

**Craig Lawrence Kokesch** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KOKESCH

File No.: 21266.

1990: February 21; 1990: November 22.

Present: Dickson C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Perimeter search — Narcotics — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — If so, whether right subject to a reasonable limit prescribed by law — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Warrant to search accused's house obtained pursuant to information gathered during perimeter search — Accused's right against unreasonable search and seizure infringed by warrantless perimeter search — Whether narcotics seized in accused's house during subsequent search undertaken pursuant to valid search warrant should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

The accused was charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking and with cultivating marijuana contrary to ss. 4(2) and 6(1) of the *Narcotic Control Act*. During the investigation, the police conducted a perimeter search of the accused's residence. While doing so, they heard electrical humming from the basement, noticed plywood nailed to the wall of the residence covering a louvered metal vent and, from the side of the plywood, detected an odour of marijuana as well as heat coming from the area. The search was made without a warrant and, as the police conceded, without

\* Chief Justice at the time of hearing.

**Craig Lawrence Kokesch** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. KOKESCH

N° du greffe: 21266.

1990: 21 février; 1990: 22 novembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA

c COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Perquisition périphérique — Stupéfiants — Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé — Le droit de l'accusé contre une fouille, une perquisition et une saisie abusives a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, le droit est-il assujéti à une limite raisonnable prescrite par une règle de droit? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé — Mandat de perquisition du domicile de l'accusé obtenu à la suite des renseignements recueillis au cours de la perquisition périphérique — Droit de l'accusé contre les fouilles ou saisies abusives violé par la perquisition périphérique effectuée sans mandat — La preuve des stupéfiants saisis au domicile de l'accusé au cours de la perquisition ultérieure en application d'un mandat valide devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

L'accusé a été inculpé de possession de chanvre indien, en vue d'en faire le trafic et d'avoir fait la culture de chanvre indien, en contravention des par. 4(2) et 6(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Au cours de l'enquête, les policiers ont effectué une perquisition périphérique de la résidence de l'accusé. Pendant leur recherche ils ont entendu un bourdonnement électrique venant du sous-sol, ils ont remarqué un morceau de contre-plaqué cloué au mur de la résidence pour couvrir un évent à lames et, du côté du contre-plaqué, ils ont senti une odeur de chanvre indien ainsi que de la chaleur venant de cet

\* Juge en chef à la date de l'audition.

reasonable and probable grounds to believe that an offence had been or was being committed on the property, contrary to s. 10 of the *Narcotic Control Act*. The visual, olfactory and aural observations could not have been made without going onto the property. As a result of that search, the police gathered enough information to obtain a warrant to search the accused's residence, where they seized a number of marijuana plants. This evidence formed the basis of the two charges. On a *voir dire*, the trial judge held that the evidence had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The Court held that the perimeter search was not unreasonable, and that, even if an infringement of s. 8 had occurred, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

*Held* (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Section 8*

The accused's rights under s. 8 of the *Charter* were violated by the warrantless search conducted by the police of the perimeter of his dwelling-house. The police had no statutory authority to conduct that search. The perimeter of a dwelling-house is a "place" within the meaning of s. 10(1) of the *Narcotic Control Act* but the police officers involved in the search did not have reasonable and probable grounds for believing that the "place" contained a narcotic and, therefore, did not comply with s. 10(1). The police also had no authority under the common law to trespass upon the accused's property to conduct the perimeter search. The common law rights of the property holder to be free of police intrusion can be restricted only by powers granted in clear statutory language. In the absence of lawful authority, the perimeter search must be found unreasonable.

(2) *Section 1*

The perimeter search of the accused's dwelling-house was not "prescribed by law" in accordance with s. 1 of the *Charter*. The search was a police initiative undertaken without lawful authority.

endroit. La perquisition a été faite sans mandat et, comme les policiers l'ont reconnu, sans motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été ou était en train d'être commise sur la propriété en contravention de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Les observations visuelles, olfactives et auditives n'auraient pu être faites sans entrer dans la propriété. Par suite de cette perquisition, les policiers ont recueilli suffisamment de renseignements pour obtenir un mandat de perquisition de la résidence de l'accusé où ils ont saisi plusieurs plants de chanvre indien. Ces éléments de preuve constituent le fondement des deux accusations. À l'occasion d'un *voir-dire*, le juge du procès a conclu que la preuve avait été obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'a écartée en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la perquisition périphérique n'était pas abusive et que, même s'il y avait eu violation de l'art. 8, l'utilisation de la preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

*Arrêt* (le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'article 8*

Les droits de l'accusé en vertu de l'art. 8 de la *Charte* ont été violés par la perquisition périphérique de sa maison d'habitation effectuée sans mandat par les policiers. Ceux-ci n'étaient pas autorisés par la loi à effectuer la perquisition. Les environs d'une maison d'habitation sont un «endroit» au sens du par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, mais les policiers qui ont participé à la perquisition n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que l'«endroit» contenait un stupéfiant et ils ne se sont donc pas conformés au par. 10(1). La common law ne reconnaissait pas non plus aux policiers le pouvoir d'entrer sur la propriété privée de l'accusé pour y effectuer une perquisition périphérique. Les droits que la common law reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires. En l'absence d'autorisation légitime, la perquisition périphérique est abusive.

(2) *L'article premier*

La perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'accusé n'était pas prescrite «par une règle de droit» conformément à l'article premier de la *Charte*. La perquisition était une initiative policière entreprise sans autorisation légitime.

(3) *Section 24(2)*

The nexus between the unconstitutional search of the perimeter of the dwelling-house and the subsequent discovery of the evidence is sufficiently close to conclude that the evidence was "obtained in a manner that infringed" s. 8 of the *Charter*. The observations made by the police during the perimeter search formed the foundation for the warrant obtained to search the observed premises. The temporal link was not broken by any intervening events.

It is appropriate for this Court in this case to consider *de novo* the question of the admissibility of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge placed undue and unsupported weight upon a finding that the police gave little consideration to other investigatory techniques, and he did not consider the other sets of factors which this Court has determined to be of relevance to a s. 24(2) analysis. Moreover, the s. 24(2) analysis undertaken by the Court of Appeal was clearly *obiter*.

*Per Wilson, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ.*: The evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. While the evidence obtained as a result of the search was real evidence and its admission would not tend to affect the fairness of the trial, the police conduct represents an extremely serious *Charter* violation. The unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques was neither an excuse nor a justification for the police's action. Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, they must leave the suspect alone. They should not try to gather evidence illegally and unconstitutionally. When they do so, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise. Any other conclusion would lead to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. From the point of view of individual privacy, the illegal intrusion onto the accused's private property cannot be seen as trivial or minimal. Even before the *Charter*, individuals were entitled to expect that their environs would be free of prowling government officials unless and until the conditions for the exercise of legal authority are met. Further, the seriousness of the *Charter* violation was not mitigated by good faith on the part of the police officers involved in the perimeter search. The search was conducted with the knowledge that legal search powers under s. 10 of the *Narcotic Control Act* were unavailable; and the police officers did not misapprehend the scope of their authority. The police must be taken to be

(3) *Le paragraphe 24(2)*

Le lien entre la perquisition périphérique inconstitutionnelle de la maison d'habitation et la découverte subséquente de la preuve est suffisamment étroit pour permettre de conclure que les éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à l'art. 8 de la *Charte*. Les observations faites par les agents de police au cours de la perquisition périphérique ont servi de fondement au mandat obtenu pour effectuer la perquisition des lieux observés. Le lien temporel n'a pas été interrompu par des événements survenus dans l'inter valle.

Il s'agit d'un cas où notre Cour peut réexaminer, sous le régime du par. 24(2), la question de l'admissibilité de la preuve obtenue par suite de la perquisition. Le juge du procès a accordé une valeur induite et injustifiée à une conclusion suivant laquelle la police a donné peu d'importance à d'autres techniques d'enquête et il n'a pas tenu compte de l'autre groupe de facteurs que notre Cour a jugés pertinents dans une analyse en vertu du par. 24(2). En outre, l'analyse en vertu du par. 24(2) entreprise par la Cour d'appel était nettement une opinion incidente.

*Les juges Wilson, La Forest, Sopinka et McLachlin.* Les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que la preuve obtenue par suite de la perquisition était une preuve matérielle et que son utilisation ne porterait pas atteinte à l'équité du procès, la conduite des policiers constitue une violation extrêmement grave de la *Charte*. L'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification à la conduite des policiers. Lorsque la police n'a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d'autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille. Elle ne devrait pas tenter d'obtenir une preuve d'une manière illégale et inconstitutionnelle. Lorsque la police agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu'elle ne le serait autrement. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. Sur le plan de la vie privée, l'intrusion illégale dans la propriété privée de l'accusé n'est ni anodine ni minime. Même avant l'adoption de la *Charte*, les particuliers avaient le droit de s'attendre à ce que leur environnement soit protégé contre des fonctionnaires fureteurs à moins que ceux-ci ne satisfassent aux conditions requises pour exercer leurs pouvoirs légaux. En outre, la gravité de la violation de la *Charte* n'était pas tempérée par la bonne foi des agents enquêteurs qui ont participé à la perquisition périphérique. Ils ont procédé à la perquisition en sachant qu'ils ne disposaient pas de pouvoirs légaux de perquisition en vertu de l'art.

aware of this Court's judgments delimiting police powers. Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Any doubt they may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2). Where police powers are already constrained by statute or judicial decisions, it is not open to a police officer to test the limits by ignoring the constraint and claiming later to have been "in the execution of his duties". Finally, the administration of justice would suffer far greater disrepute from the admission of this evidence than from its exclusion. This Court must not be seen to condone deliberate unlawful conduct designed to subvert both the legal and constitutional limits of police power to intrude on individual privacy. The section 8 violation was flagrant, and the disrepute to the justice system that would necessarily result from the admission of the impugned evidence could not be counterbalanced by speculation about the disrepute that might flow from its exclusion.

*Per Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting):* The evidence found during the lawful search of the accused's dwelling-house is admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. First, real evidence, unlike self-incriminating statements, does not have a detrimental effect upon adjudicative fairness. Second, the "seriousness of the *Charter* violation" does not militate against the admission of the evidence. The violation arose as a result of a misapprehension of the law on the part of the police officers. Their error as to the scope of their authority to engage in the search was not an unreasonable one, and it was certainly not unreasonable for them to assume, as the Court of Appeal decided, that a perimeter search would not infringe s. 8. Further, although a *Charter* violation preceded the lawful search undertaken pursuant to prior judicial authorization, the subsequent search was not sufficiently "tainted" to render the fruits of that lawful search inadmissible. The nature of the unconstitutional intrusion was minimal, and the police infringed an interest for which the objective expectation of privacy was comparatively low. The motivation behind the *Charter* infringement was to obtain evidence in a situation in which other avenues of investigation seemed to have been foreclosed. Finally, it is significant that the police did obtain a search warrant prior to the actual search of the dwelling-house. All these factors reinforce the trial

10 de la *Loi sur les stupéfiants*; et les policiers ne peuvent prétendre qu'ils avaient mal compris la portée de leur autorité. La police est censée être au courant des arrêts de notre Cour qui délimitent ses pouvoirs. Ou bien les policiers savaient que c'était une violation de propriété ou bien ils auraient dû le savoir. Tout doute qu'ils pouvaient avoir quant à leur capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier la bonne foi aux fins du par. 24(2). Lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n'est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n'en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été «dans l'exercice de ses fonctions». Finalement, l'utilisation de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice beaucoup plus que ne le ferait son exclusion. Notre Cour ne peut donner à penser qu'elle tolère une conduite illégale délibérée visant à passer outre les limites légales et constitutionnelles du pouvoir de la police de s'immiscer dans la vie privée. La violation de l'art. 8 était flagrante et la déconsidération du système judiciaire qui résulterait nécessairement de l'utilisation de la preuve contestée ne peut être compensée par la déconsidération hypothétique que pourrait entraîner son exclusion.

*Le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents):* La preuve matérielle découverte au cours de la perquisition légale de la maison d'habitation de l'accusé est admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*. Premièrement, la preuve matérielle, contrairement à des déclarations auto-incriminantes, n'a pas d'effet sur l'équité de la décision. Deuxièmement, la «gravité de la violation de la *Charte*» ne milite pas contre l'utilisation de la preuve. La violation résulte d'une mauvaise compréhension de la loi par des agents de police. Leur erreur quant à la portée de leur pouvoir d'effectuer la perquisition n'est pas déraisonnable et il n'est certainement pas déraisonnable pour eux de prétendre, comme la Cour d'appel l'a décidé, qu'une perquisition périphérique ne porterait pas atteinte à l'art. 8. En outre, bien que la violation de la *Charte* ait précédé la perquisition légale effectuée en application d'une autorisation judiciaire préalable, la perquisition subséquente n'est pas suffisamment «viciée» pour rendre inadmissibles les fruits de cette perquisition légale. La gravité de l'intrusion inconstitutionnelle est minime et les policiers ont violé un intérêt pour lequel l'attente objective en matière de vie privée est comparativement faible. La violation de la *Charte* était motivée par le désir de recueillir des éléments de preuve dans une situation où d'autres moyens d'enquête semblaient impossibles. Enfin, il est révélateur que la police ait effectivement

judge's determination of "good faith" on the part of the authorities. Third, in the present circumstances, it is the exclusion of the evidence that would do violence to the repute of the justice system. Although not trivial, the breach of the accused's *Charter* rights was far less severe than would be the case in a search of his person. The manifest culpability of the accused, in combination with the low level intrusion on his reasonable expectation of privacy from the *Charter* breach, weighs heavily in favour of the admissibility of the evidence.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

By Dickson C.J. (dissenting)

*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 8, 24(2).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10(1)(a) [rep. & sub. 1985, c. 19, s. 200].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, 43 C.R.R. 364, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on charges of possession of a narcotic for the purpose of trafficking and of unlawfully cultivating marijuana con-

obtenu un mandat de perquisition avant la perquisition réelle de la maison d'habitation. Tous ces facteurs appuient la conclusion de «bonne foi» de la part des autorités à laquelle est arrivé le juge du procès. Troisièmement, dans les circonstances, c'est la décision d'écartier les éléments de preuve qui aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire. Bien qu'elle ne soit pas anodine, la violation des droits que la *Charte* reconnaît à l'accusé est beaucoup moins grave que le serait une fouille de sa personne. La culpabilité manifeste de l'accusé, conjuguée au faible degré de violation de son attente raisonnable en matière de vie privée, milite fortement en faveur de l'utilisation de la preuve.

### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt appliqué:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés:** *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8, 24(2).  
*Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 4(2), 6(1), 10(1)a) [abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 200].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, 43 C.R.R. 364, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le

trary to the *Narcotic Control Act*, [1988] B.C.D. Crim. Conv. 6060-01, 3 W.C.B. (2d) 265, 11 C.R.D. 850.50-11. Appeal allowed, Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

*David M. Rosenberg and Paul S. Rosenberg*, for the appellant.

*S. David Frankel, Q.C., and V. Gordon Rose*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

DICKSON C.J. (dissenting)—

### The Facts

The appellant was charged on an indictment that, on or about November 5, 1986, at or near Shawnigan Lake, British Columbia, he unlawfully had in his possession a narcotic, cannabis (marijuana), for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1; and that he was unlawfully cultivating marijuana contrary to s. 6(1) of the Act.

On November 5, 1986, R.C.M.P. officers entered the appellant's residence, pursuant to a search warrant dated November 4, 1986, and seized marijuana plants. This evidence formed the basis of the two charges. Prior to the commencement of trial before Cashman Co. Ct. J., counsel agreed to a *voir dire* in order for the trial judge to consider the admissibility of the seized evidence. For the purposes of the *voir dire*, counsel relied on the testimony which had been adduced at the preliminary hearing. The reasons of Cashman Co. Ct. J. on the *voir dire* provide a thorough summary of the events leading up to the seizure of the evidence:

The events commenced on October 30th, 1986, and what occurred is best described in the evidence of Constable Povarchook. He said that his first involvement with the matter was on October 30th, 1986, and on that day he and other members of the Drug Section were performing surveillance as a result of information which

trafic et de culture illégale de chanvre indien en contravention de la *Loi sur les stupéfiants*, [1988] B.C.D. Crim. Conv. 6060-01, 3 W.C.B. (2d) 265, 11 C.R.D. 850.50-11. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

*David M. Rosenberg et Paul S. Rosenberg*, pour l'appellant.

*S. David Frankel, c.r., et V. Gordon Rose*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF DICKSON (dissident)—

### Les faits

L'appellant a été inculpé par voie de mise en accusation d'avoir eu en sa possession, le 5 novembre 1986 ou vers cette date, à Shawnigan Lake (Colombie-Britannique) ou dans les environs, un stupéfiant, cannabis (chanvre indien), en vue d'en faire le trafic en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1; et d'avoir fait la culture de chanvre indien en contravention du par. 6(1) de la Loi.

Le 5 novembre 1986, des agents de la G.R.C. sont entrés dans la résidence de l'appellant, en vertu d'un mandat de perquisition daté du 4 novembre 1986, et ont saisi des plants de chanvre indien. Cette preuve a servi de base aux deux accusations. Avant le commencement du procès devant le juge Cashman de la Cour de comté, les avocats se sont mis d'accord sur la tenue d'un *voir-dire* pour examiner l'admissibilité de la preuve saisie. Aux fins du *voir-dire*, les avocats se sont fondés sur les témoignages produits à l'enquête préliminaire. Les motifs du juge Cashman relatifs au *voir-dire* donnent un résumé complet des événements qui ont abouti à la saisie de ce qui a servi de preuve:

[TRADUCTION] Les événements ont commencé le 30 octobre 1986 et ce qui s'est passé est mieux décrit dans le témoignage de l'agent Povarchook. Il dit s'être occupé de cette affaire pour la première fois le 30 octobre 1986; ce jour-là, lui et d'autres membres de la section des stupéfiants exerçaient une surveillance par suite de ren-

they had received from the Surrey Detachment [of the R.C.M.P. The information they received was that the driver of a truck on the ferry to Vancouver Island was suspected of being involved in the cultivation of marihuana]. They went out to the Swartze Bay ferry terminal in Sidney. At approximately 1440 hours they observed a green Toyota pickup with a white canopy come out of the ferry terminal and head south on the Pat Bay Highway. They were unable to follow this vehicle directly due to traffic, but caught up to it as it was travelling up the Malahat north of Victoria. He then observed it turn onto the South Shawnigan Lake turnoff. At no time did he have an opportunity to observe the driver of that vehicle. At approximately 1534 hours he drove by the residence of 1985 West Shawnigan Lake Road and observed the pickup which he had seen earlier parked near the house on that lot.

The following day, October 31st, he drove by the residence at approximately seven thirty in the morning and saw that the pickup truck was still there. Later in the afternoon he went up in the forces helicopter and took aerial photographs of the residence and the general area, and observed what appeared to be a white vehicle, but he was unable to make out just what vehicle it was.

On the 4th of November, 1986, at approximately two o'clock in the morning, he went to this house with Constable Handy and they conducted what he referred to in his evidence as a perimeter search of the residence. While doing so, he noticed that the residence was a two-storey structure, basement and upper level. The basement windows were curtained off and appeared to be sealed with something behind the curtain. He observed heavy condensation on the patio door window and heard electrical humming from the basement level near the carport around the rear of the residence. He saw a piece of plywood nailed to the wall of the residence, and observed it actually covered what appeared to be a louvered metal vent. From the side of the plywood, he detected a slight odour of marihuana, and on the top of the plywood, the odour was much stronger, and as well he could detect heat coming from the area.

Quite clearly from that evidence, one can see that the officer went right up to this dwelling-house, and observed it closely, and it appears from questions and answers from the cross-examination by Mr. Rosenberg that he, in fact, attempted to peer into the window. He conceded in order to get to the house he had to go down a long driveway, some seventy-five (75) to a hundred (100) yards long. He said he had not had any direct dealings with the accused, and his source of information

seignements reçus du détachement de Surrey [de la G.R.C. Selon ces renseignements, le conducteur d'un camion sur le traversier allant sur l'île de Vancouver était soupçonné d'être impliqué dans la culture de chanvre indien]. Ils se sont rendus au terminal Swartze Bay du traversier à Sidney. Vers 14 h 40, ils ont observé une camionnette Toyota verte avec une bâche blanche qui sortait du terminal du traversier et prenait la direction sud sur la route Pat Bay. Ils n'ont pas pu suivre ce véhicule directement à cause de la circulation, mais l'ont rattrapé alors qu'il circulait sur Malahat au nord de Victoria. Il l'a alors vu prendre la sortie South Shawnigan Lake. Il n'a jamais pu voir le conducteur du véhicule. Vers 15 h 34, il est passé près de la résidence située au 1985 West Shawnigan Lake Road et a observé la camionnette qu'il avait vue stationnée plus tôt près de la maison à cette adresse.

Le lendemain, le 31 octobre, il est passé près de la résidence vers 7 h 30 et a vu que la camionnette s'y trouvait toujours. Plus tard dans l'après-midi, il est monté dans l'hélicoptère du corps policier, a pris des photographies aériennes de la résidence et des environs et a observé ce qui paraissait être un véhicule blanc, mais il n'a pas pu établir l'identité de ce véhicule.

Le 4 novembre 1986, vers 2 h du matin, il s'est rendu à cette maison avec l'agent Handy et ils ont effectué ce qu'il a appelé dans son témoignage une perquisition périphérique de la résidence. Il a alors remarqué que la résidence était une maison de deux étages, sous-sol et niveau supérieur. Les fenêtres du sous-sol avaient des rideaux et les fenêtres paraissaient scellées de quelque manière derrière le rideau. Il a observé une forte condensation sur la porte patio et a entendu un bourdonnement électrique venant du sous-sol, près de l'abri d'auto derrière la résidence. Il a vu un morceau de contre-plaqué cloué au mur de la résidence et remarqué qu'il couvrait ce qui paraissait être un évent à lames. Du côté du contre-plaqué, il a senti une légère odeur de chanvre indien, et au-dessus du contre-plaqué une odeur beaucoup plus prononcée et de la chaleur venant de cet endroit.

Il ressort très clairement de ce témoignage que l'agent s'est rendu directement à cette maison d'habitation, l'a observée attentivement, et il ressort des questions et réponses du contre-interrogatoire mené par M<sup>e</sup> Rosenberg qu'il a effectivement tenté de regarder par la fenêtre. Il a reconnu que, pour se rendre à la maison, il devait suivre une longue allée d'environ soixante-quinze (75) à cent (100) verges de long. Il a dit qu'il n'avait eu aucun contact direct avec l'accusé et que ses renseigne-

came solely from the R.C.M.P. in Surrey and not from any informant.

The search of the area immediately surrounding the dwelling-house was conducted without prior judicial authorization. Moreover, when asked whether he had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been or was being committed on the property contrary to the provisions of the *Narcotic Control Act*—a circumstance which under s. 10(1)(a) of the Act would permit a warrantless search of the perimeter—Constable Povarchook of the Royal Canadian Mounted Police, Victoria Drug Section, on cross-examination during the preliminary inquiry replied:

A: I did not have reasonable and probable grounds to believe that there was an offense being committed. I had a suspicion.

Q: Surely, you must have suspected something to go there?

A: Well, I had more than just suspicion. I had solid grounds, but not enough for a search warrant.

In response to further questioning, he stated that it had not been necessary to enter the property either to preserve evidence or to apprehend a felon. The Constable agreed in cross-examination that his visual, olfactory and aural observations could not have been made without going to the property and coming very close to the house.

Pursuant to a search warrant dated November 4, 1986, the police entered the appellant's residence and seized a number of marijuana plants. They also conducted a search of a vehicle that was on the property. The search warrant only authorized a search of the dwelling-house. The lawfulness of the vehicle search was not pursued at trial.

After considering the evidence, the trial judge held that the evidence upon which the Crown relied in support of the charges had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He ruled that the evidence was inadmissible pursuant to s. 24(2) of the

ments avaient pour unique source la G.R.C. de Surrey et non quelque informateur.

La perquisition des environs immédiats de la maison d'habitation a été effectuée sans autorisation judiciaire préalable. De plus, lorsqu'on lui a demandé s'il avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'avait été, ou était en train d'être commise sur la propriété, une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*—ce qui en vertu de l'al. 10(1)a) de la Loi aurait autorisé l'agent à faire une perquisition périphérique sans mandat—l'agent Povarchook de la Gendarmerie royale du Canada, section des stupéfiants de Victoria, a répondu en contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire:

[TRADUCTION]

R: Je n'avais pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction était en train d'être commise. J'avais des soupçons.

Q: Vous deviez sûrement soupçonner quelque chose pour aller là-bas?

R: Bien, j'avais plus que des soupçons. J'avais des motifs solides, mais pas suffisants pour obtenir un mandat de perquisition.

En réponse à d'autres questions, il a dit qu'il n'avait pas été nécessaire d'entrer dans la propriété pour conserver des éléments de preuve ou pour appréhender un malfaiteur. L'agent a reconnu en contre-interrogatoire qu'il n'aurait pas pu faire ses observations visuelles, olfactives et auditives sans entrer dans la propriété et s'approcher très près de la maison.

En vertu d'un mandat de perquisition daté du 4 novembre 1986, les policiers sont entrés dans la résidence de l'appelant et ont saisi un certain nombre de plants de chanvre indien. Ils ont également effectué la fouille d'un véhicule qui se trouvait sur la propriété. Le mandat de perquisition n'autorisait que la perquisition de la maison d'habitation. La légalité de la fouille du véhicule n'a pas été contestée au procès.

Après examen de la preuve, le juge du procès a décidé que la preuve sur laquelle s'appuyait le ministère public pour porter les accusations avait été obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a conclu que la preuve était irrecevable en vertu du par. 24(2) de



*Charter*. The respondent appealed the decision to the British Columbia Court of Appeal. In a unanimous judgment, the Court allowed the appeal and ordered a new trial. The appellant now appeals from that decision to this Court.

### Judgments Below

#### *County Court of Vancouver Island*

Cashman Co. Ct. J. first considered the warrantless "perimeter search" of the appellant's dwelling-house. He examined the provisions of the *Narcotic Control Act* and concluded that the yard surrounding a dwelling-house, while it may not be a part of the dwelling-house, is a "place" and may be searched without a warrant provided that the officer has reasonable grounds for believing that the place contains a narcotic. He then found that until Constable Povarchook entered onto the property and made observations he had no reasonable grounds to obtain a search warrant. In fact, the police officer conceded this fact.

Cashman Co. Ct. J. rejected the argument that the police action was merely an investigative procedure. The officer admitted that he had not attempted other investigative measures and, moreover, the trial judge found nothing in the evidence to suggest that what was done occurred in circumstances of urgency or necessity.

The trial judge then considered whether the actions of the police on November 4th constituted a "search". He found that the police had engaged in a warrantless search of the property surrounding the dwelling-house on the basis of a suspicion, but without reasonable grounds. Cashman Co. Ct. J. then reasoned that:

... since the basis of the search warrant subsequently obtained the following day was founded on what was observed during the warrantless search, I find that the search warrant is thus invalid.

Having reached this conclusion, the trial judge considered the admissibility of the evidence of narcotics pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Cashman Co. Ct. J. began by commenting upon the good faith of the police officer involved:

la *Charte*. L'intimée a porté cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans un arrêt unanime, la cour a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. L'appellant se pourvoit maintenant contre cet arrêt devant notre Cour.

### Les jugements des juridictions inférieures

#### *La Cour de comté de l'Île de Vancouver*

Le juge Cashman a d'abord examiné la «perquisition périphérique» sans mandat de la maison d'habitation de l'appellant. Il a examiné les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et conclu que le terrain sur lequel se trouve une maison d'habitation, bien que ne faisant peut-être pas partie de la maison d'habitation, est un «endroit» et peut faire l'objet d'une perquisition sans mandat pourvu que l'agent ait des motifs raisonnables de croire que l'endroit contient un stupéfiant. Il a alors conclu qu'avant d'entrer dans la propriété et d'y faire des observations, l'agent Povarchook n'avait pas de motifs raisonnables d'obtenir un mandat de perquisition. L'agent a d'ailleurs reconnu ce fait.

Le juge Cashman a rejeté l'argument que les actes des policiers relevaient simplement d'une procédure d'enquête. L'agent a admis qu'il n'avait pas tenté d'autres mesures d'enquête et, de plus, le juge du procès n'a rien trouvé dans la preuve qui donne à entendre que les actes posés l'avaient été dans des circonstances d'urgence ou de nécessité.

Le juge du procès s'est alors demandé si les actes des policiers le 4 novembre constituaient une «perquisition». Il a conclu que les policiers avaient effectué une perquisition sans mandat de la propriété entourant la maison d'habitation, sur le fondement d'un soupçon, mais sans motifs raisonnables. Le juge Cashman a alors dit:

[TRADUCTION] ... puisque le mandat de perquisition obtenu le lendemain était fondé sur les observations faites au cours de la perquisition sans mandat, je conclus que le mandat de perquisition est invalide.

Ayant tiré cette conclusion, il a examiné l'admissibilité de la preuve concernant les stupéfiants en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Cashman a commencé par des observations sur la bonne foi de l'agent de police en cause:

From what I have heard in this case, I have no reason to doubt what Constable Povarchook did on November 4th at two o'clock in the morning he did in good faith, albeit one may well view his procedure as somewhat of a shortcut in obtaining the evidence necessary to found a search warrant.

After considering the judgment of this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the trial judge reiterated that little consideration was given by the police to other investigative procedures. The trial judge concluded that the evidence found as a result of the search made pursuant to the warrant should be excluded "because considering all the circumstances, the admission of it would, in my opinion, bring the administration of justice into disrepute".

#### *British Columbia Court of Appeal*

The respondent appealed from the judgment of Cashman Co. Ct. J. to the Court of Appeal of British Columbia: (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. Craig J.A. delivered the unanimous judgment of the Court. He held, first, that while the police officers were trespassers, s. 8 ensures only a reasonable expectation of privacy: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The determination of what constitutes a reasonable expectation, according to Craig J.A. (at pp. 200-201):

... will vary according to the circumstances. In assessing this factor, the court must consider whether in a particular situation the public interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on an individual's privacy in order to enhance its goals, notably those of law enforcement.

In the instant case, Craig J.A. disagreed with the weight which the trial judge placed upon the fact that the police failed to utilize other investigatory procedures. He concluded that since other investigative techniques were impractical, the minimal intrusion of a perimeter search, although a trespass, did not amount to an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter*.

Although it was unnecessary to pursue the analysis, Craig J.A. then considered whether the trial judge erred in holding that the evidence obtained

[TRADUCTION] Les témoignages en l'espèce ne me donnent aucune raison de douter que l'agent Povarchook ait agi de bonne foi à deux heures du matin le 4 novembre, même si on peut considérer sa façon d'agir un peu comme un raccourci pour obtenir la preuve nécessaire pour justifier un mandat de perquisition.

Après avoir examiné l'arrêt de notre Cour *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge du procès a répété que la police avait accordé peu d'attention à d'autres procédures d'enquête. Il a conclu que la preuve découverte par suite de la perquisition effectuée sans mandat devait être écartée [TRADUCTION] «parce que, compte tenu de toutes les circonstances, à mon avis, son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

#### *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

L'intimée s'est pourvu en appel du jugement du juge Cashman à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. Le juge Craig a rendu l'arrêt unanime de la cour. Il a d'abord conclu que, bien qu'il y ait eu violation de propriété par les agents de police, l'art. 8 ne garantit qu'une attente raisonnable en matière de vie privée: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Suivant le juge Craig, la détermination de ce qui constitue une attente raisonnable (aux pp. 200 et 201):

[TRADUCTION] ... variera suivant les circonstances. Dans l'appréciation de ce facteur, la cour doit se demander si, dans une situation donnée, l'intérêt public à ne pas être importuné doit céder le pas à l'intérêt qu'a le gouvernement à s'immiscer dans la vie privée d'un individu pour atteindre ses objectifs, notamment l'application de la loi.

Le juge Craig a exprimé son désaccord avec le poids que le juge du procès a accordé au fait que les policiers n'avaient pas utilisé d'autres procédures d'enquête. Il a conclu que, puisque d'autres techniques d'enquête étaient peu pratiques, l'intrusion minimale que constitue une perquisition périphérique, bien que ce soit une violation de propriété, n'équivalait pas à une perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

Bien qu'il ne fût pas nécessaire de poursuivre l'analyse, le juge Craig s'est ensuite demandé si le juge du procès avait commis une erreur en con-

through the search of the appellant's dwelling-house ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Craig J.A. considered the judgment of this Court in *Collins, supra*, and concluded that "the main factor bearing on bringing the administration of justice into disrepute was whether the violation of the accused's Charter right would render his trial unfair" (p. 203). Craig J.A. concluded that since the cultivation of marijuana was real evidence, it was admissible pursuant to s. 24(2).

The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal on both grounds and ordered a new trial.

#### Relevant Legislation

##### *Narcotic Control Act*

The provisions of the *Narcotic Control Act* relevant to this appeal, as they stood at the time of the events in issue, are as follows:

4. (1) ...

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

6. (1) No person shall cultivate opium poppy or marihuana except under the authority of and in accordance with a licence issued to him under the regulations.

10. (1) A peace officer may, at any time,

(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The provisions of the *Charter*, relevant to this appeal, are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

cluant que la preuve obtenue au moyen de la perquisition de la maison d'habitation de l'appelant devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Craig a examiné l'arrêt *Collins* de notre Cour, précité, et a conclu que [TRADUCTION] «le facteur principal pour qu'il y ait déconsidération de l'administration de la justice était de savoir si la violation du droit que la Charte reconnaît à l'accusé rendrait le procès inéquitable» (p. 203). Le juge Craig a conclu que, puisque la culture du chanvre indien était une preuve matérielle, elle pouvait être utilisée en application du par. 24(2).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit aux deux moyens d'appel et ordonné un nouveau procès.

#### Les dispositions législatives pertinentes

##### *Loi sur les stupéfiants*

Les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* pertinentes dans le présent pourvoi et en vigueur au moment des événements en cause, sont les suivantes:

4. (1) ...

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

6. (1) Nul ne peut cultiver le pavot somnifère ou le chanvre indien sauf avec l'autorisation et en conformité d'un permis à lui délivré aux termes des règlements.

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,

a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre que dans une maison d'habitation et, sous l'autorité d'un mandat décerné aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise.

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

Les dispositions de la *Charte* pertinentes en l'espèce sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

24. (1) ...

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

### Analysis

#### 1. Unreasonable Search and Seizure

The first issue raised in this appeal is whether the warrantless perimeter search of the dwelling-house of the appellant, conducted on November 4, 1986, was an unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter*. At the outset, I would reiterate the dictum of this Court in *Hunter, supra*, regarding the interpretation of s. 8 and, specifically, the role which s. 8 plays in limiting the pre-existing search powers of the state (at pp. 156-57):

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action. . . . in guaranteeing the right to be secure from unreasonable searches and seizures, s. 8 acts as a limitation on whatever powers of search and seizure the federal or provincial governments already and otherwise possess. It does not in itself confer any powers, even of "reasonable" search and seizure, on these governments.

In the case at bar, the respondent concedes that what occurred outside of the dwelling-house of the appellant on the night of November 4, 1986, was a search for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Moreover, the search was conducted without prior judicial authorization in the form of a search warrant. Of direct relevance, then, is the dictum of this Court in *Hunter, supra*, wherein it was recognized that the absence of prior authorization raises a presumption of unreasonableness which must be

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

24. (1) ...

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

### L'analyse

#### 1. Fouille, perquisition et saisie abusives

La première question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si la perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'appelant, effectuée sans mandat le 4 novembre 1986, était une fouille, perquisition ou saisie abusive selon l'art. 8 de la *Charte*. Au départ, je voudrais répéter l'opinion incidente de notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, concernant l'interprétation de l'art. 8 et, plus précisément, le rôle que joue l'art. 8 en limitant les pouvoirs préexistants de l'État en matière de fouille et de perquisition (aux pp. 156 et 157):

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. [...] en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies «raisonnables».

En l'espèce, l'intimée reconnaît que ce qui s'est passé à l'extérieur de la maison d'habitation de l'appelant, la nuit du 4 novembre 1986, était une perquisition aux fins de l'art. 8 de la *Charte*. De plus, la perquisition a été effectuée sans l'autorisation judiciaire préalable que constitue un mandat de perquisition. Est alors directement pertinente l'opinion incidente de notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, qui reconnaît que l'absence d'autorisation préalable donne naissance à une pré-

rebutted by the party seeking to justify the warrantless search (p. 161).

The first hurdle which must be overcome by the respondent in that attempt at justification is readily apparent. In *R. v. Collins*, *supra*, this Court reiterated the presumption against warrantless searches and described the burden that rests on a party attempting to establish reasonableness (at p. 278):

... once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

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

In order to show reasonableness, then, it is first necessary for the respondent to establish that the search was authorized by law. The trial judge undertook this analysis and, quite rightly, focussed his attention on s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*. Cashman Co. Ct. J. found, and on this point I do not think there can be any dispute, that the perimeter of a dwelling-house, while perhaps not part of the dwelling-house, is a "place" within the meaning of s. 10 of the *Narcotic Control Act*. Having made this determination, the trial judge then considered the statutory preconditions for the search of a "place" pursuant to s. 10, and he made reference to the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97. In that case, Martin J.A., for the Court, considered s. 10(1)(a) and concluded, at p. 125, that:

Section 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act* authorizes a warrantless search of a "place" other than a dwelling-house by a peace officer who has reasonable grounds for believing that the "place" contains a narcotic.

He reached this conclusion on the basis of the legislative history of the section, at p. 106:

Thus, from its inception, the legislation conferring power to search places other than dwelling-houses without a warrant has required the existence of reasonable grounds for believing that the place to be searched contains a drug, possessed in contravention of the legislation . . . .

somption de caractère abusif que doit réfuter la partie qui cherche à justifier la perquisition effectuée sans mandat (p. 161).

Le premier obstacle que doit franchir l'intimée dans sa tentative de justification est évident. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, notre Cour a répété la présomption contre les perquisitions sans mandat et a décrit le fardeau qui incombe à la partie qui tente d'établir le caractère raisonnable (à la p. 278):

... du moment que l'appelant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.

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

Pour démontrer le caractère raisonnable, l'intimée doit donc établir d'abord que la fouille ou perquisition était autorisée par la loi. Le juge du procès a entrepris cette analyse et, très justement, a centré son attention sur le par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Le juge Cashman a conclu, et je ne crois pas qu'il puisse y avoir de divergences sur ce point, que les environs d'une maison d'habitation, bien qu'ils ne fassent peut-être pas partie de la maison d'habitation, sont un «endroit» au sens de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Ayant tiré cette conclusion, le juge du procès a alors examiné les conditions préalables établies par la loi pour la perquisition d'un «endroit» en application de l'art. 10 et s'est reporté à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97. Dans cet arrêt, le juge Martin, au nom de la cour, a examiné l'al. 10(1)a) et conclu à la p. 125 que:

[TRADUCTION] L'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* autorise une perquisition sans mandat d'un «endroit» autre qu'une maison d'habitation par un agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire que l'«endroit» contient un stupéfiant.

Il a tiré cette conclusion sur le fondement de l'histoire législative de l'article, à la p. 106:

[TRADUCTION] Ainsi, depuis ses débuts, la disposition qui attribue un pouvoir de perquisitionner sans mandat des endroits autres que des maisons d'habitation a exigé l'existence de motifs raisonnables de croire que l'endroit à perquisitionner contient une drogue possédée en contravention de la loi . . . .

I find no legislative intent to displace the requirement that police officers, in searching places other than a dwelling-house without a warrant, must have reasonable grounds to believe that a narcotic is present or to substitute a purely arbitrary discretion on the part of police officers to search places other than dwelling-houses at will. This would be entirely contrary to the English and Canadian tradition.

Even if s. 10(1)(a) were equally open to the construction that reasonable grounds for belief are not required to justify a warrantless search of places other than a dwelling-house, or to the construction that reasonable grounds for believing that the place contains a narcotic in contravention of the Act is required, I would feel constrained to adopt the latter construction to avoid doing violence to fundamental principles which are deeply rooted in our legal system.

I fully endorse the comments of Martin J.A. on the interpretation of s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*.

In ruling on the *voir dire*, Cashman Co. Ct. J. had little difficulty in reaching the conclusion that the police officers involved in the perimeter search lacked the requisite reasonable grounds for compliance with s. 10(1) of the Act. Given the concession by Officer Povarchook at the preliminary hearing that he did not have reasonable and probable grounds sufficient to obtain a search warrant, the inevitable conclusion is that the police lacked statutory authority to conduct the perimeter search. Indeed, the respondent conceded before this Court that the police lacked reasonable and probable grounds.

In the judgment of Craig J.A., considerable weight is placed upon certain statements in *Hunter, supra*, in which this Court adopted the reasoning of Stewart J., of the Supreme Court of the United States, in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967): "the Fourth Amendment protects people, not places". However, the adoption of Stewart J.'s dictum in the context of s. 8 clearly was not intended to inhibit the reasonableness of the expectation of privacy of the individual with respect to his or her activities on private property. The point emphasized by Stewart J., and accepted by this Court in *Hunter*, was that the reasonable-

Je ne vois aucune intention législative de modifier l'exigence que les agents de police, qui perquisitionnent sans mandat des endroits autres qu'une maison d'habitation, aient des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant s'y trouve, ou de la remplacer par un pouvoir discrétionnaire purement arbitraire des agents de police de perquisitionner à volonté des endroits autres que des maisons d'habitation. Ce serait tout à fait contraire à la tradition anglaise et canadienne.

Même s'il était tout aussi possible de donner à l'al. 10(1)(a) l'interprétation que des motifs raisonnables de croire ne sont pas nécessaires pour justifier une perquisition sans mandat d'endroits autres qu'une maison d'habitation, ou l'interprétation que des motifs raisonnables de croire que l'endroit contient un stupéfiant en contravention de la Loi sont nécessaires, je m'estimerais tenu d'adopter la dernière pour éviter toute entorse à des principes fondamentaux profondément enracinés dans notre système juridique.

J'adopte entièrement les commentaires du juge Martin sur l'interprétation du par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*.

En rendant sa décision sur le *voir-dire*, le juge Cashman n'a pas eu de difficulté à conclure que les agents de police qui ont participé à la perquisition périphérique n'avaient pas les motifs raisonnables requis pour respecter le par. 10(1) de la Loi. Vu que l'agent Povarchook a reconnu à l'enquête préliminaire qu'il n'avait pas de motifs raisonnables et probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, la conclusion inévitable est que la police n'avait pas le pouvoir d'effectuer la perquisition périphérique. D'ailleurs, l'intimée a reconnu devant notre Cour que la police n'avait pas de motifs raisonnables et probables.

Le juge Craig accorde beaucoup de poids à certaines affirmations de l'arrêt *Hunter*, précité, dans lequel notre Cour a adopté le raisonnement du juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967): [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Cependant, l'adoption de l'opinion incidente du juge Stewart dans le contexte de l'art. 8 n'était évidemment pas destinée à suspendre le caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée de l'individu relativement à ses activités sur une propriété privée. Le point souligné par le juge Stewart

ness of a citizen's expectation of privacy cannot be confined to those situations which involve the enjoyment of property.

The respondent also submitted that the "perimeter search" was carried out under lawful authority pursuant to the common law powers of the police and was not a trespass on private property. In my view, this argument is without foundation. This Court consistently has held that the common law rights of the property holder to be free of police intrusion can be restricted only by powers granted in clear statutory language. In *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, this Court considered the validity of a warrant which authorized the police to "seize" firearms. Ritchie J., for the Court, held that the power to seize must be interpreted strictly to prevent the police from entering and conducting a general search of private property, at pp. 9-10:

All sections of the *Criminal Code* are presumably enacted "in the public interest" and it would in my view be dangerous indeed to hold that the private rights of the individual to the exclusive enjoyment of his own property are to be subject to invasion by police officers whenever they can be said to be acting in the furtherance of the enforcement of any section of the *Criminal Code* although they are not armed with express authority to justify their action.

As I have indicated, I am of the opinion that any statutory provision authorizing police officers to invade the property of others without invitation or permission would be an encroachment on the common law rights of the property owner and in case of any ambiguity would be subject to a strict construction in favour of the common law rights of the owner.

In his reasons for judgment, Ritchie J. also made mention of the decision of this Court in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739. That case concerned an action for damages for trespass alleged to have been committed when police officers entered the plaintiff's apartment to apprehend a third party for whom there were outstanding

et accepté par notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, était que le caractère raisonnable de l'attente d'un citoyen en matière de vie privée ne peut être limité aux situations relatives à la jouissance de  
a propriété.

L'intimée a également allégué que la «perquisition périphérique» avait été effectuée légitimement en vertu des pouvoirs que la common law reconnaît à la police et n'était pas une intrusion illicite sur une propriété privée. À mon avis, cet argument est sans fondement. Notre Cour a toujours dit que les droits que la common law reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires. Dans l'arrêt *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, notre Cour a examiné la validité d'un mandat qui autorisait la police à «saisir» des armes à feu. Le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu que le pouvoir de saisir doit recevoir une interprétation stricte pour empêcher la police d'entrer dans une propriété privée et d'y effectuer une perquisition générale, aux pp. 9 et 10:

On présume que tous les articles du *Code criminel* sont adoptés «dans l'intérêt public» et, à mon avis, il serait très dangereux de conclure que les droits privés d'une personne à la jouissance exclusive de sa propriété doivent être assujettis au droit des policiers d'y entrer de force chaque fois qu'ils prétendent agir en vue d'appliquer un article du *Code criminel*, même s'ils ne sont pas munis d'une autorisation expresse qui justifie leurs actes.

Comme je l'ai mentionné, j'estime qu'une disposition de la loi qui autorise les policiers à pénétrer sur la propriété d'autrui sans invitation ni permission constitue un empiètement sur les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire. En cas d'ambiguïté, cette disposition doit recevoir une interprétation stricte qui favorise les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire.

Dans ses motifs de jugement, le juge Ritchie a également mentionné l'arrêt de notre Cour *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739. Il s'agissait dans ce pourvoi d'une action en dommages-intérêts pour une violation de propriété qui aurait été commise lorsque des agents de police étaient entrés dans l'appartement de l'appelant pour y appréhender un

warrants. The Court held, at p. 746, that the individual's expectation of privacy with respect to his or her home demands, as a precondition to entry, some announcement by the police:

Except in exigent circumstances, the police officers must make an announcement prior to entry. There are compelling considerations for this. An unexpected intrusion upon a man's property can give rise to violent incidents. It is in the interests of the personal safety of the householder and the police as well as respect for the privacy of the individual that the law requires, prior to entrance for search or arrest, that a police officer identify himself and request admittance.

In my view, given these clear statements, there is no basis for the argument that the police possessed common law authority to trespass upon the private property of the appellant to conduct the search.

For these reasons, I would conclude that the warrantless perimeter search of the dwelling-house of the appellant was conducted without lawful authority under statute or the common law. In the absence of lawful authority, the perimeter search must be found unreasonable: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1147, *per* Lamer J. Having made this determination, it is unnecessary, strictly speaking, to consider the second and third criteria of reasonableness established in *Collins*, *supra*. It does seem to me, however, apart from the question of lawful authority, that the police do not have a constitutionally unrestricted right to trespass upon private property. In my view, then, the Court of Appeal of British Columbia erred in its determination that the search, although not conducted under lawful authority, was nevertheless reasonable. Consequently, I would find that the s. 8 *Charter* rights of the appellant were violated by the warrantless search conducted by the police of the perimeter of his dwelling-house.

## 2. Section 1 of the Charter

In the circumstances of this case, the issue of s. 1 justification for the s. 8 *Charter* violation merits only the briefest attention. The search that

tiers qui était visé par trois mandats non exécutés. La Cour a conclu, à la p. 746, que les attentes de l'individu en matière de vie privée relativement à son foyer exigent que les agents de police s'annoncent avant d'entrer:

Excepté dans des circonstances critiques, les agents de police doivent faire une annonce avant d'entrer. Il y a des raisons péremptoires pour cela. Une intrusion inattendue dans la propriété de quelqu'un peut donner lieu à des incidents violents. C'est dans l'intérêt de la sécurité personnelle du chef de la maison et de la police aussi bien que dans l'intérêt du respect dû à l'intimité de l'individu que la loi requiert d'un agent de police, avant qu'il n'entre pour rechercher ou arrêter, qu'il s'identifie et demande à être admis.

Étant donné ces affirmations claires, il n'y a, à mon avis, aucun fondement à l'argument que la common law reconnaissait à la police le pouvoir d'entrer sur la propriété privée de l'appelant pour y effectuer une perquisition.

Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure que la perquisition périphérique sans mandat de la maison d'habitation de l'appelant a été effectuée sans autorisation légitime de la loi ou de la common law. En l'absence d'autorisation légitime, la perquisition périphérique doit être déclarée abusive: *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1147, le juge Lamer. Vu cette conclusion, il ne m'est pas nécessaire, à proprement parler, d'examiner les deuxième et troisième critères du caractère raisonnable établis dans l'arrêt *Collins*, précité. Cependant, il me semble bien, indépendamment de la question de l'autorisation légitime, que la police ne possède pas un droit illimité du point de vue constitutionnel d'entrer sur une propriété privée. À mon avis, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur dans sa conclusion que la perquisition, bien qu'effectuée sans autorisation légitime, était néanmoins raisonnable. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les droits que l'art. 8 de la *Charte* reconnaît à l'appelant ont été violés par la perquisition périphérique sans mandat de sa maison d'habitation.

## 2. L'article premier de la Charte

Dans les circonstances de l'espèce, la question de la justification des violations de l'art. 8 de la *Charte* en vertu de l'article premier ne mérite



occurred in the case at bar was a police initiative undertaken without lawful authority. For this reason alone, it must be concluded that the search of the perimeter of the appellant's dwelling-house was not "prescribed by law" in accordance with s. 1 of the *Charter*.

### 3. *Admissibility of the Evidence*

Having found that the s. 8 *Charter* right of the appellant was infringed by the warrantless search, the second issue raised on appeal to be examined is whether the Court of Appeal erred in failing to find that the administration of justice would be brought into disrepute by admitting evidence obtained through a subsequent search undertaken pursuant to a valid search warrant.

In my view, the nexus between the warrantless and unconstitutional search of the perimeter of the dwelling-house, and the subsequent discovery of the evidence, is sufficiently close that it can be concluded that the evidence was "obtained in a manner that infringed or denied" s. 8 of the *Charter*. This threshold issue in s. 24(2) was considered by this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, and the Court adopted a case-by-case approach to the issue (p. 1006). Moreover, the Court stated the following general principle (at p. 1005):

... the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment . . . .

In the case at bar, observations made by police officers during an unconstitutional search formed the foundation for a search warrant obtained the following day to search the observed premises. The temporal link was not broken by any intervening events and it follows that the evidence was obtained in a manner that violated the constitutional rights of the appellant. Consequently, it is necessary to engage in an inquiry, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, to determine the admissibility of evidence obtained during the subsequent constitutional search.

qu'un bref examen. La perquisition effectuée en l'espèce était une initiative policière entreprise sans autorisation légitime. Pour ce seul motif, il faut conclure que la perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'appellant n'était pas prescrite «par une règle de droit» conformément à l'article premier de la *Charte*.

### 3. *L'admissibilité de la preuve*

Vu la conclusion que la perquisition sans mandat a violé le droit que l'art. 8 de la *Charte* reconnaît à l'appellant, la seconde question à examiner est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas que l'administration de la justice serait déconsidérée par l'utilisation des éléments de preuve obtenus au moyen d'une perquisition subséquente effectuée en application d'un mandat valide.

À mon avis, le lien entre la perquisition périphérique sans mandat, et donc inconstitutionnelle, de la maison d'habitation et la découverte ultérieure de la preuve est suffisamment étroit pour conclure que les éléments de preuve «ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, notre Cour a examiné cette question préliminaire qu'il faut considérer en vertu du par. 24(2) et a dit qu'il fallait aborder la question cas par cas (p. 1006). De plus, la Cour a formulé le principe général suivant (à la p. 1005):

... la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation . . .

En l'espèce, des observations faites par des agents de police au cours d'une perquisition inconstitutionnelle ont servi de fondement à un mandat obtenu le lendemain autorisant la perquisition des lieux observés. Le lien temporel n'a pas été interrompu par des événements survenus dans l'interval et il s'ensuit que les éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui viole les droits constitutionnels de l'appellant. Par conséquent, il faut, en application du par. 24(2) de la *Charte*, examiner l'admissibilité des éléments de preuve obtenus au cours de la perquisition constitutionnelle subséquente.

A majority of this Court recognized in *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, that absent error of law or error as to the applicable principles, this Court will not substitute its own opinion for that of the courts below as regards the application of s. 24(2) of the *Charter*. However, in the instant case, I find that the trial judge placed undue and unsupported weight upon a finding that the police gave little consideration to other, constitutionally permissible, investigatory techniques. He did not identify the alternative investigatory techniques which might have been followed, other than to refer to two questions asked in cross-examination in which the possibility of (i) wiretapping telephones, or (ii) following other persons who were living in the residence, were mentioned. While the fact that other less intrusive means of gathering evidence may be open to the authorities is one relevant factor in a s. 24(2) analysis (see *Collins, supra*, at p. 285), it appears to me that the trial judge considered this to be the predominant factor. Frankly, I cannot discern how the trial judge reasonably could reach the conclusion that other investigatory techniques were available. In this regard, I agree with the comments of Craig J.A. in the Court of Appeal (at pp. 201-2):

I am nonplussed to understand how a police officer could get an authorization to put a wire-tap on Kokesch's telephone if he did not have enough information upon which to get a search warrant to search the house . . . I am equally nonplussed to understand how following persons who were living at that residence to other locations and keeping a constant surveillance on them would be an appropriate investigative technique. So far as I am concerned, it would be a useless waste of time.

To my mind, it was the paucity of other investigative techniques that provoked the actions of the police and this fact does not necessarily militate against the admission of the evidence. Furthermore, it appears that the trial judge did not consider the other sets of factors which this Court has determined to be of relevance to a s. 24(2) analysis: *Collins, supra*. Consequently, Cashman Co. Ct. J. erred as to the principles applicable to a

Notre Cour a reconnu à la majorité dans l'arrêt *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, qu'en l'absence d'erreur de droit ou d'erreur quant aux principes applicables, elle ne substituera pas son opinion à celle des cours d'instance inférieure en ce qui concerne l'application du par. 24(2) de la *Charte*. En l'espèce cependant, j'estime que le juge du procès a accordé une valeur indue et injustifiée à une conclusion suivant laquelle la police a donné peu d'importance à d'autres techniques d'enquête acceptables du point de vue constitutionnel. Il n'a pas identifié les autres techniques d'enquête qui auraient pu être utilisées, à part la mention de deux questions posées en contre-interrogatoire concernant la possibilité (i) d'interception de communications téléphoniques ou (ii) de filature d'autres personnes qui vivaient dans la résidence. Le fait que les autorités peuvent disposer d'autres moyens moins envahissants pour recueillir des éléments de preuve est un facteur important dans l'analyse en vertu du par. 24(2) (voir *Collins*, précité, à la p. 285), mais il me semble que le juge du procès a considéré que c'était le facteur prédominant. Franchement, je n'arrive pas à voir comment le juge du procès a pu raisonnablement arriver à la conclusion que d'autres techniques d'enquête étaient possibles. À cet égard, je suis d'accord avec les commentaires du juge Craig de la Cour d'appel (aux pp. 201 et 202):

[TRADUCTION] Je suis incapable de comprendre comment un agent de police aurait pu obtenir l'autorisation d'installer un dispositif d'écoute sur le téléphone de Kokesch s'il n'avait pas suffisamment de renseignements pour obtenir un mandat l'autorisant à perquisitionner la maison . . . Je suis également incapable de comprendre comment la filature de personnes qui vivaient dans cette résidence et l'exercice de leur surveillance constante constitueraient une technique d'enquête appropriée. En ce qui me concerne, ce serait pure perte de temps.

À mon avis, c'est la rareté d'autres techniques d'enquête qui a provoqué les actes de la police et ce fait ne milite pas nécessairement contre l'utilisation des éléments de preuve. En outre, il appert que le juge du procès n'a pas tenu compte de l'autre groupe de facteurs que notre Cour a jugés pertinents dans l'analyse en vertu du par. 24(2): *Collins*, précité. Par conséquent, le juge Cashman a commis une erreur quant aux principes applica-

determination of the admissibility of the evidence. Furthermore, the s. 24(2) analysis undertaken by the Court of Appeal clearly was *obiter*, since Craig J.A. already had determined that the warrantless perimeter search did not violate the rights of the appellant. In light of that determination, it is appropriate for this Court to engage in a *de novo* analysis of the admissibility of the evidence pursuant to s. 24(2).

The approach which this Court has adopted for the determination of the admissibility of evidence was stated first in *R. v. Collins*, *supra*, and restated by a majority of this Court in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59:

First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" (p. 284). One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible.

I propose to deal with each set of factors in turn.

bles pour déterminer l'admissibilité de la preuve. En outre, l'analyse en vertu du par. 24(2) entreprise par la Cour d'appel était nettement une opinion incidente puisque le juge Craig avait déjà conclu que la perquisition périphérique sans mandat ne violait pas les droits de l'appelant. Compte tenu de cette conclusion, notre Cour doit entreprendre l'analyse complète de l'admissibilité de la preuve en application du par. 24(2).

La méthode que notre Cour a adoptée pour déterminer l'admissibilité de la preuve a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, et énoncée de nouveau par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559:

Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, «l'utilisation de la preuve [...] tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» (p. 284). L'un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s'il s'agit d'une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Enfin, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible.

Je propose de traiter de ces groupes de facteurs à tour de rôle.

*Fairness of the Trial*

In my view, the admission of the evidence would not have an unfair effect on the trial. In *Collins*, *supra*, this Court recognized that real evidence, by its nature, if admitted will rarely have a detrimental impact upon adjudicative fairness (p. 284). More recently, this Court has had a number of opportunities to deal with the question of the admissibility of real evidence of narcotics: see, for example, *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, *supra*; *R. v. Strachan*, *supra*. In all of these cases, this Court has recognized that real evidence, unlike self-incriminating statements goaded from an accused, does not have an effect upon adjudicative fairness. This factor, then, does not indicate that the real evidence of marijuana cultivation should be excluded.

*Seriousness of the Charter Violation*

The second group of factors to be considered in a determination of the admissibility of evidence pursuant to s. 24(2) can be grouped together under the general heading of the "seriousness of the Charter violation". The appellant argues that this set of factors strongly favours the exclusion of the real evidence in this case. He submits, in this regard, that the infringement of constitutional rights was a flagrant violation. The police were aware that they did not have reasonable and probable grounds sufficient to obtain a search warrant, and that they trespassed in order to obtain grounds in blatant disregard of the *Charter*.

I disagree with this characterization of the events in issue. In particular, I find it significant, and I agree with the trial judge in this regard, that a finding of "good faith" reasonably can be made with respect to the actions of Constable Povarchook. I have reached this conclusion based upon what I perceive to be his misapprehension as to the extent of his authority to investigate his suspicion of criminal activity. When asked at the preliminary inquiry to identify the source of his authority to conduct the perimeter search of the dwelling-house, the Constable replied:

*L'équité du procès*

À mon avis, l'utilisation de la preuve n'aurait pas de conséquence inéquitable pour le procès. Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour a reconnu que l'utilisation de la preuve matérielle, de par sa nature, aura rarement un effet négatif sur l'équité de la décision (p. 284). Plus récemment, notre Cour a eu plusieurs occasions d'examiner la question de preuves matérielles en matière de stupéfiants: voir, par exemple, *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, précité; *R. c. Strachan*, précité. Dans tous ces arrêts, notre Cour a reconnu que la preuve matérielle, contrairement à des déclarations auto-incriminantes arrachées à un accusé, n'a pas d'effet sur l'équité de la décision. Ce facteur n'indique donc pas que la preuve matérielle de culture de chanvre indien devrait être exclue.

*La gravité de la violation de la Charte*

Les facteurs du deuxième groupe à examiner pour déterminer si l'élément de preuve peut être utilisé en application du par. 24(2) peuvent être groupés sous le chapitre général de la «gravité de la violation de la *Charte*». L'appelant allègue que cet ensemble de facteurs milite fortement pour l'exclusion de la preuve matérielle en l'espèce. Il prétend à cet égard que la violation de droits constitutionnels est flagrante. Les policiers savaient qu'ils n'avaient pas de motifs raisonnables et probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition et qu'ils commettaient une violation de propriété pour obtenir de tels motifs, au mépris flagrant de la *Charte*.

Je ne suis pas d'accord avec cette qualification des événements en cause. En particulier, j'estime important, et je suis d'accord avec le juge du procès sur ce point, qu'on peut raisonnablement conclure que l'agent Povarchook agissait de «bonne foi». Je fonde cette conclusion sur ce que j'estime être sa mauvaise interprétation de l'étendue de son pouvoir d'enquêter sur les activités criminelles qu'il soupçonnait. Quand on lui a demandé à l'enquête préliminaire d'identifier la source de son pouvoir d'effectuer la perquisition périphérique de la maison d'habitation, l'agent a répondu:

Well, I was in the execution of my duties. Whether or not that's authority or not, I'm not sure.

To my mind, the police officer's error as to the scope of his authority to engage in the search is not an unreasonable one. As well, it was certainly not unreasonable for Constable Povarchook to assume that a perimeter search would not infringe s. 8, particularly in light of the fact that this view was shared by a unanimous Court of Appeal of British Columbia. In this regard, I find this fact situation analogous to those cases in which this Court considered the good faith reliance placed upon the constitutional validity of a writ of assistance by police officers engaged in a warrantless search of premises: *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301. In both of those appeals, this Court held that real evidence obtained in violation of s. 8 of the *Charter* was properly admissible pursuant to s. 24(2). Similarly, the actions of the police in the instant case are not unlike those of the authorities who relied in good faith upon the constitutionality of consensual electronic surveillance in the absence of prior judicial authorization. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and in *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, a majority of this Court found that the evidence obtained through unauthorized surveillance was a result of "an entirely reasonable misunderstanding of the law" (*Duarte, supra*, at p. 60, *per La Forest J.*). I find this principle of equal relevance to the case at bar.

I also have found three Court of Appeal decisions in which evidence has been admitted pursuant to s. 24(2) of particular relevance to this appeal. First, in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, the Ontario Court of Appeal considered a fact situation in which the police had conducted an illegal search by sequestering two officers in a shed on the property of the accused in order to observe his movements. Martin J.A., for the Court of Appeal, considered the admissibility of the observations made of the accused and he found that the seriousness of the *Charter* violations was

[TRADUCTION] Bien, j'étais dans l'exercice de mes fonctions. Est-ce une source de pouvoir? Je ne suis pas certain.

*a* À mon avis, l'erreur de l'agent de police quant à la portée de son pouvoir d'effectuer la perquisition n'est pas déraisonnable. De même, il n'était certainement pas déraisonnable pour l'agent Povarchook de présumer que la perquisition périphérique ne violerait pas l'art. 8, si l'on tient compte du fait que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'unanimité partageait cette opinion. À cet égard, j'estime que cette situation de fait est analogue à celle des affaires dans lesquelles notre Cour a examiné le recours à la bonne foi comme fondement de la validité constitutionnelle d'un mandat de main-forte obtenu par des agents de police qui avaient agi sans mandat de perquisition: *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301. Dans ces deux arrêts, notre Cour a conclu que la preuve matérielle obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte* pouvait être utilisée en application du par. 24(2). De même, les actions de la police en l'espèce sont assez semblables à celles des autorités qui se sont fiées de bonne foi sur la constitutionnalité de la surveillance électronique effectuée avec le consentement d'un interlocuteur, mais sans autorisation judiciaire préalable. Dans les arrêts *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, notre Cour a conclu à la majorité que la preuve recueillie au moyen d'une surveillance non autorisée découlait «d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi» (*Duarte*, précité, à la p. 60, le juge La Forest). J'estime que ce principe est tout aussi pertinent en l'espèce.

*h* J'estime également que trois arrêts de cours d'appel qui ont admis des éléments de preuve en application du par. 24(2) sont particulièrement pertinents en l'espèce. Premièrement, dans l'arrêt *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une situation de fait dans laquelle la police avait effectué une perquisition illégale en cachant deux agents dans un hangar situé sur la propriété de l'accusé pour observer ses mouvements. Le juge Martin a examiné l'admissibilité des observations qu'ils ont faites et a conclu que la gravité des violations de la

not such as to demand exclusion of the evidence (at pp. 248-49):

This court has held that good faith, as a factor in deciding whether the admission of evidence obtained in a manner that contravenes s. 8 would bring the administration of justice into disrepute, is not confined to objectively reasonable good faith . . . .

[The inspector's] ignorance of the nuances of common law doctrines with respect to trespass is understandable. In any event, I do not believe that in adopting the procedure they did to obtain the evidence, the police ignorance of the relevant law was so flagrant or glaring that the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

I find this dictum equally applicable here.

Second, in *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454, the Ontario Court of Appeal considered the admissibility of evidence obtained pursuant to a validly obtained and executed search warrant where the address of the place to be searched had been obtained by an allegedly improper search of a motor vehicle. MacKinnon A.C.J.O. rejected the argument that the warrant was sufficiently "tainted" to render the evidence obtained in the subsequent search inadmissible (at pp. 466-67):

The learned trial judge found there was no malice in the actions of the police officers and that in searching the vehicle they acted according to a honestly held belief that they were entitled to do so (assuming that belief to be mistaken). There was a validly obtained and executed search warrant. It is true the address of the place to be searched was obtained by the allegedly improper search but the warrant itself was based on "reasonable grounds" for belief that an offence had been or was suspected to have been committed . . . .

Third, in *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544, the Saskatchewan Court of Appeal upheld the trial judge's determination that evidence obtained by the police pursuant to a technically defective warrant nevertheless was admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The information which formed the basis of that warrant was

*Charte* n'était pas suffisante pour exiger l'exclusion de la preuve (aux pp. 248 et 249):

[TRADUCTION] Cette cour a conclu que la bonne foi, en tant que facteur qui permet de décider si l'utilisation de la preuve obtenue d'une manière qui contrevient à l'art. 8 est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, n'est pas restreinte à la bonne foi raisonnable du point de vue objectif . . .

L'ignorance [de l'inspecteur] quant aux nuances des doctrines de common law relativement à la violation de propriété est compréhensible. Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que l'adoption de la procédure suivie pour recueillir les éléments de preuve révèle chez le policier une ignorance du droit pertinent qui soit à ce point flagrante ou manifeste que leur utilisation pourrait déconsidérer l'administration de la justice.

J'estime que cette opinion incidente est également applicable en l'espèce.

Deuxièmement, dans l'arrêt *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'admissibilité d'éléments de preuve recueillis en application d'un mandat de perquisition validement obtenu et exécuté alors que l'adresse de l'endroit à perquisitionner avait été obtenue par la fouille alléguée irrégulière d'un véhicule automobile. Le juge en chef adjoint MacKinnon a rejeté l'argument que le mandat était suffisamment «vicié» pour rendre inadmissibles les éléments de preuve recueillis dans la perquisition subséquente (aux pp. 466 et 467):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a conclu que les agents de police n'avaient pas agi avec l'intention de nuire et qu'en fouillant le véhicule ils ont agi conformément à la croyance honnête qu'ils avaient le droit de le faire (à supposer que cette croyance ait été erronée). Il y avait un mandat validement obtenu et exécuté. Il est vrai que l'adresse de l'endroit à perquisitionner a été obtenue par la fouille qu'on dit irrégulière, mais le mandat lui-même était fondé sur des «motifs raisonnables» de croire qu'une infraction avait été ou était soupçonnée avoir été commise . . .

Troisièmement, dans l'arrêt *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544, la Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé la conclusion du juge de première instance que la preuve recueillie par la police en application d'un mandat qui comportait un vice de forme était néanmoins admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*. Les rensei-

obtained by the police officer's trespassing on private property and looking through the secluded window of a private dwelling.

Similarly, in the case at bar, although a *Charter* violation preceded the lawful search undertaken pursuant to prior judicial authorization, I do not find the subsequent search sufficiently "tainted" to render the fruits of that lawful search inadmissible. The nature of the unconstitutional intrusion was minimal, and the police infringed an interest for which the objective expectation of privacy was comparatively low. The motivation behind the *Charter* infringement was to obtain evidence in a situation in which other avenues of investigation seemed to have been foreclosed. Finally, it is significant that the police did obtain a search warrant prior to the actual search of the dwelling-house. In my view, these factors reinforce the trial judge's determination of "good faith" on the part of the authorities, and the combination of all of these elements leads me to conclude that the "seriousness of the *Charter* violation" does not militate against the admission of the evidence.

#### *Effect on the System*

Finally, it is necessary to consider, in a review of the factors for consideration in determining whether evidence is admissible pursuant to s. 24(2), the impact upon the repute of the legal system from the admission or exclusion of the evidence. As indicated in *Jacoy, supra*, "[t]he administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial" (p. 559). Although not trivial, the breach of the appellant's *Charter* rights was far less severe than would be the case in a search of his person. Moreover, in *Jacoy, supra*, this Court made some general comments on the effect on the legal system of the exclusion of real evidence of narcotics (at p. 560):

gnements qui servaient de fondement à ce mandat avaient été obtenus après que les agents de police se furent introduits illicitement dans une propriété privée et eurent regardé à travers la fenêtre fermée  
a d'une maison d'habitation.

De même, en l'espèce, bien que la violation de la *Charte* ait précédé la perquisition légale effectuée en application d'une autorisation judiciaire préalable, je ne pense pas que la perquisition subséquente soit suffisamment «viciée» pour rendre inadmissibles les fruits de cette perquisition légale. La gravité de l'intrusion inconstitutionnelle est minime et les policiers ont violé un intérêt pour lequel l'attente objective en matière de vie privée est comparativement faible. La violation de la *Charte* était motivée par le désir de recueillir des éléments de preuve dans une situation où d'autres moyens d'enquête semblaient exclus. Enfin, il est révélateur que la police ait effectivement obtenu un mandat de perquisition avant la perquisition réelle de la maison d'habitation. À mon avis, ces facteurs appuient la conclusion de «bonne foi» de la part des autorités à laquelle est arrivé le juge du procès, et la combinaison de tous ces éléments m'amène à conclure que la «gravité de la violation de la *Charte*» ne milite pas contre l'utilisation de la  
f preuve.

#### *L'effet sur le système*

Enfin, dans l'étude des facteurs à considérer pour déterminer si un élément de preuve est admissible en application du par. 24(2), il faut examiner les répercussions qu'aura son utilisation ou son exclusion sur l'image de la justice. Comme on le dit dans l'arrêt *Jacoy*, précité, «[l']administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine» (p. 559). Bien qu'elle ne soit pas anodine, la violation des droits que la *Charte* reconnaît à l'appelant est beaucoup moins grave que le serait une fouille de sa personne. De plus, dans l'arrêt *Jacoy*, précité, notre Cour a fait quelques commentaires généraux relativement à l'effet sur le système judiciaire de l'exclusion de la preuve matérielle que constituent des stupéfiants (à la p. 560):

The offences with which the appellant was charged constitute serious social evils. The narcotics are an essential piece of evidence to substantiate the charge . . . . In my view, the decision to exclude the evidence in light of all the circumstances would do violence to the repute of the justice system.

I find this dictum of particular relevance to the instant case. The manifest culpability of the appellant, in combination with the low level intrusion on his reasonable expectation of privacy from the *Charter* breach, in my view weighs heavily in favour of the admissibility of real evidence of marijuana cultivation.

#### 4. Conclusion

In conclusion, although the Court of Appeal erred in finding no violation of the *Charter* rights of the appellant pursuant to s. 8, the real evidence of marijuana cultivation found during the lawful search of the appellant's dwelling-house is admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The evidence is real evidence, the seriousness of the *Charter* violation is relatively minor and arose as a result of a misapprehension of the law on the part of a police officer.

Consequently, I would uphold the decision of the Court of Appeal of British Columbia to admit the evidence and order a new trial on the charges of possession of marijuana for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* and cultivating marijuana contrary to s. 6(1) of the Act.

The judgment of Wilson, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by Chief Justice Dickson, and I agree with him, for the reasons he gives, that the warrantless perimeter search conducted in this case was unlawful and therefore unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree also that this is a proper case for this Court to consider *de novo* the question of the admissibility under s. 24(2) of the evidence obtained as a consequence of the search. I must,

Les infractions dont est accusé l'appelant sont la source de nombreux maux pour la société. Les stupéfiants constituent un élément de preuve essentiel pour justifier l'accusation. [...] À mon sens, la décision d'écartier les éléments de preuve, eu égard aux circonstances, aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire.

J'estime cette opinion incidente particulièrement pertinente en l'espèce. La culpabilité manifeste de l'appelant, conjuguée au faible degré de violation de son attente raisonnable en matière de vie privée, milite fortement en faveur de l'utilisation de la preuve matérielle de culture de chanvre indien.

#### 4. Conclusion

Bien que la Cour d'appel ait commis une erreur en concluant à l'absence de violation de droits reconnus à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, la preuve matérielle de culture de chanvre indien découverte au cours de la perquisition légale de la maison d'habitation de l'appelant est admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'une preuve matérielle et la violation de la *Charte* est relativement mineure et résulte d'une mauvaise compréhension de la loi par un agent de police.

Par conséquent, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui admet la preuve et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les accusations de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic, en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, et de culture de chanvre indien, en contravention du par. 6(1) de la Loi.

Version française du jugement des juges Wilson, La Forest, Sopinka et McLachlin rendu par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés dans le présent pourvoi par le juge en chef Dickson, et je suis d'accord avec lui pour dire que la perquisition périphérique sans mandat effectuée en l'espèce était illégale et par conséquent abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens également qu'il s'agit d'un cas approprié où notre Cour peut réexaminer, sous le régime du par. 24(2), la question de l'admissibilité de la preuve obtenue par suite de la perquisition. Avec égards



however, respectfully disagree with Dickson C.J.'s conclusion that the evidence in this case ought not to be excluded.

### Section 24(2)

The factors to be considered in assessing the admissibility of evidence under s. 24(2) fall into three broad categories: (1) factors concerning the effect of admission on the fairness of the trial; (2) factors concerning the seriousness of the violation; and (3) factors concerning the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 283-86. I shall consider these categories in turn.

### Trial Fairness

In *Collins* and subsequent cases this Court has developed a distinction, for s. 24(2) purposes, between real evidence which exists irrespective of *Charter* violations, and self-incriminatory evidence created by *Charter* violations. Lamer J. (as he then was) stated in *Collins*, at p. 284: "Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone."

It is uncontroversial that the evidence obtained here is real evidence. I agree with Dickson C.J. that the nature of this evidence is not such that exclusion is required in accordance with the trial fairness rationale for exclusion, as described in *Collins*.

### Seriousness of the Violation

The purpose of considering factors relating to the seriousness of the *Charter* violation is to assess the disrepute that the administration of justice would suffer as a consequence of judicial acceptance of evidence obtained through a serious *Charter* breach. The Court must refuse to condone, and must dissociate itself from, egregious police conduct: see, e.g., *Collins*, *supra*, at pp. 285 and 288; and *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, *per* Lamer J., at pp. 784 and 796. Relevant factors in this portion of the s. 24(2) inquiry include such questions as: Was the violation deliberate, wilful or flagrant, or was it committed in good faith? Was

toutefois, je ne souscris pas à la conclusion du juge en chef Dickson selon laquelle la preuve en l'espèce ne devrait pas être exclue.

### a Paragraphe 24(2)

Les facteurs à considérer pour évaluer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) se divisent en trois grandes catégories: (1) les facteurs concernant l'effet de l'admission sur l'équité du procès; (2) les facteurs concernant la gravité de la violation; et (3) les facteurs concernant l'effet de l'exclusion sur la réputation de l'administration de la justice: voir l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 283 à 286. J'examinerai ces catégories chacune à leur tour.

### L'équité du procès

Dans l'arrêt *Collins* et les arrêts ultérieurs, notre Cour a dégagé une distinction, aux fins du par. 24(2), entre la preuve matérielle qui existe indépendamment des violations de la *Charte*, et la preuve auto-incriminante découlant des violations de la *Charte*. Voici ce qu'affirmait le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Collins* à la p. 284: «Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice.»

Il est admis que la preuve obtenue en l'espèce est une preuve matérielle. Comme le juge en chef Dickson, j'estime que la nature de cette preuve n'exige pas son exclusion dans le contexte des facteurs d'exclusion relatifs à l'équité du procès, tels qu'ils sont décrits dans l'arrêt *Collins*.

### La gravité de la violation

L'examen des facteurs relatifs à la gravité de la violation de la *Charte* a pour objet d'évaluer dans quelle mesure l'utilisation par les tribunaux d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une violation grave de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Notre Cour doit refuser l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la police et s'en dissocier: voir, *per* exemple, l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 285 et 288; et l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, *per* le juge Lamer, aux pp. 784 et 796. Les facteurs pertinents à cette étape de l'enquête fondée sur le par. 24(2) incluent les questions suivantes: La

the violation motivated by urgency or necessity to preserve evidence? Were other investigative techniques available? (See *Collins, supra*, at p. 285.)

Upon considering the facts of the present case, I have concluded that the police conduct at issue represents an extremely serious *Charter* violation, from several perspectives. I should point out at the outset that I agree with Dickson C.J. that Judge Cashman may have placed too great an emphasis on the availability of other investigative techniques. I cannot, however, draw the same conclusion from that error that Dickson C.J. appears to draw. Dickson C.J. states: "it was the paucity of other investigative techniques that provoked the actions of the police and this fact does not necessarily militate against the admission of the evidence" (p. 20). Later in his reasons, Dickson C.J. cites this factor as support for the view that the *Charter* violation here was not serious: "The motivation behind the *Charter* infringement was to obtain evidence in a situation in which other avenues of investigation seemed to have been foreclosed" (p. 25). Of course, the reason why other investigative techniques were unavailable is that the police did not have the requisite grounds to obtain either a search warrant or an authorization to intercept private communications pursuant to the *Criminal Code*.

In my respectful view, the unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques is neither an excuse nor a justification for constitutionally impermissible investigative techniques. In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, La Forest J. (Dickson C.J. concurring) reiterated the requirement in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, that where feasible a warrant must be obtained, and stated (at p. 437):

... when the facts are scrutinized, the most probable reason why no warrant was obtained was because the officer lacked the requisite belief that the accused had committed an offence and that the seizure was likely to yield evidence which was probative of that offence. Not

violation était-elle délibérée, volontaire ou flagrante ou a-t-elle été commise de bonne foi? A-t-elle été motivée par l'urgence de la situation ou la nécessité de conserver la preuve? Y avait-il d'autres méthodes d'enquête? (Voir *Collins*, précité, à la p. 285.)

Après avoir examiné les faits de l'espèce, j'ai conclu que la conduite policière en cause constitue, à plusieurs points de vue, une violation extrêmement grave de la *Charte*. Je devrais d'abord faire remarquer que je suis d'accord avec le juge en chef Dickson pour dire que le juge Cashman peut avoir accordé trop d'importance à l'existence d'autres méthodes d'enquête. Je ne saurais toutefois tirer la même conclusion que celle à laquelle semble en être arrivé le juge en chef Dickson quant à cette erreur. Ce dernier affirme: «c'est la rareté d'autres techniques d'enquête qui a provoqué les actes de la police et ce fait ne milite pas nécessairement contre l'utilisation des éléments de preuve» (p. 20). Plus loin, le juge en chef Dickson invoque ce facteur pour dire que la violation de la *Charte* en l'espèce n'était pas grave: «La violation de la *Charte* était motivée par le désir de recueillir des éléments de preuve dans une situation où d'autres moyens d'enquête semblaient exclus» (p. 25). Bien sûr, la raison pour laquelle il n'y avait pas d'autres méthodes d'enquête est que la police n'avait pas les motifs requis pour obtenir un mandat de perquisition ou l'autorisation d'intercepter des communications privées en vertu du *Code criminel*.

À mon humble avis, l'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification pour utiliser des méthodes d'enquête inadmissibles sur le plan constitutionnel. Dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, le juge La Forest (avec l'appui du juge en chef Dickson) a réitéré l'exigence énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, selon laquelle il faut, dans la mesure du possible, obtenir un mandat et il a déclaré, à la p. 437:

... si on examine les faits de près, on se rend compte que le motif le plus probable pour lequel aucun mandat n'a été obtenu est que l'agent n'avait pas la conviction requise que l'accusé avait commis une infraction et que la saisie serait susceptible de fournir des éléments de

only do the circumstances not reveal circumstances capable of justifying the failure to obtain a warrant, but the conduct of the police failed to comport with the minimal constitutional requirement that there be reasonable and probable grounds to believe that the search would yield evidence. [Emphasis in original.]

Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, it follows that they must leave the suspect alone, not charge ahead and obtain evidence illegally and unconstitutionally. Where they take this latter course, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise, not less. Any other conclusion leads to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. The Crown would happily concede s. 8 violations if they could routinely achieve admission under s. 24(2) with the claim that the police did not obtain a warrant because they did not have reasonable and probable grounds. The irony of this result is self-evident. It should not be forgotten that *ex post facto* justification of searches by their results is precisely what the *Hunter* standards were designed to prevent: see *Hunter, supra, per Dickson J.* (as he then was), at p. 160; and *Greffe, supra, per Lamer J.*, at pp. 790 and 798.

From the point of view of individual privacy, which is the essential value protected by s. 8 of the *Charter*, this illegal intrusion onto private property must be seen as far from trivial or minimal. Even before the enactment of the *Charter*, individuals were entitled to expect that their environs would be free of prowling government officials unless and until the conditions for the exercise of legal authority are met: see *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; and *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2. The elevation of that protection to the constitutional level signifies its deep roots in our legal culture. La Forest J. put it this way in *Dyment, supra*, in words that commend themselves to me (at pp. 427-28):

preuve établissant l'existence de cette infraction. Non seulement les circonstances ne révèlent-elles pas des conditions pouvant justifier l'omission d'obtenir un mandat, mais encore elles montrent que le policier ne s'est pas conformé à l'exigence constitutionnelle minimale qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que la saisie permettrait de réunir des éléments de preuve. [Je souligne.]

Lorsque la police n'a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d'autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille, et non aller de l'avant et obtenir une preuve d'une manière illégale et inconstitutionnelle. Si elle agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu'elle ne le serait autrement, elle ne l'est pas moins. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. La poursuite concéderait volontiers qu'il y a eu violation de l'art. 8 si elle pouvait systématiquement obtenir l'utilisation de la preuve en vertu du par. 24(2) en prétendant que la police n'a pas obtenu de mandat parce qu'elle n'avait pas de motifs raisonnables et probables pour ce faire. L'ironie de ce résultat est évidente. Il ne faut pas oublier que la justification après coup des fouilles et perquisitions par leurs résultats est précisément ce que les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* visaient à éviter: voir l'arrêt *Hunter*, précité, le juge Dickson (tel était alors son titre), à la p. 160; et l'arrêt *Greffe*, précité, le juge Lamer, aux pp. 790 et 798.

Sur le plan de la vie privée, qui est la valeur essentielle protégée par l'art. 8 de la *Charte*, cette intrusion illégale dans une propriété privée n'est ni anodine ni minime. Même avant l'adoption de la *Charte*, les particuliers avaient le droit de s'attendre à ce que leur environnement soit protégé contre des fonctionnaires fureteurs, à moins que ceux-ci ne satisfassent aux conditions requises pour exercer leurs pouvoirs légaux: voir les arrêts *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; et *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2. L'élévation de cette protection au niveau constitutionnel indique son enracinement profond dans notre culture juridique. Dans l'arrêt *Dyment*, précité, le juge La Forest s'exprime en des termes non équivoques, aux pp. 427 et 428:

Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

An equally important aspect of the seriousness of the violation is the manner in which the police conducted themselves in deciding to execute this warrantless perimeter search. Was the s. 8 violation committed in "good faith", or was it "flagrant"? Both are terms of art in s. 24(2) cases. To decide whether either term is appropriate in the circumstances it is necessary to examine the evidence given at the preliminary hearing and read in the s. 24(2) application at trial. The relevant portion of the cross-examination of Constable Povarchook reads as follows:

Q: On November the fourth, when you went to the property and sniffed around, if I can say that, you didn't have a search warrant did you?

A: No, I did not.

Q: At that time all you had was a suspicion that there was something going on in the house? You had no reasonable or probable grounds at that point did you?

A: Well, that fact is a matter of opinion.

Q: I'm asking your opinion. Did you have reasonable and probable grounds?

A: I did, Your Honour.

Q: Why didn't you go and get a search warrant?

A: I don't believe I had enough to get a search warrant to enter the residence.

Q: Did you believe on November 4, 1986 that you had reasonable and probable grounds to believe that an offense had been committed on the property under the Narcotic Control Act before you went to the property?

A: Your Honour, I believed—

Q: Can you just answer the question, please, Constable?

Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.

Un aspect tout aussi important de la gravité de la violation est la façon dont la police a agi en décidant d'effectuer cette perquisition périphérique sans mandat. La violation de l'art. 8 a-t-elle été commise «de bonne foi» ou était-elle «flagrante»? Ce sont deux termes techniques dans les affaires concernant le par. 24(2). Pour décider si l'un ou l'autre terme est approprié dans les circonstances, il faut examiner la preuve présentée à l'enquête préliminaire et produite au procès dans le cadre de la demande présentée en vertu du par. 24(2). Voici l'extrait pertinent du contre-interrogatoire de l'agent Povarchook:

[TRADUCTION]

Q: Le 4 novembre, lorsque vous vous êtes rendu sur la propriété et avez rôdé, si je puis m'exprimer ainsi, vous n'étiez pas muni d'un mandat de perquisition?

R: Non.

Q: À ce moment-là, vous soupçonniez seulement que quelque chose se passait dans la maison? Vous n'aviez pas de motifs raisonnables et probables, n'est-ce pas?

R: Eh bien, c'est une question d'opinion.

Q: Je vous demande votre opinion. Aviez-vous des motifs raisonnables et probables?

R: Oui, Votre Honneur.

Q: Pourquoi n'êtes-vous pas allé chercher un mandat de perquisition?

R: Je ne croyais pas avoir suffisamment de preuves pour obtenir un mandat de perquisition me permettant d'entrer dans la résidence.

Q: Croyiez-vous le 4 novembre 1986 que vous aviez des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction à la Loi sur les stupéfiants avait été commise sur la propriété avant de vous y rendre?

R: Votre Honneur, je croyais—

Q: Pourriez-vous répondre à la question, s'il-vous-plaît?

A: Can you re-ask the question?

Q: I'll have it read back, if you like.

(COURT REPORTER READS BACK AS REQUESTED)

Q: I note that you are taking your time. Do you have trouble understanding the question? Is your answer yes or no? Is that a yes or no?

A: No, with a qualification.

Q: It is a no with a qualification. You did not believe that you had reasonable and probable grounds before you went on November 4, 1986.

A: I did not have reasonable and probable grounds to believe that there was an offense being committed. I had a suspicion.

Q: Surely, you must have suspected something to go there?

A: Well, I had more than just suspicion. I had solid grounds, but not enough for a search warrant.

Q: Were you invited onto the property on November 4, 1986?

A: No, I was not, Your Honour.

Q: Did you have any authority to go onto the property on November 4, 1986?

A: Any authority?

Q: Any authority.

A: Well, I was in the execution of my duties. Whether or not that's authority or not, I'm not sure.

Q: That is the only authority you can think of?

A: Yes.

Q: You weren't chasing a felon? You weren't after someone who was in the process of—someone committing an indictable offense.

A: No, I was not.

Q: You didn't believe you had to go on to the property immediately on November fourth to preserve evidence did you?

A: No, I did not. [Emphasis added.]

With respect to those who hold a contrary view, I cannot find that this state of affairs constitutes good faith capable of mitigating the seriousness of the s. 8 violation that occurred here. Judge Cashman, however, expressly found that there was good faith. He stated:

R: Pouvez-vous répéter la question?

Q: Je demanderai qu'elle vous soit lue de nouveau, si vous le désirez.

(LE STÉNOGRAPHE JUDICIAIRE LIT DE NOUVEAU LA QUESTION POSÉE)

Q: Je remarque que vous prenez votre temps. Avez-vous de la difficulté à comprendre la question? Répondez-vous oui ou non? Est-ce un oui ou un non?

R: Non, avec réserve.

Q: C'est un non avec réserve. Vous ne croyiez pas avoir des motifs raisonnables et probables avant de vous rendre à cet endroit le 4 novembre 1986?

R: Je n'avais pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction était en train d'être commise. J'avais des soupçons.

Q: Vous deviez sûrement soupçonner quelque chose pour aller là-bas?

R: Bien, j'avais plus que des soupçons. J'avais des motifs solides, mais pas suffisants pour obtenir un mandat de perquisition.

Q: Avez-vous été invité à vous rendre sur cette propriété le 4 novembre 1986?

R: Non, Votre Honneur.

Q: Aviez-vous l'autorisation de vous rendre sur cette propriété le 4 novembre 1986?

R: N'importe quelle autorisation?

Q: N'importe quelle autorisation.

R: Bien, j'étais dans l'exercice de mes fonctions. Est-ce une source de pouvoir, je ne suis pas certain.

Q: C'est la seule autorisation qui vous vient à l'esprit?

R: Oui.

Q: Vous ne poursuiviez pas un malfaiteur? Vous ne suiviez pas quelqu'un qui était en train de—quelqu'un qui commettait un acte criminel.

R: Non.

Q: Vous ne pensiez pas que vous deviez vous rendre immédiatement sur la propriété le 4 novembre pour conserver des éléments de preuve?

R: Non. [Je souligne.]

Avec égards pour l'opinion contraire, je ne peux conclure que cette situation constitue un cas de bonne foi susceptible de réduire la gravité de la violation de l'art. 8 qui s'est produite en l'espèce. Le juge Cashman a toutefois conclu qu'il y avait eu bonne foi. Voici ce qu'il a affirmé:

From what I have heard in this case, I have no reason to doubt what Constable Povarchook did on November 4th at two o'clock in the morning he did in good faith, albeit one may well view his procedure as somewhat of a shortcut in obtaining the evidence necessary to found a search warrant. [Emphasis added.]

This finding is vulnerable on two grounds. First, on its own terms, the finding of good faith is equivocal. The "shortcut" referred to in the emphasized passage was a search conducted in the knowledge that legal search powers were unavailable. The evidence clearly discloses that the police officers knew that they had insufficient grounds either to exercise the power to search without a warrant granted by s. 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act*, or to obtain a search warrant pursuant to s. 10(2). The best answer provided to the question of any alternative source of lawful authority was a tentative "I'm not sure".

Second, even if Judge Cashman found that the Constable honestly but mistakenly believed that he had the power to search, it is my view that in these circumstances the Constable simply cannot be heard to say that he misapprehended the scope of his authority. As Dickson C.J. has amply demonstrated in his reasons in this appeal, "[t]his Court consistently has held that the common law rights of the property holder to be free of police intrusion can be restricted only by powers granted in clear statutory language" (p. 17). The contrary contention is, in Dickson C.J.'s words, "without foundation". The police must be taken to be aware of this Court's judgments in *Eccles* and *Colet*, and the circumscription of police powers that those judgments represent.

Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Whichever is the case, they cannot be said to have proceeded in "good faith", as that term is understood in s. 24(2) jurisprudence. I find support for this conclusion in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, in which Dickson C.J., speaking for the Court, held that the Crown

[TRANSLATION] Les témoignages en l'espèce ne me donnent aucune raison de douter que l'agent Povarchook ait agi de bonne foi à deux heures du matin le 4 novembre, même si on peut considérer sa façon d'agir un peu comme un raccourci pour obtenir la preuve nécessaire pour justifier un mandat de perquisition. [Je souligne.]

Cette conclusion est attaquable pour deux motifs. En premier lieu, selon les termes mêmes du juge, la conclusion relative à la bonne foi est équivoque. Le «raccourci» dont il est fait mention dans l'extrait souligné était une perquisition effectuée par une personne qui savait qu'il n'y avait pas de pouvoirs légaux de perquisition. La preuve révèle clairement que les policiers savaient qu'ils n'avaient pas de motifs suffisants soit pour exercer ce pouvoir de perquisition sans mandat décerné en vertu de l'al. 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants*, soit pour obtenir un mandat de perquisition en vertu du par. 10(2). Tout ce que l'agent a trouvé à répondre à la question concernant une autre source possible d'autorisation légale était «je ne suis pas certain».

En second lieu, même si le juge Cashman a conclu que l'agent a cru honnêtement mais à tort qu'il avait le pouvoir de perquisitionner, j'estime que, dans ces circonstances, celui-ci ne peut tout simplement pas prétendre qu'il avait mal compris la portée de son autorité. Comme le juge en chef Dickson l'a clairement démontré dans ses motifs en l'espèce, «[n]otre Cour a toujours dit que les droits que la common law reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires» (p. 17). Tout argument contraire est, selon les termes du juge en chef Dickson, «sans fondement». La police est censée être au courant des arrêts *Eccles* et *Colet* de notre Cour et de la restriction des pouvoirs policiers qui découle de ces jugements.

Ou bien les policiers savaient que c'était une intrusion, ou bien ils auraient dû le savoir. Dans l'un ou l'autre cas, on ne peut pas dire qu'ils ont agi «de bonne foi», au sens où on l'entend dans la jurisprudence fondée sur le par. 24(2). Pour arriver à cette conclusion, je m'appuie sur l'arrêt *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, où le juge en chef

could not argue that the police officers' failure to recognize obvious defects in a search warrant was inadvertent. Even in the absence of evidence of bad faith the seriousness of the *Charter* violation in that case was enhanced, because "the defects in the search warrant were serious and the police officers should have noticed them" (emphasis added, p. 87); and later: "Well-established common law limitations on the powers of the police to search were ignored" (p. 91). In his reasons in this case, Dickson C.J. points out that the error made by the police officer as to his authority to search was shared by a unanimous Court of Appeal. I do not agree. The Court of Appeal expressly found that the conduct of the police constituted a trespass but that in all the circumstances, this did not constitute an unreasonable search and seizure.

I do not wish to be understood as imposing upon the police a burden of instant interpretation of court decisions. The question of the length of time after a judgment that ought to be permitted to pass before knowledge of its content is attributed to the police for the purposes of assessing good faith is an interesting one, but it does not arise on these facts. The police here had the benefit of slightly more than twelve years to study *Eccles*, slightly less than six years to consider *Colet*, and slightly more than two years to digest the constitutional warrant requirement set out in *Hunter*. Any doubt they may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2).

There is, in my opinion, a world of difference between the police conduct said to constitute good faith in this case and the police conduct endorsed by this Court in *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62. In each of those cases, the police acted pursuant to express statutory authority that ren-

Dickson, au nom de notre Cour, a jugé que la poursuite ne pouvait pas prétendre que les policiers avaient par inadvertance omis de reconnaître les vices évidents dans un mandat de perquisition. <sup>a</sup> Même en l'absence d'une preuve de mauvaise foi, la gravité de la violation de la *Charte* dans ce cas était augmentée du fait que «les vices que comportait le mandat de perquisition étaient graves et les policiers auraient dû les remarquer» (je souligne, p. 87); et plus loin: «Ils n'ont pas tenu compte des restrictions bien établies que la *common law* impose aux pouvoirs de perquisition de la police» (p. 91). Dans ses motifs en l'espèce, le juge en chef <sup>b</sup> Dickson souligne que la Cour d'appel, à l'unanimité, a accepté l'erreur faite par le policier quant à son pouvoir de perquisitionner. Je ne suis pas d'accord. La Cour d'appel a expressément conclu que la conduite de la police équivalait à une intrusion mais que, vu l'ensemble des circonstances, cela ne constituait pas une fouille, une perquisition ou une saisie abusive. <sup>c</sup>

Je ne veux pas que l'on pense que j'impose à la police l'obligation d'interpréter instantanément les décisions judiciaires. La question du délai qui devrait être alloué après un jugement pour que la police soit censée avoir pris connaissance de son contenu, aux fins de déterminer sa bonne foi, est une question intéressante, mais elle ne se pose pas en l'espèce. La police a bénéficié d'un peu plus de douze ans pour étudier l'arrêt *Eccles*, d'un peu moins de six ans pour examiner l'arrêt *Colet*, et d'un peu plus de deux ans pour comprendre l'exigence du mandat énoncée dans l'arrêt *Hunter*. Tout doute qu'elle aurait pu avoir quant à sa capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2). <sup>d</sup>

Il y a, à mon avis, toute la différence du monde entre la conduite policière qui est censée être de bonne foi en l'espèce et la conduite policière acceptée par notre Cour dans les arrêts *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62. Dans chacun de ces cas, la police a agi conformément à un pouvoir <sup>e</sup>

dered the particular search lawful. The police are entitled, indeed they have a duty, to assume that the search powers granted to them by Parliament are constitutionally valid, and to act accordingly. The police cannot be expected to predict the outcome of *Charter* challenges to their statutory search powers, and the success of a challenge to such a power does not vitiate the good faith of police officers who conducted a search pursuant to the power. Where, however, police powers are already constrained by statute or judicial decisions, it is not open to a police officer to test the limits by ignoring the constraint and claiming later to have been "in the execution of my duties". This excuse has been obsolete since, at least, the decision of this Court in *Colet* (see *Ritchie J.*, at p. 9).

In conclusion on this point, the *Charter* violation at issue was very serious, and was in no sense mitigated by good faith on the part of the investigating officers.

#### Effect of Exclusion on the Reputation of the Administration of Justice

The final category of factors to be considered under s. 24(2) concerns the effect that judicial exclusion of relevant and probative evidence could have on the reputation of the administration of justice. If exclusion would occasion greater disrepute than admission, then the impugned evidence ought to be admitted: see *Collins, supra*, at pp. 285-86.

The offences with which the appellant is charged are serious offences, though narcotics offences involving marijuana are generally regarded as less serious than those involving "hard" drugs such as cocaine and heroin. The appellant would seem to be plainly guilty, and the impugned evidence is required for a conviction. It cannot be denied that the administration of justice could suffer some degree of disrepute from the exclusion of this evidence.

expressément prévu par la loi qui légitimait la perquisition effectuée. Elle a le droit, et même l'obligation, de présumer que les pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par le Parlement sont constitutionnels, et d'agir en conséquence. On ne peut pas s'attendre à ce que la police prédise le résultat des contestations judiciaires en vertu de la *Charte* de pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par la loi, et le succès de la contestation d'un tel pouvoir n'enlève rien à la bonne foi des policiers qui ont effectué une perquisition en vertu de ce pouvoir. Mais, lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n'est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n'en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été «dans l'exercice de ses fonctions». Cette excuse ne peut plus être invoquée depuis au moins la décision de notre Cour dans l'arrêt *Colet* (voir le juge *Ritchie* à la p. 9).

Pour conclure sur ce point, la violation de la *Charte* en question était très grave et n'était d'aucune façon tempérée par la bonne foi des agents enquêteurs.

#### L'effet de l'exclusion sur la réputation de l'administration de la justice

La dernière catégorie de facteurs à considérer sous le régime du par. 24(2) concerne l'effet que l'exclusion par les tribunaux d'une preuve pertinente et probante pourrait avoir sur la réputation de l'administration de la justice. Si l'exclusion d'une preuve entraînait une plus grande déconsidération que ne le ferait son utilisation, la preuve contestée devrait alors être utilisée: voir l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 285 et 286.

Les infractions dont l'appellant est inculpé sont graves, bien que les infractions relatives aux stupéfiants tels que le chanvre indien soient généralement considérées comme moins sérieuses que celles qui concernent des drogues «dures» comme la cocaïne et l'héroïne. L'appellant semble clairement coupable et la preuve contestée est nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable. Il est indéniable que l'exclusion de cette preuve pourrait, dans une certaine mesure, déconsidérer l'administration de la justice.



However, I have concluded, not without reluctance, that the administration of justice would suffer far greater disrepute from the admission of this evidence than from its exclusion. This Court must not be seen to condone deliberate unlawful conduct designed to subvert both the legal and constitutional limits of police power to intrude on individual privacy. As Dickson C.J. stated in *Genest, supra*, at p. 92: "the breach was not merely technical or minor". The violation of s. 8 of the *Charter* that occurred in this case must be regarded as flagrant, and the disrepute to the justice system that would necessarily result from the admission of the impugned evidence cannot be counterbalanced by speculation about the disrepute that might flow from its exclusion.

#### Conclusion

In view of the foregoing, the evidence must be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. I would, therefore, allow the appeal and restore the acquittal.

*Appeal allowed, DICKSON C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

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

J'ai toutefois conclu, non sans quelque hésitation, que l'utilisation de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice beaucoup plus que ne le ferait son exclusion. Notre Cour ne peut donner à penser qu'elle tolère une conduite illégale délibérée destinée à passer outre les limites légales et constitutionnelles du pouvoir de la police de s'immiscer dans la vie privée. Comme le juge en chef Dickson l'affirmait dans l'arrêt *Genest*, précité, à la p. 92: «il ne s'agit pas d'une atteinte mineure ou de pure forme». La violation de l'art. 8 de la *Charte* qui est survenue en l'espèce doit être considérée comme flagrante, et la déconsidération du système judiciaire qui résulterait nécessairement de l'utilisation de la preuve contestée ne peut être compensée par la déconsidération hypothétique que pourrait entraîner son exclusion.

#### Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, la preuve doit être exclue conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

*Pourvoi accueilli, le juge en chef DICKSON et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

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