wrongdoing to another, and who, by happenstance, has had the misfortune (from his perspective) of doing so in the presence of a microphone, should not be able to invoke the *Charter* to prevent divulgence of the confidence in a court of law. Incriminating statements and confessions of wrongdoing are not *per se* constitutionally protected communications; provided the accused spoke of his own free will, there is no constitutional significance to be accorded the manner in which the evidence was gained. In effect, the court chose to treat the risk that an interlocutor will divulge one's words and the risk that he will make a permanent electronic record of them at the behest of the state as being of the same order of magnitude.

This argument is not without weight: the fact that it counts among its adherents the Supreme Court of the United States and many state appellate courts testifies to that.

The Opposing Approach

With respect, it seems to me, the Court of Appeal failed to deal with the true issue raised in this appeal. The real question, as I see it, is whether our constitutional right to be secure against unreasonable search and seizure should be seen as imposing on the police the obligation to seek prior judicial authorization before engaging in participant surveillance, or whether the police should be entirely free to determine whether circumstances justify recourse to participant surveillance and, having so determined, be allowed an unlimited discretion in defining the scope and duration of participant surveillance. This Court is accordingly called on to decide whether the risk of warrantless surveillance may be imposed on all members of society at the sole discretion of the police.

I begin by stating what seems to me to be obvious: that, as a general proposition, surreptitious electronic surveillance of the individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. The

par l'enregistrement électronique clandestin de cette conversation. Une personne qui a choisi volontairement de confier ses méfaits à quelqu'un et qui, par hasard, a eu le malheur (de son point de vue) de le faire en présence d'un microphone, ne devrait pas pouvoir invoquer la *Charte* pour empêcher que la confiance soit divulguée devant une cour de justice. Les déclarations incriminantes et les confessions d'actes illicites ne sont pas en soi des communications protégées par la Constitution; pourvu que l'accusé ait parlé de son plein gré, aucune signification constitutionnelle n'est à attribuer à la manière dont la preuve a été recueillie. En fait, la cour a décidé de traiter comme égaux en importance le risque qu'un interlocuteur révèle les propos d'une personne et le risque qu'il en fasse, à la demande de l'État, un enregistrement électronique permanent.

Cet argument a un certain poids, comme en témoigne le fait que parmi ses tenants figurent la Cour suprême des États-Unis et les cours d'appel d'un bon nombre d'États.

L'autre méthode

Il me semble, avec égards, que la Cour d'appel n'a pas vraiment traité la question soulevée par le présent pourvoi. La véritable question, selon moi, est de savoir si notre droit constitutionnel à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives devrait s'interpréter comme imposant à la police l'obligation de demander une autorisation judiciaire avant toute surveillance participative, ou si la police devrait avoir la liberté absolue de déterminer si les circonstances justifient le recours à la surveillance participative et, une fois cette détermination faite, si elle devrait avoir le pouvoir discrétionnaire illimité de fixer l'étendue et la durée de la surveillance participative. Notre Cour doit donc décider si tous les membres de la société devraient être exposés, à la seule discrétion de la police, au risque d'une surveillance sans mandat.

Je commence par affirmer ce qui me paraît être l'évidence même, c'est-à-dire le principe général que la surveillance électronique d'un particulier par un organe de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art.

Ontario Court of Appeal has so held on at least two occasions; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, at p. 61 (leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51, at p. 58. Accordingly, the Crown conceded this point in the courts below and did not seriously press the matter here. The Attorney General for Ontario, for its part, assumed though it did not concede the point, and the Attorney General of Quebec did not deal with it at all.

It should come as no surprise that these parties shied away from engaging in such an unequal contest. *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, instructs us that the primary value served by s. 8 is privacy, and, as I noted in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 426, the spirit of s. 8 must not be constrained by narrow legalistic classifications. If one is to give s. 8 the purposive meaning attributed to it by *Hunter v. Southam Inc.*, one can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy than electronic surveillance and to which, in consequence, the protection accorded by s. 8 should be more directly aimed, an issue I shall more fully develop as I go along.

Not surprisingly, then, the Crown sought to focus more sharply on participant surveillance and to draw a distinction between it and other types of electronic surveillance. If that endeavour is to succeed, however, one must proceed on the assumption that the factors that support the imposition of a requirement for an authorization in the third party interception (i.e., non-participatory surveillance) of private communications hold no currency where participant surveillance is concerned. This proposition takes one back to the rationale for the regulation of electronic surveillance generally, and I shall now deal with it at greater length.

The rationale for regulating the power of the state to record communications that their originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by the originator to

8 de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Ontario a ainsi statué à deux reprises au moins; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, à la p. 61 (autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. ix); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51, à la p. 58. Par conséquent, le ministère public a concédé ce point devant les juridictions inférieures en l'espèce et n'est pas vraiment revenu sur la question devant notre Cour. Le procureur général de l'Ontario pour sa part, sans concéder ce même point, l'a tenu pour acquis, tandis que le procureur général du Québec ne l'a même pas abordé.

On ne devrait pas s'étonner que ces parties aient reculé devant un combat si inégal. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, nous apprend que l'art. 8 vise d'abord et avant tout à assurer le respect de la vie privée et, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 426, l'esprit de l'art. 8 ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites. Si l'article 8 doit être interprété en fonction de son objet, comme il l'a été dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique et qui, en conséquence, doive être plus directement visée par la protection de l'art. 8. Je reviendrai sur ce point ci-dessous.

Il n'est guère surprenant donc que le ministère public ait cherché à insister plutôt sur la surveillance participative et à faire une distinction entre elle et d'autres types de surveillance électronique. Cette tentative ne peut toutefois réussir que si l'on présume que les facteurs militent en faveur de l'exigence de l'obtention d'une autorisation dans le cas de l'interception de communications privées par un tiers (c.-à-d. la surveillance non participative) ne jouent plus lorsqu'il s'agit d'une surveillance participative. Une telle proposition nous ramène à la raison d'être de la réglementation de la surveillance électronique en général, et j'en entreprends maintenant un examen plus approfondi.

La raison d'être de la réglementation du pouvoir de l'État d'enregistrer des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient entendues que par leur destinataire (voir les définitions à la

receive it (see definition section of Part IV.1 of the *Code*) has nothing to do with protecting individuals from the threat that their interlocutors will divulge communications that are meant to be private. No set of laws could immunize us from that risk. Rather, the regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words.

The reason for this protection is the realization that if the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of our private communications, there would be no meaningful residuum to our right to live our lives free from surveillance. The very efficacy of electronic surveillance is such that it has the potential, if left unregulated, to annihilate any expectation that our communications will remain private. A society which exposed us, at the whim of the state, to the risk of having a permanent electronic recording made of our words every time we opened our mouths might be superbly equipped to fight crime, but would be one in which privacy no longer had any meaning. As Douglas J., dissenting in *United States v. White, supra*, put it, at p. 756: "Electronic surveillance is the greatest leveler of human privacy ever known." If the state may arbitrarily record and transmit our private communications, it is no longer possible to strike an appropriate balance between the right of the individual to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its goals, notably the need to investigate and combat crime.

This is not to deny that it is of vital importance that law enforcement agencies be able to employ electronic surveillance in their investigation of crime. Electronic surveillance plays an indispensable role in the detection of sophisticated criminal enterprises. Its utility in the investigation of drug related crimes, for example, has been proven time and again. But, for the reasons I have touched on, it is unacceptable in a free society that the agen-

partie IV.1 du *Code*) n'a rien à voir avec la protection de particuliers contre la menace que leurs interlocuteurs divulguent des communications censément privées. Aucune législation ne pourrait nous mettre à l'abri de ce risque. La réglementation de la surveillance électronique nous protège plutôt contre un risque différent: non plus le risque que quelqu'un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu'il y a à permettre que l'État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos.

Cette protection s'explique par la conscience du fait que, si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents de nos communications privées, il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance. La surveillance électronique est à ce point efficace qu'elle rend possible, en l'absence de réglementation, l'anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées. Une société nous exposant, au gré de l'État, au risque qu'un enregistrement électronique permanent soit fait de nos propos chaque fois que nous ouvrons la bouche, disposerait peut-être d'excellents moyens de combattre le crime, mais serait une société où la notion de vie privée serait vide de sens. Comme le dit le juge Douglas, dissident dans l'affaire *United States v. White*, précitée, à la p. 756: [TRADUCTION] «La surveillance électronique est le pire destructeur de la vie privée.» S'il est permis à l'État d'enregistrer et de transmettre arbitrairement nos communications privées, il devient dès lors impossible de trouver un juste équilibre entre le droit du particulier d'être laissé tranquille et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée dans la poursuite de ses objets, notamment la nécessité d'enquêter sur le crime et de le combattre.

Ce n'est pas nier qu'il est d'importance vitale pour les organismes chargés de l'application des lois d'être en mesure de recourir à la surveillance électronique dans leurs enquêtes sur le crime. La surveillance électronique joue un rôle indispensable dans la découverte d'opérations criminelles complexes. Son utilité dans les enquêtes en matière de stupéfiants, par exemple, a été maintes fois confirmée. Mais, pour les raisons déjà évoquées, il

cies of the state be free to use this technology at their sole discretion. The threat this would pose to privacy is wholly unacceptable.

It thus becomes necessary to strike a reasonable balance between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement. Parliament has attempted to do this by enacting Part IV.1 of the *Code*. An examination of Part IV.1 reveals that Parliament has sought to reconcile these competing interests by providing that the police must always seek prior judicial authorization before using electronic surveillance. Only a superior court judge can authorize electronic surveillance, and the legislative scheme sets a high standard for obtaining these authorizations. A judge must be satisfied that other investigative methods would fail, or have little likelihood of success, and that the granting of the authorization is in the best interest of the administration of justice. I share the approach of Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, at pp. 70 *et seq.*, that this latter prerequisite imports as a minimum requirement that the issuing judge must be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been, or is being, committed and that the authorization sought will afford evidence of that offence. It can, I think, be seen that the provisions and safeguards of Part IV.1 of the *Code* have been designed to prevent the agencies of the state from intercepting private communications on the basis of mere suspicion.

In proceeding in this fashion, Parliament has, in my view, succeeded in striking an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record our private communications to external restraint and requiring it to be justified by application of an objective criterion. The reason this represents an acceptable balance is that the imposition of an external and objective criterion affords a measure of protection to any citizen whose private communications have been

est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion. Le péril pour la vie privée serait tout à fait inacceptable.

^a D'où la nécessité de trouver un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur fédéral par l'adoption de la partie IV.1 du *Code*. À l'examen de la partie IV.1, on constate que le Parlement a essayé de concilier ces droits contradictoires en exigeant que la police obtienne une autorisation judiciaire avant de procéder à la surveillance électronique. Seul un juge d'une cour supérieure peut l'autoriser et la loi soumet l'obtention d'une telle autorisation à une norme sévère. En effet, le juge doit être convaincu que d'autres méthodes d'enquête échoueraient certainement ou vraisemblablement et que l'autorisation est le meilleur moyen de servir l'administration de la justice. Comme le juge Martin dans l'affaire *R. v. Finlay and Grellette*, précitée, aux pp. 70 et suiv., j'estime que cette dernière condition comporte tout au moins l'exigence que le juge donnant l'autorisation soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être et que l'autorisation sollicitée permettra d'obtenir une preuve de sa perpétration. Je tiens pour évident que les dispositions et les sauvegardes que comporte la partie IV.1 du *Code* ont été conçues pour empêcher les organes de l'État d'intercepter des communications privées sur la foi d'un simple soupçon.

^b Le Parlement, à mon avis, a donc réussi à établir un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet équilibre est acceptable parce que le recours à un critère externe objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont

intercepted. It becomes possible for the individual to call the state to account if he can establish that a given interception was not authorized in accordance with the requisite standard. If privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself, a reasonable expectation of privacy would seem to demand that an individual may proceed on the assumption that the state may only violate this right by recording private communications on a clandestine basis when it has established to the satisfaction of a detached judicial officer that an offence has been or is being committed and that interception of private communications stands to afford evidence of the offence.

This, it seems to me, flows inexorably from the principles enunciated in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. In that case, this Court (at p. 157) made the important point that the "assessment of the constitutionality of a search and seizure ... must focus on its 'reasonable' or 'unreasonable' impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective". Applying this standard, it is fair to conclude that if the surreptitious recording of private communications is a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it is because the law recognizes that a person's privacy is intruded on in an unreasonable manner whenever the state, without a prior showing of reasonable cause before a neutral judicial officer, arrogates to itself the right surreptitiously to record communications that the originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by its originator to receive them, to use the language of the *Code*.

By contrast to the general provisions on electronic surveillance, the *Code* places no restriction on participant surveillance. The police may employ this practice in their absolute discretion, against whom they wish and for whatever reasons they wish, without any limit as to place or duration.

été interceptées. Il lui est alors possible de demander des comptes à l'État, s'il est en mesure d'établir qu'une interception donnée n'a pas été autorisée en conformité avec la norme prévue. Si la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant, il semblerait raisonnable en matière de respect de la vie privée de s'attendre qu'une personne puisse présumer que l'État ne peut porter atteinte à ce droit en enregistrant clandestinement des communications privées que s'il a convaincu un officier de justice impartial qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être et que l'interception de communications privées fournira une preuve de la perpétration de l'infraction.

À mon sens, cela découle inéluctablement des principes énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, où notre Cour (à la p. 157) fait l'observation importante que la «constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie ... doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable». Quand on applique cette norme, il est juste de conclure que, si l'enregistrement clandestin de communications privées est une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cela tient au fait qu'il est reconnu en droit qu'il y a atteinte abusive à la vie privée d'une personne chaque fois que l'État, sans avoir préalablement démontré à un officier de justice neutre l'existence d'une justification raisonnable, s'arroge le droit d'enregistrer subrepticement des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle l'auteur les destine, pour reprendre les termes du *Code*.

Contrairement aux dispositions générales visant la surveillance électronique, le *Code* n'impose aucune restriction à la surveillance participative. La police peut, à sa discrétion absolue, employer cette méthode contre qui elle veut et pour les raisons qu'elle veut, et ce, sans limite quant à

There is a total absence of prior judicial supervision of this practice.

I am unable to see any logic to this distinction between third party electronic surveillance and participant surveillance. The question whether unauthorized electronic surveillance of private communications violates a reasonable expectation of privacy cannot, in my view, turn on the location of the hidden microphone. Whether the microphone is hidden in the wall or concealed on the body of a participant to the conversation, the assessment whether the surreptitious recording trenches on a reasonable expectation of privacy must turn on whether the person whose words were recorded spoke in circumstances in which it was reasonable for that person to expect that his or her words would only be heard by the persons he or she was addressing. As I see it, where persons have reasonable grounds to believe their communications are private communications in the sense defined above, the unauthorized surreptitious electronic recording of those communications cannot fail to be perceived as an intrusion on a reasonable expectation of privacy.

The *Charter* standard just described must, in my view, apply on a uniform basis. To have any meaning, it must be taken to afford protection against the arbitrary recording of private communications every time we speak in the expectation that our words will only be heard by the person or persons to whom we direct our remarks. Section 8 of the *Charter* guarantees the right to be secure against unreasonable search or seizure. Our perception that we are protected against arbitrary interceptions of private communications ceases to have any real basis once it is accepted that the state is free to record private communications, without constraint, provided only that it has secured the agreement of one of the parties to the communication. Since we can never know if our listener is an informer, and since if he proves to be one, we are to be taken to be tacitly consenting to the risk that the state may be listening to and recording our conversations, we should be prepared to run this risk every time we speak. I conclude that the risk analysis relied on by the

l'endroit ni quant à la durée. Il n'existe aucun contrôle judiciaire préalable de cette pratique.

Je ne vois aucune logique dans cette distinction entre la surveillance électronique par un tiers et la surveillance participative. Déterminer si la surveillance électronique non autorisée de communications privées va à l'encontre d'une attente raisonnable quant au respect de la vie privée ne peut, selon moi, tenir à l'endroit où le microphone est caché. Que le microphone soit caché dans le mur ou sur la personne d'un interlocuteur, pour décider si l'enregistrement clandestin est attentatoire à la vie privée, il faut se demander si la personne dont les propos ont été enregistrés a parlé dans des circonstances où elle pouvait raisonnablement s'attendre que ses propos ne soient entendus que par les personnes auxquelles elle les adressait. Selon moi, lorsqu'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées au sens exposé ci-dessus, l'enregistrement électronique clandestin non autorisé de ces communications doit forcément être considéré comme la violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

Cette norme établie par la *Charte* doit, à mon avis, s'appliquer uniformément. Pour ne pas être vide de sens, elle doit s'interpréter comme offrant une protection contre l'enregistrement arbitraire de communications privées dans tous les cas où nous nous attendons à ce que nos propos ne soient entendus que par la personne ou les personnes auxquelles nous les destinons. L'article 8 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. L'idée que nous sommes protégés contre les interceptions arbitraires des communications privées perd tout fondement réel dès qu'il est admis que l'État est entièrement libre de les enregistrer à la seule condition d'avoir obtenu le consentement d'un des participants à la communication. Puisque nous ne pouvons jamais savoir si notre interlocuteur est un indicateur et que, s'il en est un, nous sommes réputés avoir accepté tacitement le risque que l'État écoute et enregistre nos conversations, nous devons être prêts à courir ce risque chaque fois que nous parlons. Je conclus donc que l'ana-

Court of Appeal, when taken to its logical conclusion, must destroy all expectations of privacy.

I am unable to see any similarity between the risk that someone will listen to one's words with the intention of repeating them and the risk involved when someone listens to them while simultaneously making a permanent electronic record of them. These risks are of a different order of magnitude. The one risk may, in the context of law enforcement, be viewed as a reasonable invasion of privacy, the other unreasonable. They involve different risks to the individual and the body politic. In other words, the law recognizes that we inherently have to bear the risk of the "tattletale" but draws the line at concluding that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words.

The risk analysis relied on by the Court of Appeal fails to take due account of this key fact that our right under s. 8 of the *Charter* extends to a right to be free from unreasonable invasions of our right to privacy. The Court of Appeal was correct in stating that the expression of an idea and the assumption of the risk of disclosure are concomitant. However, it does not follow that, because in any conversation we run the risk that our interlocutor may in fact be bent on divulging our confidences, it is therefore constitutionally proper for the person to whom we speak to make a permanent electronic recording of that conversation. The *Charter*, it is accepted, proscribes the surreptitious recording by third parties of our private communications on the basis of mere suspicion alone. It would be strange indeed if, in the absence of a warrant requirement, instrumentalities of the state, through the medium of participant surveillance, were free to conduct just such random fishing expeditions in the hope of uncovering evidence of crime, or by the same token, to satisfy any curiosity they may have as to a person's views on any matter whatsoever.

lyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel aboutit logiquement à l'anéantissement de toute aspiration au respect de la vie privée.

^a Je ne vois pas de similitude entre le risque que quelqu'un écoute nos propos avec l'intention de les répéter et le risque couru quand quelqu'un les écoute et en fait simultanément un enregistrement électronique permanent. Ces risques ne sont pas du même ordre de grandeur. Dans le contexte de l'application des lois, l'un des risques peut être considéré comme une atteinte raisonnable à la vie privée, l'autre une atteinte abusive. Ils présentent ^b pour les individus et la société des dangers différents. En d'autres termes, le droit reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le «rapporteur», mais refuse d'aller jusqu'à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l'exercice du choix d'adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos.

^c L'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel ne tient pas suffisamment compte du fait essentiel que nos droits en vertu de l'art. 8 de la *Charte* comportent le droit de ne pas être assujettis à des violations abusives du droit au respect de notre vie privée. C'est avec raison que la Cour d'appel a dit que l'expression d'une idée et l'acceptation du risque de divulgation vont de pair. Cela ne veut cependant pas dire que si, dans n'importe quelle conversation, nous courons le risque que notre interlocuteur ait la ferme intention de trahir nos confidences, il n'y a en conséquence rien d'inconstitutionnel à ce que notre interlocuteur fasse ^d un enregistrement électronique permanent de cette conversation. La *Charte*, personne ne le conteste, proscriit l'enregistrement clandestin de nos communications privées par des tiers sur la foi de simples soupçons. Il serait bien étrange qu'en l'absence de l'exigence d'un mandat, des agents de l'État soient libres de procéder précisément, par le moyen de la surveillance participative, à ce genre de recherches à l'aveuglette dans l'espoir de dénicher une preuve de la perpétration d'un crime ou, par la même occasion, de satisfaire leur curiosité quant aux opinions d'une personne sur un sujet quelconque.

In summary, the question whether to regulate participant surveillance cannot logically be made to turn on the expectations of individuals as to whether their interlocutor will betray their confidence. No justification for the arbitrary exercise of state power can be made to rest on the simple fact that persons often prove to be poor judges of whom to trust when divulging confidences or on the fact that the risk of divulcation is a given in the decision to speak to another human being. On the other hand, the question whether we should countenance participant surveillance has everything to do with the need to strike a fair balance between the right of the state to intrude on the private lives of its citizens and the right of those citizens to be left alone.

This is the manner in which the issue has been framed in the American appellate decisions that have rejected *United States v. White, supra*, in interpreting rights to privacy in state constitutions. The reasoning in these decisions, in my respectful view, provides a complete answer to the view that the risk posed by the divulcation of the informer, and that posed by letting the agents of the state, at their whim, surreptitiously record private communications to which they are privy, are risks of the same order. These decisions make an eloquent case in support of the proposition that unregulated participant surveillance cannot be reconciled with the right to be secure against unreasonable search and seizure.

State Appellate Decisions Rejecting *United States v. White*

I turn first to a decision of the Supreme Court of Alaska in *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (1978), in which the court, in interpreting that state's constitutional right to privacy, held that a person who engages in a private conversation is entitled to assume that his words will not be broadcast or recorded, absent his consent or the existence of a warrant. In reaching his decision, Boochever C.J. quoted at length from the dissenting judgment of Hufstedler J. in *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973). In the latter case, one Marburger had permitted his telephone conversation with Holmes

En résumé, la question de l'opportunité de réglementer la surveillance participative ne peut logiquement dépendre des attentes des particuliers quant à la possibilité que leur interlocuteur trahisse leur confiance. Aucune justification de l'exercice arbitraire du pouvoir de l'État ne peut reposer sur le simple fait que les gens sont souvent mauvais juges des personnes en qui ils peuvent avoir confiance ni sur le fait que le risque de divulcation existe dès lors qu'on décide de parler à un autre être humain. Par contre, la question de savoir si la surveillance participative devrait être tolérée touche directement la nécessité d'établir un juste équilibre entre le droit de l'État de s'ingérer dans la vie privée de ses citoyens et le droit de ces derniers d'être laissés tranquilles.

C'est en ces termes que la question a été posée par les juridictions américaines d'appel qui, dans l'interprétation du droit au respect de la vie privée garantie par les constitutions d'États, ont rejeté l'arrêt *United States v. White*, précité. J'estime, avec égards, que le raisonnement adopté dans ces arrêts fournit une réponse complète à l'argument selon lequel il n'y a aucune distinction à faire entre le risque de divulcation par un indicateur et le risque couru quand il est permis aux agents de l'État, à leur guise, d'enregistrer subrepticement des communications privées qui leur sont adressées. Les arrêts en question plaident éloquemment en faveur de la proposition selon laquelle la surveillance participative non réglementée est inconciliable avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Arrêts de juridictions d'appel rejetant l'arrêt *United States v. White*

Prenons d'abord l'arrêt *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (1978), dans lequel la Cour suprême de l'Alaska, interprétant le droit au respect de la vie privée garanti par la constitution de cet État, a statué que quiconque prend part à une conversation privée est en droit de supposer que ses propos ne seront ni diffusés ni enregistrés sans son consentement ou sans mandat. Dans ses motifs, le juge en chef Boochever a cité longuement l'opinion dissidente du juge Hufstedler dans *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973). Dans cette affaire, un certain Marburger avait autorisé l'enregistrement d'une

to be recorded. Hufstedler J., at pp. 71-72, makes the initial observation that it is aberrant to import the notion of risk in assessing the constitutionality of "participant" surveillance:

This doctrine, relied upon by the majority in the case at bench, is a hybrid of factual and fictitious elements and of individual and societal judgments. If Holmes knew that his conversation might be electronically intercepted by the government, or if warrantless electronic monitoring were so pervasive that he is chargeable with such knowledge, a factual foundation would exist for invoking the venerable assumption of the risk doctrine. However, if he did not know and if he had no reason to be aware of the risk, that doctrine is inapt. To say that a person "assumes the risk" of electronic surveillance, although he was rightfully oblivious to the risk, is to mislabel a newly created rule of law limiting the scope of the Fourth Amendment.

In a perceptive passage, Hufstedler J. goes on to point out, at p. 72, the fallacy of arguing that the risk of exposure by the "tattletale" and the risk of surreptitious recording are one and the same:

Repetition of conversations thought to be confidential is a known risk. However, the risk that one's trusted friend may be a gossip is of an entirely different order than a risk that the friend may be transmitting and recording every syllable. The latter risk is not yet rooted in common American experience, and it should not be thrust upon us: the differences between talking to a person ensnared in electronic equipment and one who is not are very real, and they cannot be reduced to insignificance by verbal legerdemain. All of us discuss topics and use expressions with one person that we would not undertake with another and that we would never broadcast to a crowd. Few of us would ever speak freely if we knew that all our words were being captured by machines for later release before an unknown and potentially hostile audience. No one talks to a recorder as he talks to a person. [Emphasis added.]

The Superior Court of Pennsylvania in *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (1987), has also held that warrantless electronic surveillance

conversation téléphonique qu'il avait eue avec Holmes. Le juge Hufstedler, aux pp. 71 et 72, fait remarquer au départ qu'il est aberrant d'introduire la notion de risque dans l'appréciation de la constitutionnalité de la surveillance «participative»:

[TRADUCTION] Ce principe, sur lequel s'est appuyée la majorité en l'espèce, est un hybride de faits et de fictions, de jugements individuels et de jugements collectifs. Si Holmes savait que le gouvernement pourrait intercepter sa conversation par des moyens électroniques ou si la surveillance électronique sans mandat était à ce point répandue que cette connaissance lui serait imputable, il existerait alors une base factuelle permettant d'invoquer le vénérable principe de l'acceptation du risque. Si toutefois il ne savait pas et s'il n'avait aucune raison d'être conscient du risque, ce principe ne s'applique pas. Dire qu'une personne «assume le risque» de la surveillance électronique, bien qu'elle soit à juste titre inconsciente du risque, c'est méconnaître une règle de droit nouvellement créée qui limite la portée du quatrième amendement.

Dans un passage pénétrant, le juge Hufstedler souligne ensuite, à la p. 72, jusqu'à quel point il est faux de prétendre que le risque de divulgation par le «rapporteur» et le risque d'enregistrement clandestin sont identiques:

[TRADUCTION] La possibilité que soient répétées des conversations que l'on croyait confidentielles est un risque connu. Toutefois, le risque qu'un ami à qui l'on fait confiance soit bavard n'est pas du tout comparable au risque que cet ami transmette et enregistre chaque syllabe. Il s'agit dans ce dernier cas d'un risque qui n'est pas encore implanté dans la vie quotidienne des Américains et on ne devrait pas nous l'imposer: il y a une différence réelle entre s'entretenir avec une personne bardée de matériel électronique et une personne qui ne l'est pas et on ne saurait par des tours d'escamotage verbal la réduire à l'insignifiance. Il arrive à chacun de nous de discuter avec telle personne de certains sujets en certains termes qu'on n'aborderait ni n'utiliserait pas avec telle autre et qu'on n'envisagerait pas d'aller crier sur les toits. Peu d'entre nous parleraient franchement si nous savions que tous nos propos sont interceptés par des machines en vue de leur diffusion ultérieure devant un auditoire inconnu et peut-être hostile. Personne ne parle à un magnétophone comme il parle à un être humain. [Je souligne.]

De plus, la Cour supérieure de la Pennsylvanie, dans la décision *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (1987), a dit que la surveillance électro-

violates that state's constitutional right to be secure from unreasonable searches and seizures. Cirillo J., who also takes direct aim at the assumption of risk doctrine, points out, at p. 365, that it destroys our right to fix the limits of publicity we choose to give our remarks. He states:

A person committing his views "to the sight of his friends" knows he risks misjudging his friends, but he doesn't forfeit the right to determine in the first place to whom he will directly speak. The body bug destroys that right of self-determination, and if people in society come to believe the practice is widespread and done without probable cause, they may begin to fall silent on many occasions when previously they would have felt free to speak, confident in the belief that they could challenge the credibility or memory of the trusted colleague who would betray them.

In my view, the above remarks demonstrate the fallacy of the conclusion that the risk of being recorded is simply a variant of the risk of having one's words disclosed by the person to whom we speak. Surreptitious electronic recording annihilates the very important right to determine to whom we speak, i.e., the right to choose the range of our auditors. As pointed out by Cirillo J., at p. 365, in the case of participant surveillance, a speaker no longer has any choice whether to disclose his private thoughts to the government. Rather, he is compelled to do so. As he notes, at p. 365:

Every speaker knows and accepts as a "condition of human society" that his listener may go to the police, but he does not intend by speaking to give up the right to exclude the police from his home. But if the police are simultaneously recording every word, they are already there, in the home, uninvited, contrary to every reasonable expectation that most people in society still have.

Implicit in the arguments in support of "consent" surveillance, it seems to me, is the notion that a man has no one but himself to blame if he is confounded by his own words. Thus, if someone is imprudent enough to reveal his wrongdoing, it makes no sense that the law discard that evidence

nique sans mandat viole le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives conféré par la constitution de cet État. Le juge Cirillo qui, lui aussi, attaque de front le principe de l'acceptation du risque, fait remarquer, à la p. 365, que ce principe annihile le droit de fixer les limites de la publicité que nous choisissons de donner à nos propos. Le juge Cirillo affirme:

[TRADUCTION] Une personne qui exprime ses opinions «en présence de ses amis» sait qu'elle court le risque d'avoir porté sur eux un jugement erroné, mais elle a tout de même le droit de décider au départ à qui elle parlera directement. Or, le micro-émetteur de poche détruit ce droit à cette décision et, si les gens en venaient à la conclusion qu'il s'agit d'une pratique répandue qui n'est pas fondée sur un motif probable, ils pourraient commencer à se taire dans bien des situations où auparavant ils se seraient sentis libres de s'exprimer, confiants de pouvoir soulever des doutes quant à la crédibilité ou la mémoire de celui en qui ils avaient eu confiance et qui chercherait à les trahir.

À mon avis, le passage qui précède fait ressortir la fausseté de l'idée que le risque d'être enregistré n'est qu'une simple variante du risque de divulgation de propos par la personne à laquelle on les adresse. L'enregistrement électronique clandestin annihile le droit extrêmement important qu'est le droit de décider à qui parler, c.-à-d. le droit de choisir nos auditeurs. Comme le fait remarquer le juge Cirillo, à la p. 365, dans le cas de la surveillance participative, le locuteur n'est plus en mesure de choisir s'il divulguera ou non ses pensées privées au gouvernement. Il y est contraint. Voici ce qu'il dit, à la p. 365:

[TRADUCTION] Tout locuteur sait que son auditeur peut aller à la police et accepte cela comme «condition de la vie en société», mais il n'a certainement pas l'intention, en parlant, de renoncer au droit d'exclure la police de chez lui. Pourtant, si la police enregistre simultanément chaque parole, elle se trouve déjà chez lui, sans invitation, contrairement à toute attente raisonnable subsistant encore chez la plupart des membres de la société.

Les arguments en faveur de la surveillance «consensuelle» renferment implicitement, me semble-t-il, la notion qu'une personne dont les propres paroles se retournent contre elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même. Ainsi, lorsqu'une personne a l'imprudence de révéler un méfait qu'elle a

just because the wrongdoer spoke into a microphone. There is a serious flaw in this argument. It rests on the assumption that the relevant inquiry is limited to the legitimate expectations of privacy of “criminals”. But, again, the real question raised by this appeal lies elsewhere. As put by the Massachusetts Supreme Court in *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (1981), at p. 258: “the relevant question is not whether criminals must bear the risk of warrantless surveillance, but whether it should be imposed on all members of society”.

In *Commonwealth v. Schaeffer*, *supra*, at p. 366, Cirillo J. concedes that there might be room for complacency were the sole effect of warrantless surveillance to compel criminals to engage in self-censorship. But inasmuch as the very premise of a warrantless procedure is that the police can engage in the practice at their sole discretion, any sanguinity in this matter is misplaced. Harlan J. in his dissent in *United States v. White*, *supra*, makes the point that the implications in allowing warrantless surveillance cannot be narrowly circumscribed. He stated, at p. 789:

... it is too easy to forget — and, hence, too often forgotten — that the issue here is whether to interpose a search warrant procedure between law enforcement agencies engaging in electronic eavesdropping and the public generally. By casting its “risk analysis” solely in terms of the expectations and risks that “wrongdoers” or “one contemplating illegal activities” ought to bear, the plurality opinion, I think, misses the mark entirely. *On Lee* does not simply mandate that criminals must daily run the risk of unknown eavesdroppers prying into their private affairs; it subjects each and every law-abiding member of society to that risk. [Emphasis added.]

Harlan J. went on to make the seminal observation that the imposition of a warrant requirement would have the sole effect of ensuring that police restrict “participant monitoring” to cases where

commis, il serait illogique qu’une règle de droit écarte cette preuve pour la simple raison que le malfaiteur a parlé dans un microphone. Cet argument présente une grave faille. Il repose en effet sur la supposition que la question se limite aux attentes légitimes de «criminels» en matière de respect de la vie privée. Mais, là encore, la vraie question soulevée par le présent pourvoi est tout autre. Comme le dit la Cour suprême du Massachusetts dans la décision *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (1981), à la p. 258: [TRADUCTION] «la question pertinente n’est pas de savoir si les criminels doivent supporter le risque d’une surveillance sans mandat, mais bien de savoir si elle devrait être infligée à tous les membres de la société».

Dans la décision *Commonwealth v. Schaeffer*, précitée, à la p. 366, le juge Cirillo reconnaît qu’une certaine indulgence pourrait être tolérée si la surveillance sans mandat avait pour seul effet de contraindre les criminels à l’autocensure. Mais comme l’idée même d’une procédure sans mandat est de permettre à la police d’y avoir recours à sa seule discrétion, tout optimisme à cet égard est déplacé. Le juge Harlan, dissident dans l’affaire *United States v. White*, précitée, souligne qu’on ne peut circonscrire dans des limites étroites les conséquences de l’autorisation de la surveillance sans mandat. Il affirme, à la p. 789:

[TRADUCTION] ... il est trop facile d’oublier — et on oublie donc trop souvent — que la question est celle de l’opportunité d’interposer, entre le grand public et les organismes chargés de l’application des lois qui se livrent à l’écoute électronique, une procédure nécessitant l’obtention d’un mandat. En formulant son «analyse fondée sur le risque» de manière à tenir uniquement compte des attentes des «malfaiteurs» ou de «ceux qui envisagent de commettre des actes illégaux» et des risques qu’ils devraient supporter, les juges formant la majorité ont perdu de vue le point essentiel. La décision *On Lee* ne fait pas qu’obliger les criminels à courir chaque jour le risque que des inconnus s’immiscent clandestinement dans leurs affaires privées; elle soumet à ce risque chaque citoyen respectueux des lois. [Je souligne.]

Le juge Harlan poursuit en faisant la remarque éminemment juste qu’imposer l’exigence de l’obtention d’un mandat aurait pour seul effet d’obliger la police à limiter la «surveillance participa-

they can show probable cause for a warrant. It is unclear to me how compelling the police to restrict this practice to instances where they have convinced a detached judicial officer of its necessity would hamper the police's ability effectively to combat crime. But even if this were so, this restriction would be justified by the knowledge that the police would no longer have the right "to train these powerful eavesdropping devices on you, me, and other law-abiding citizens as well as the criminal element", to cite the observation of Cirillo J. in *Commonwealth v. Schaeffer, supra*, at p. 367. The appellant put the matter trenchantly in his factum:

A warrant requirement simply ensures that when the undercover agent goes in with the potential to make a permanent, electronic record of the conversation that takes place, it will be one that should be recorded (a proposed drug sale), as opposed to one that should not (the suspect's sex life or his views of the government).

In summary, I think, with respect, that Cory J.A. fails to give due weight to the policy implications of allowing the police to conduct warrantless surveillance when he states, at p. 394, that "it is only those whose conversations are concerned with various illegal activities who will be seriously concerned about the possibility of their remarks being recorded". On the contrary, the decision whether to allow or disallow this practice is fraught with the gravest of implications. To countenance this practice would not strike only at the expectations of privacy of criminals and those concerned with wrongdoing. Rather, it would undermine the expectations of privacy of all those who set store on the right to live in reasonable security and freedom from surveillance, be it electronic or otherwise. And it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. Yates J., in *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, states, at p. 2379 and p. 242:

«tive» aux cas où elle peut démontrer l'existence de raisons plausibles d'obtenir un mandat. Je vois mal en quoi la capacité de la police de combattre efficacement le crime serait diminuée si elle était tenue de limiter le recours à cette pratique aux situations dans lesquelles elle peut convaincre un officier de justice impartial de sa nécessité. Même à supposer que ce soit le cas, la restriction se justifierait par la certitude que la police n'aurait plus le droit [TRADUCTION] «de braquer ces puissants appareils d'écoute sur vous et moi et sur d'autres citoyens respectueux des lois en même temps que sur l'élément criminel», pour reprendre les propos du juge Cirillo dans *Commonwealth v. Schaeffer*, précité, à la p. 367. L'appelant l'exprime d'une façon percutante dans son mémoire:

[TRADUCTION] L'exigence d'un mandat est simplement un moyen de s'assurer que, quand un agent d'infiltration se trouve dans une situation où il pourrait faire un enregistrement électronique permanent, c'est une conversation qui devrait être enregistrée (un projet de vente de stupéfiants), par opposition à une conversation qui ne le devrait pas (la vie sexuelle du suspect ou ses opinions politiques).

En résumé, lorsque le juge Cory de la Cour d'appel affirme, à la p. 394, que [TRADUCTION] «ce ne sont que ceux dont les conversations portent sur diverses activités illégales qui seront vraiment inquiétés par la possibilité que leurs dires soient enregistrés», il ne donne pas suffisamment de poids, à mon avis, aux répercussions en termes de principe à la faculté donnée à la police de faire de la surveillance sans mandat. Au contraire, la décision d'autoriser ou d'interdire cette pratique comporte de très graves conséquences. Une telle pratique, si elle était approuvée, ne porterait pas uniquement atteinte aux attentes en matière de vie privée chez les criminels et les personnes impliquées dans des activités illicites. Elle minerait aussi les attentes de ceux qui comptent sur le droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est d'ailleurs reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. Le juge Yates, dans la décision *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, dit, à la p. 2379 et à la p. 242:

It is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases: he has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends.

If this Court is to give its *imprimatur* to the practice of warrantless electronic surveillance, the words of Harlan J., dissenting in *United States v. White*, *supra*, at pp. 787-89, may fairly be said to apply:

Authority is hardly required to support the proposition that words would be measured a good deal more carefully and communication inhibited if one suspected his conversations were being transmitted and transcribed. Were third-party bugging a prevalent practice, it might well smother that spontaneity - reflected in frivolous, impetuous, sacrilegious, and defiant discourse - that liberates daily life. Much off-hand exchange is easily forgotten and one may count on the obscurity of his remarks, protected by the very fact of a limited audience, and the likelihood that the listener will either overlook or forget what is said, as well as the listener's inability to reformulate a conversation without having to contend with a documented record. All these values are sacrificed by a rule of law that permits official monitoring of private discourse limited only by the need to locate a willing assistant. [Emphasis added.]

The Undermining of Part IV.1 of the Code

The appellant raises the additional point that dispensing the police from the requirement to seek a warrant for conducting participant surveillance effectively allows the police to do indirectly what Part IV.1 of the *Code* prohibits them from doing directly. Faced with the choice of having to seek a warrant, and being able to proceed without one, it can reasonably be expected that they will, circumstances permitting, elect to proceed without one.

Here, the police, acting without any judicial authorization, wired an apartment for a period of some two years, installed listening devices in another location, and employed an automobile location beeper. In circumstances such as these, where the police have evidence of a conspiracy and have elicited the services of an informer, can there be any compelling reason to suggest that the interests of justice would not be better served by requir-

[TRANSDUCTION] Il est certain que tout homme a le droit de ne pas exprimer ses opinions, s'il ne le veut pas: il a certainement le droit de juger s'il les rendra publiques ou s'il ne les livrera qu'à ses amis.

^a Si notre Cour devait donner son aval à la surveillance électronique sans mandat, il serait juste de dire que les propos tenus par le juge Harlan, dissident, dans l'affaire *United States v. White*, ^b précitée, aux pp. 787 à 789, s'appliqueraient:

[TRANSDUCTION] C'est l'évidence même que l'on pèse-rait bien davantage ses mots et que la communication en serait gênée si l'on soupçonnait que les conversations étaient transmises et transcrites. Si l'écoute électronique ^c par des tiers était une pratique répandue, elle pourrait étouffer cette spontanéité — reflétée dans les propos frivoles, vifs, sacrilèges et provocants — qui est la manifestation de la liberté dans la vie quotidienne. Bien des choses qui se disent au hasard d'une conversation ^d s'oublient vite et chacun compte sur l'obscurité de ses remarques, protégée par le fait même de son auditoire restreint, par la probabilité que son auditeur oubliera ce qui a été dit ou n'en tiendra pas compte, ainsi que par l'incapacité de l'auditeur de reconstituer une conversation sans pouvoir se reporter à des notes écrites. Toutes ces valeurs seraient sacrifiées par une règle de droit permettant aux autorités d'écouter des conversations privées sans autre restriction que celle d'avoir à trouver une personne disposée à les aider. [Je souligne.]

^f L'affaiblissement de la partie IV.1 du Code

L'appelant fait valoir en outre que dégager la police de l'obligation de demander un mandat ^g autorisant la surveillance participative, c'est lui permettre de faire indirectement ce que la partie IV.1 du *Code* lui interdit de faire directement. S'il s'agit d'un choix entre demander un mandat et ^h procéder sans mandat, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la police décide, si les circonstances le permettent, d'agir sans mandat.

En l'espèce, la police, agissant sans autorisation judiciaire, a installé un système de surveillance ⁱ dans un appartement, l'y a laissé pendant environ deux ans, a installé des appareils d'écoute dans un autre endroit et s'est servie d'une balise de localisation d'automobile. Dans de telles circonstances, ^j quand la police dispose de preuves de l'existence d'un complot et a recours aux services d'un indicateur, peut-il y avoir une raison impérieuse de

ing the police to attend before a superior court judge to obtain an authorization as opposed to letting the police be the sole arbiters of the scope of the investigation and its duration?

It is worth noting, in this regard, the basis for the conclusion of Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette*, *supra*, that Part IV.1 of the *Code* is constitutional. While he was ready to accept that the interception of private communications does constitute a search and seizure within the meaning of those terms as they are used in the *Charter*, he concluded that such searches and seizures, when authorized in accordance with the requirements of Part IV.1 of the *Code*, would ordinarily be reasonable precisely and solely because the provisions and safeguards of Part IV.1 preclude the police from embarking on fishing expeditions in the hope of uncovering evidence of crime.

With regard to these safeguards it is worth remembering that Part IV.1 of the *Code*:

- (a) stipulates that authorizations for electronic surveillance are only to be given on a showing that there is no real practical alternative (s. 178.13(1)); in other words, as put by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, at p. 185: "... it is treated as a last resort investigative mechanism", and can only be obtained for investigation of the most serious offences in the *Code* (s. 178.1);
- (b) sets strict time limits on authorizations (s. 178.13(2)(e));
- (c) prescribes that a judge may include any conditions and restrictions that he considers advisable in the public interest;
- (d) authorizes renewals only on a showing of cause and a detailing of all interceptions made prior to the request for the authorization and the number of previous authorizations;

penser que les intérêts de la justice ne seraient pas mieux servis si la police était tenue de comparaître devant un juge de cour supérieure pour obtenir une autorisation, que s'il était permis à la police d'être seule à décider de l'étendue et de la durée de l'enquête?

Il convient de rappeler à ce propos le fondement de la conclusion du juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, selon lequel la partie IV.1 du *Code* est constitutionnelle. Bien que disposé à admettre que l'interception de communications privées constitue une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de ces termes dans la *Charte*, il a conclu que de telles fouilles, perquisitions et saisies, lorsqu'elles sont autorisées conformément aux exigences de la partie IV.1 du *Code*, seront d'ordinaire raisonnables, précisément et uniquement parce que les dispositions et les sauvegardes de la partie IV.1 empêchent la police de procéder à des recherches à l'aveuglette dans l'espoir de découvrir la preuve de la perpétration d'un crime.

En ce qui concerne ces sauvegardes, rappelons que la partie IV.1 du *Code*:

- a) porte que l'autorisation de procéder à la surveillance électronique ne doit être accordée que si l'on démontre qu'il n'existe en réalité aucun autre moyen pratique (par. 178.13(1)); en d'autres termes, comme le dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, à la p. 185: [TRADUCTION] «... elle est traitée comme une méthode d'enquête de dernier recours» et ne peut être obtenue qu'aux fins d'enquêtes sur les infractions les plus graves au *Code* (art. 178.1);
- b) limite strictement la durée des autorisations (al. 178.13(2)e);
- c) dit qu'un juge peut soumettre une autorisation aux conditions et aux restrictions qu'il estime opportunes dans l'intérêt public;
- d) autorise les renouvellements seulement si la justification en est démontrée et que des détails sont fournis concernant toutes les interceptions effectuées antérieurement à la demande d'autorisation et le nombre d'autorisations antérieures;

- (e) mandates that notification be given to the person whose communications have been intercepted (s. 178.23(1));
- (f) requires the Solicitor General of Canada to prepare a comprehensive report on all electronic surveillance conducted pursuant to authorizations (s. 178.22(1));
- (g) engages the responsibility of the Attorney General of the province in which the application is sought, or of the Solicitor General (or duly appointed agents) (s. 178.12(1)); and
- (h) provides that authorizations may only issue on the order of a superior court judge (s. 178.12(1)).
- e) prescrit qu'avis doit être donné à la personne dont les communications ont été interceptées (par. 178.23(1));
- f) exige que le solliciteur général du Canada établisse un rapport complet sur tous les cas de surveillance électronique effectuée en vertu d'autorisations (par. 178.22(1));
- g) engage la responsabilité du procureur général de la province dans laquelle la demande est présentée ou du solliciteur général (ou de mandataires dûment nommés) (par. 178.12(1)); et
- h) prévoit qu'une autorisation ne peut être accordée que par l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure (par. 178.12(1)).

If the constitutionality of Part IV.1 of the *Code* is predicated on the numerous safeguards designed to prevent the possibility that the police view recourse to electronic surveillance as a humdrum and routine administrative matter, it would seem anomalous that participant surveillance, which leaves to the sole discretion of the police all the conditions under which conversations are intercepted, should be held to meet the definition of "reasonable" in the context of s. 8 of the *Charter*. I think that the appellant makes a good point when he submits that the large-scale police investigative activity using participant surveillance for monitoring and recording private conversations effectively by-passes any judicial consideration of the entire police procedures and thereby makes irrelevant the entire scheme in Part IV.1 of the *Code*.

As was put by Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, at p. 70:

Authorizing such a serious intrusion on the individual's reasonable expectation of privacy as the interception of his private communications on the basis of mere suspicion would not *further* the interests of the administration of justice, but would bring it into disrepute.

Section 1 Justification

It is necessary to make only brief mention of possible justification under s. 1 of the police action in this case. The question whether participant surveillance constitutes a reasonable limit on the right to be secure against unreasonable search or seizure takes one back to the point that the appel-

Si la constitutionnalité de la partie IV.1 du *Code* repose sur les nombreuses sauvegardes destinées à éviter que la police puisse considérer la surveillance électronique comme une mesure administrative banale et de pure routine, il semble aberrant que la surveillance participative, qui laisse à la seule discrétion de la police toutes les conditions dans lesquelles se fait l'interception de conversations, soit jugée conforme à la définition de «raisonnable» dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*. Je crois que l'appelant fait une observation juste lorsqu'il dit que le recours par la police à des enquêtes de grande envergure comportant l'utilisation de la surveillance participative pour l'écoute et l'enregistrement de conversations privées lui permet en fait d'éviter tout examen judiciaire de l'ensemble des méthodes policières, si bien que l'ensemble du régime créé par la partie IV.1 du *Code* devient lettre morte.

Comme le dit le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, à la p. 70:

[TRANSLATION] Permettre que l'attente raisonnable d'un particulier en matière de respect de sa vie privée subisse une violation aussi grave que l'interception de ses communications privées sur la foi d'un simple soupçon, loin de *favoriser* l'administration de la justice, la déconsidérerait.

Justification en vertu de l'article premier

Il suffit de mentionner brièvement une justification possible, aux termes de l'article premier, des actes de la police en l'espèce. La question de savoir si la surveillance participative est une limite raisonnable imposée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives,

lant is in no way arguing that the police should be denied the right to use informers or to intercept communications themselves once they have gained the confidence of a suspect. The sole thrust of his argument is that judicial supervision of the practice should exist, just as it exists in the case of third party surveillance. In a word, there is no justification for warrantless searches once it is accepted that the police could employ the same investigatory tool with or without a warrant. This simple fact (and I find no argument by the respondent refuting the notion that the police could have attended before a judge to secure an authorization for participant surveillance) destroys, in my view, any argument that participant surveillance can be upheld as a reasonable limit to the right to be secure from unreasonable search and seizure.

To conclude, the *Charter* is not meant to protect us against a poor choice of friends. If our "friend" turns out to be an informer, and we are convicted on the strength of his testimony, that may be unfortunate for us. But the *Charter* is meant to guarantee the right to be secure against unreasonable search and seizure. A conversation with an informer does not amount to a search and seizure within the meaning of the *Charter*. Surreptitious electronic interception and recording of a private communication does. Such recording, moreover, should be viewed as a search and seizure in all circumstances save where all parties to the conversation have expressly consented to its being recorded. Accordingly the constitutionality of "participant surveillance" should fall to be determined by application of the same standard as that employed in third party surveillance, i.e., by application of the standard of reasonableness enunciated in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. By application of that standard, the warrantless participant surveillance engaged in by the police here was clearly unconstitutional.

nous ramène au fait que l'appelant ne prétend nullement qu'il faudrait priver les policiers du droit d'avoir recours à des indicateurs ou d'intercepter eux-mêmes des communications dès lors qu'ils ont gagné la confiance d'un suspect. Il fait uniquement valoir qu'il devrait y avoir un contrôle judiciaire de cette pratique, comme il y en a dans le cas de la surveillance par un tiers. En un mot, il n'y a pas de justification pour les fouilles et les perquisitions sans mandat dès lors qu'il est admis que la police pourrait se servir du même outil d'investigation, avec ou sans mandat. Ce simple fait (et je constate que l'intimée n'a avancé aucun argument réfutant la notion que la police aurait pu comparaître devant un juge pour obtenir une autorisation de surveillance participative) détruit, à mon avis, l'argument que la surveillance participative peut être maintenue en tant que restriction raisonnable apportée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Pour conclure, la *Charte* n'est pas destinée à nous protéger si nous choisissons mal nos amis. S'il s'avère que notre «ami» est un indicateur et que nous sommes reconnus coupables sur la foi de son témoignage, c'est peut-être malheureux pour nous. Mais la *Charte* a pour objet de garantir le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Une conversation avec un indicateur n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de la *Charte*. Toutefois l'interception et l'enregistrement électroniques clandestins d'une communication privée en sont. De plus, l'enregistrement devrait être considéré comme une fouille, une perquisition ou une saisie dans toutes les circonstances, à moins que tous les participants à la conversation n'aient expressément consenti à ce qu'elle soit enregistrée. Il s'ensuit que la constitutionnalité de la surveillance participative devrait se décider par l'application de la même norme que dans le cas de la surveillance par un tiers, c.-à-d. par l'application de la norme du caractère raisonnable énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Quand on applique cette norme, la surveillance participative sans mandat faite par la police en l'espèce était manifestement inconstitutionnelle.

Admissibility in Evidence

The next question is whether the communication in this case may be admitted into evidence. Section 178.16(1) of the *Code* deals with admissibility as follows:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

That provision, it should be noted, does not make a communication admissible. If it is admissible, that is by virtue of the common law. What the provision does is to make such communication inadmissible unless its interception was (a) lawfully made, or (b) made with the consent of one of the parties to the communication. I shall deal with the second condition first. That condition was clearly met. Consent was given prior to the communication and however unreasonable reliance on such consent may have been for the purposes of *Charter* review, the communication is not inadmissible under s. 178.16(1)(b).

The first condition poses more difficulty. Since the interception here was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it might well be argued that it was not lawfully made for the purposes of s. 178.16(1). But I do not think the provision can be so read because what makes the interception unreasonable is the activity excepted from the application by s. 178.16(1)(b). Section 178.16(1)(a), therefore, appears to relate to other unlawfulness and, in particular, an interception that violates the prohibition in s. 178.11(2) which, we saw, does not apply to the interception in question here. The communication then is not made inadmissible by s. 178.16(1). It would thus appear admissible as relevant evidence.

Admissibilité en preuve

Cela nous amène à la question de savoir si la communication en cause peut être admise en preuve. Le paragraphe 178.16(1) du *Code criminel* traite de l'admissibilité en les termes suivants:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

c Cette disposition, soulignons-le, ne rend pas admissible une communication. Si elle est admissible, c'est en vertu de la common law. La disposition rend irrecevable ce type de communication, sauf si elle a été interceptée a) légalement ou b) avec le consentement de l'un des participants. Prenons d'abord la seconde condition. Celle-ci a clairement été remplie. En effet, le consentement a été donné avant la communication et même si, aux fins d'un examen en vertu de la *Charte*, il était déraisonnable de s'appuyer sur un tel consentement la communication n'est pas inadmissible aux termes de l'al. 178.16(1)b).

d La première condition soulève plus de difficultés. Puisque l'interception en cause était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*, on pourrait bien soutenir qu'elle n'a pas été faite légalement aux fins du par. 178.16(1). Je ne crois pas toutefois que cette disposition admette une telle interprétation parce que ce qui a rendu l'interception abusive, c'est un acte visé par l'exception prévue à l'al. 178.16(1)b). L'alinéa 178.16(1)a) paraît en conséquence envisager d'autres types d'illégalité, notamment celle d'une interception qui violerait l'interdiction énoncée au par. 178.11(2), lequel, nous l'avons vu, ne s'applique pas à l'interception dont il s'agit en l'espèce. La communication en cause n'est donc pas rendue irrecevable par l'effet du par. 178.16(1). Elle semble donc pouvoir être admise à titre de preuve pertinente.

That being so, one must consider the question of the admissibility of the communication under s. 24(2) of the *Charter*. That provision provides that evidence that was obtained in a manner that infringed or denied any right or freedom guaranteed under the *Charter* shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute.

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. dealt with the manner in which s. 24(2) must be approached. The first point to observe is that the onus is on the person who seeks the exclusion of evidence to establish that its admission would bring the administration of justice into disrepute. Lamer J., at pp. 283-84, set forth many of the factors to be considered, namely:

- what kind of evidence was obtained?
- what *Charter* right was infringed?
- was the *Charter* violation serious or was it of a merely technical nature?
- was it deliberate, wilful or flagrant, or was it inadvertent or committed in good faith?
- did it occur in circumstances of urgency or necessity?
- were there other investigatory techniques available?
- would the evidence have been obtained in any event?
- is the offence serious?
- is the evidence essential to substantiate the charge?
- are other remedies available?

Of cardinal importance in assessing these factors is the fairness of the process, and, in particular, its impact on the fairness of the trial. Undoubtedly, the breach infringed upon an important *Charter* right, and the evidence could have been obtained without breaching the *Charter*. But what strikes one here is that the breach was in no way deliberate, wilful or flagrant. The police officers acted entirely in good faith. They were acting in accordance with what they had good reason to believe was the law — as it had been for many years before the advent of the *Charter*. The rea-

Cela étant, nous devons examiner la question de l'admissibilité de la communication en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ce paragraphe prévoit que des éléments de preuve obtenus dans des conditions ^a qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte* doivent être écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer traite de la façon d'aborder le par. 24(2). Le premier point à faire ressortir est qu'il incombe à la personne qui cherche à obtenir l'exclusion d'éléments de preuve d'établir que leur utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. Aux pages 283 et 284, le juge Lamer énumère plusieurs facteurs à prendre en considéra- ^c tion, savoir:

- quel genre d'éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?
- la violation était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi?
- la violation a-t-elle eu lieu dans une situation d'urgence ou de nécessité?
- aurait-on pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête?
- les éléments de preuve auraient-ils été obtenus en tout état de cause?
- s'agit-il d'une infraction grave?
- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?
- existe-t-il d'autres recours?

Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus et, en particulier, ses répercussions sur l'équité du procès revêtent une importance capitale. Il ne fait pas de doute que la violation a porté atteinte à un droit important garanti par la *Charte* ⁱ et que les éléments de preuve auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*. Mais ce qui frappe en l'espèce, c'est le fait que la violation n'était aucunement intentionnelle, volontaire ou flagrante. Les agents de police ont agi entièrement de bonne foi en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme la règle de

sonableness of their action is underscored by the seriousness of the offence. They had reasonable and probable cause to believe the offence had been committed, and had they properly understood the law, they could have obtained an authorization under the *Code* to intercept the communication. Indeed, they could have proceeded without resorting to electronic surveillance and relied solely on the evidence of the undercover officer or the informer. In short, the *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event. Under these circumstances, I hold that the appellant has not established that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Disposition

I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, legalizing the interception of private communications with the consent of the originator or intended recipient thereof, without the need for judicial authorization, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Section 178.11(2)(a) of the *Code* does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8.

2. If section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

It is not necessary to answer this question.

droit applicable — celle qui avait existé pendant bien des années avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le caractère raisonnable de leur acte est renforcé encore par la gravité de l'infraction. Ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et s'ils avaient bien compris la règle de droit, ils auraient pu obtenir conformément au *Code* l'autorisation d'intercepter la communication. De fait, ils auraient pu procéder sans recourir à la surveillance électronique et s'appuyer exclusivement sur le témoignage de l'agent d'infiltration ou de l'indicateur. Bref, la violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l'accusé soit reconnu coupable. Dans ces circonstances, je conclus que l'appelant n'a pas établi que l'utilisation de ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* qui légalise l'interception des communications privées avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autorisation judiciaire, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'alinéa 178.11(2)a) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8.

2. Si l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—My colleague, Justice La Forest, has set out the facts, the law, the judgments below and the positions of the parties before this Court. I am of the view that this appeal fails. I have read the unanimous judgment of the Court of Appeal for Ontario, written by Cory J.A., as he then was. I am in complete agreement with those reasons and I feel I cannot improve upon them. They are conveniently reported at (1987), 60 C.R. (3d) 142, 38 C.C.C. (3d) 1.

Consequently, I need not address the issue as to whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed. Section 178.11(2)(a) of the Criminal Code, does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the Charter, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Mon collègue le juge La Forest a énoncé les faits, le droit, les jugements des juridictions inférieures et les arguments présentés par les parties devant notre Cour. À mon avis, le pourvoi doit échouer. J'ai lu le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, rédigé par le juge Cory (maintenant de notre Cour). Je suis entièrement d'accord avec ses motifs et j'estime n'avoir rien à y ajouter. Ces motifs sont publiés au (1987), 60 C.R. (3d) 142, 38 C.C.C. (3d) 1.

Par conséquent, je n'ai pas besoin de traiter de la question de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du Code criminel ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la Charte, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Procureurs de l'appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

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