

James Henry Wise *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: **R. v. WISE**

File No.: 22050.

1991; June 25; 1992: February 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Accused's right to be secure against unreasonable search and seizure infringed — Whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of Charter.

Appellant was charged with mischief to property. The Crown sought to introduce evidence of his whereabouts obtained through the use of an electronic tracking device (a "beeper") installed in his car. The police had

James Henry Wise *Appellant*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: **R. c. WISE**

Nº du greffe: 22050.

b

1991: 25 juin; 1992: 27 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson et Iacobucci.

c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation du dispositif viole-t-elle le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — L'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation du dispositif viole-t-elle la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives reconnue à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte?

L'appelant a été accusé d'avoir commis un méfait à l'égard d'un bien. Le ministère public a tenté d'introduire la preuve de ses allées et venues, obtenue grâce à un dispositif de surveillance électronique (une «balise»)

had appellant under surveillance for some time since they suspected him of involvement in a recent murder believed to be linked to a series of similar killings. On July 14, 1987, they had obtained a warrant to search his home and vehicle, but had found nothing to link him to any of the homicides. The police had towed the car to the police station to carry out the search. While it was there, but after the warrant had expired, they installed the beeper. On August 15, the day of the alleged offence, the police had been able to trace the location of appellant's car using the beeper and established surveillance on a vehicle resembling his parked in a driveway. About two hours later, the police heard a loud crashing sound, caused by the felling of a communications tower. Soon after, they observed another vehicle, which was in fact appellant's, pull out of a laneway in a nearby field. On August 26 the police obtained a warrant to search appellant's vehicle. When the car was vacuumed, melted pieces of metal, consistent with the metal guy wires of the communications tower, were found. The constant electronic surveillance was maintained until mid-November, when appellant was arrested on the mischief charge. The trial judge excluded all evidence obtained through the use of the beeper, on the ground that it had been obtained in violation of appellant's right to be secure against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He acquitted appellant. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial.

dissimulé dans sa voiture. Depuis un certain temps, l'appelant faisait l'objet de surveillance par la police qui le soupçonnait d'être impliqué dans une récente affaire de meurtre qu'elle croyait reliée à une série de meurtres similaires. Le 14 juillet 1987, la police a obtenu un mandat l'autorisant à perquisitionner au domicile de l'appelant et à fouiller son véhicule, mais elle n'a découvert aucun indice permettant de le relier à l'un des homicides. Elle avait fait remorquer l'automobile de l'appelant au poste afin de procéder à la fouille. Pendant qu'elle s'y trouvait encore, mais après l'expiration du mandat, les policiers ont installé la balise. Le 15 août, date de l'infraction reprochée, les policiers ont pu retracer l'automobile de l'appelant grâce à la balise et ils ont placé sous surveillance un véhicule stationné dans une entrée de cour, qui ressemblait à celui de l'appelant. Environ deux heures plus tard, les policiers ont entendu un grand bruit causé par l'effondrement d'une tour de télécommunications. Peu de temps après, les policiers ont vu un autre véhicule, appartenant effectivement à l'appelant, sortir d'un chemin situé dans un champ voisin. Le 26 août, la police a obtenu un mandat l'autorisant à fouiller le véhicule de l'appelant. En y passant l'aspirateur, on a découvert des fragments de métal fondu semblant provenir des haubans de la tour de télécommunications. La surveillance électronique s'est poursuivie constamment jusqu'à la mi-novembre, date à laquelle l'accusé a été arrêté pour méfait. Le juge du procès a écarté tous les éléments de preuve obtenus grâce à la balise pour le motif qu'ils avaient été obtenus en violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives reconnu à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a acquitté l'appelant. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Held (La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Stevenson JJ.: The installation of the beeper inside the appellant's vehicle constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. Since the subsequent monitoring of the vehicle invaded a reasonable expectation of privacy, it also constituted a search, and, in the absence of prior authorization, violated s. 8. The search was only minimally intrusive, however. The expectation of privacy in a motor vehicle is much less than in one's home or office. As well, the device used was unsophisticated and inaccurate. It was a very rudimentary extension of physical surveillance, and was attached to the appellant's vehicle, not to the appellant. The police also had a bona fide belief that they were protecting the public

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory et Stevenson: L'installation de la balise à l'intérieur du véhicule de l'appelant constitue une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Comme la surveillance subséquente du véhicule déjouait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle constitue également une fouille et, en l'absence d'autorisation préalable, elle est contraire à l'art. 8. Cependant, la fouille constitue une intrusion simplement minimale. L'attente en matière de respect de la vie privée dans un véhicule à moteur est beaucoup moindre que celle qui existe à l'intérieur de la résidence ou du bureau. De même, le dispositif était rudimentaire et imprécis. Il constituait un prolongement très rudimentaire de la surveillance visuelle

when the device was installed, in view of the series of homicides in the rural area in which the appellant lived.

The admission of the evidence in this case would not bring the administration of justice into disrepute. The evidence as to the location of the car would not affect the fairness of the trial. This evidence was real, not conscriptive. There was no police compulsion or enticement which required appellant to enter or drive his car. The beeper merely helped the police to gather evidence which, to a great extent, they had obtained by visually observing the vehicle. The police also acted in good faith in this case. They had reasonable and probable grounds for searching appellant's vehicle when they installed the beeper. While the prolonged electronic monitoring after the metal filings were discovered is difficult to justify, the police obtained the evidence as to the location of the vehicle within a 30-day period, and this was not an unreasonable length of time to maintain surveillance, particularly in light of their obligation to protect the community from the suspected serial killer. There was clearly a pervasive threat of violence and a sense of urgency here. Moreover, the offence in this case is a serious one. The evidence pertaining to the metal pieces should also be admitted, for the same reasons.

Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): The installation of the tracking device in appellant's automobile constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. It is not necessary to consider whether the surveillance itself would violate s. 8. The admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The police knowingly committed an illegal trespass. While they suspected appellant of a serious offence, mere suspicion cannot be used to redeem *Charter* violations. There is no appreciable distinction between this case and *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

Per La Forest J. (dissenting): The installation of the tracking device in appellant's car constituted an unlawful trespass and violates his privacy rights under s. 8 of the *Charter*. The use of the device to monitor his movements also violated s. 8. An individual has a reasonable expectation of privacy not only in the communications

et était fixé au véhicule de l'appelant et non à l'appelant lui-même. La police a également cru de bonne foi qu'en installant le dispositif, elle protégeait le public, compte tenu de la série d'homicides qui avaient été commis dans le secteur rural où vivait l'appelant.

L'utilisation de la preuve en l'espèce n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve portant sur l'emplacement de l'automobile ne compromettait pas l'équité du procès. Il s'agit d'une preuve matérielle et non d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. La police n'a exercé aucune contrainte ni eu recours à aucun subterfuge pour forcer l'appelant à monter dans son automobile et la conduire. La balise a simplement aidé la police à recueillir une preuve qu'elle avait obtenue, en grande partie, en observant le véhicule. La police a également agi de bonne foi dans cette affaire. Elle avait des motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule de l'appelant lorsqu'elle a installé la balise. Bien que la poursuite de la surveillance électronique après la découverte des fragments de métal soit difficilement justifiable, la police a obtenu les éléments de preuve quant à l'emplacement du véhicule à l'intérieur d'un délai de 30 jours qui ne constituait pas un délai abusif pour poursuivre la surveillance, compte tenu particulièrement de son obligation de protéger la communauté contre celui qu'on soupçonne être l'auteur d'une série de meurtres. Une menace de violence et un sentiment d'urgence persistaient manifestement en l'espèce. De plus, l'infraction reprochée ici est grave. La preuve relative aux fragments de métal devrait être admise pour les mêmes raisons.

Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents): L'installation du dispositif de surveillance dans l'automobile de l'appelant constitue une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la Charte. Il n'est pas nécessaire de se demander si la surveillance elle-même violerait l'art. 8. L'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les policiers ont sciemment commis une intrusion illégale. Même s'ils soupçonnaient l'appelant d'avoir commis une infraction plus grave, le simple soupçon ne saurait servir à racheter des violations de la Charte. Il n'y a aucune différence appréciable entre la présente affaire et l'affaire R. c. Kokesch, [1990] 3 R.C.S. 3.

Le juge La Forest (dissident): L'installation du dispositif de surveillance dans la voiture de l'appelant constitue une intrusion illégale et viole les droits à la vie privée que lui confère l'art. 8 de la Charte. L'utilisation du dispositif pour surveiller ses déplacements viole également l'art. 8. Chacun s'attend raisonnablement au res-

he makes, but in his movements as well, even when travelling on a public road. This is not a case where the police are monitoring the roads for the purpose of regulating or observing what goes on there. It is a case of tracking the movements of an individual. There is an important difference between courting the risk that our activities may be observed by other persons and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will track our every move. It is constitutionally unacceptable that the state should be allowed to rest a justification for the unauthorized electronic surveillance of a given person on the mere fact that that person had been in a situation where he could be the object of scrutiny on the part of private individuals. Whether a person whose movements were surreptitiously tracked had a reasonable expectation of privacy in given circumstances must not be made to depend on the degree to which that person took measures to shield his or her activities from the scrutiny of other persons.

The grave threat to individual privacy posed by surreptitious electronic tracking of one's movement is such as to require prior judicial authorization. The issuance of a search warrant will ordinarily call for an objective showing of reasonable and probable cause, and this should generally be required of those seeking to employ electronic tracking devices in the pursuit of an individual. Since this means of surveillance, if properly controlled, is somewhat less intrusive than electronic audio or video surveillance, it may be possible to establish that judicial officers should be empowered in certain circumstances to accept a somewhat lower standard, such as a "solid ground" for suspicion, if it can be established that such a power is necessary for the control of certain types of dangerous or pernicious crimes.

The evidence obtained through the use of the tracking device should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Such evidence would not have existed without the device because visual contact had been lost. Since the violation in this case was intrusive and long-lasting, it was serious. The electronic surveillance continued day and night over many months. The violation was not mitigated by good faith on the part of the police. The police certainly knew they needed a warrant to search the car, and that the warrant they had obtained did not permit what they did, and in fact had expired. The police did not have reasonable and probable cause, but were acting on mere suspicion. The long-term consequences of

pect de sa vie privée, non seulement dans ses communications, mais aussi dans ses déplacements, et ce, même lorsqu'il circule sur la voie publique. Il ne s'agit pas ici d'un cas où des policiers surveillent des routes à des fins de réglementation ou d'observation. Il s'agit ici de suivre les déplacements d'une personne. Il existe une différence importante entre prendre le risque que nos activités soient observées par d'autres personnes et le risque que des agents de l'État, sans autorisation préalable, surveillent nos moindres déplacements. Il est constitutionnellement inadmissible de permettre à l'État de justifier la surveillance électronique non autorisée d'une personne donnée en invoquant simplement le fait que cette personne se trouvait dans une situation où elle pouvait être observée par d'autres citoyens. La réponse à la question de savoir si la personne dont les déplacements ont été surveillés clandestinement avait, dans des circonstances données, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée ne doit pas dépendre de la mesure dans laquelle cette personne a pris des mesures pour soustraire ses activités à la vue d'autrui.

La surveillance électronique clandestine des déplacements d'une personne fait peser sur sa vie privée une menace d'une telle gravité qu'elle exige une autorisation judiciaire préalable. Un mandat de perquisition ne sera ordinairement décerné qu'à la condition qu'on démontre objectivement l'existence d'un motif raisonnable et probable de le décerner et, de façon générale, cela devrait être exigé de ceux qui cherchent à utiliser des dispositifs de surveillance électronique à des fins de filature. Étant donné que, dans la mesure où il est soumis à un contrôle approprié, ce moyen de surveillance est moins envahissant que la surveillance électronique audio ou magnétoscopique, il peut être possible d'établir qu'il y aurait lieu, dans certaines circonstances, d'habiliter les officiers de justice à accepter une norme moins rigoureuse, tel le «motif solide» de soupçonner, si l'on peut établir par ailleurs que ce pouvoir est nécessaire pour enrayer certains types de crimes dangereux ou pernicieux.

Les éléments de preuve obtenus au moyen du dispositif de surveillance devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ces éléments de preuve n'auraient pas existé n'eût été le dispositif, puisqu'on avait perdu de vue l'accusé. Puisque la violation en l'espèce a été envahissante et s'est déroulée sur une longue période, elle est grave. La surveillance électronique s'est poursuivie jour et nuit pendant de nombreux mois. La violation n'est pas atténuée par la bonne foi des policiers. Les policiers savaient pertinemment qu'ils devaient posséder un mandat pour fouiller la voiture, que celui qu'ils avaient obtenu ne leur permettait pas d'agir comme ils l'ont fait, et même qu'il était expiré.

admitting evidence obtained in such circumstances on the integrity of our justice system outweigh the harm done by this accused being acquitted.

a Les policiers n'avaient aucun motif raisonnable et probable d'agir; ils ont agi sur la foi d'un simple soupçon. Les conséquences à long terme de l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en pareilles circonstances sur l'intégrité de notre système de justice l'emportent sur le tort que pourrait causer l'acquittement de l'accusé en l'espèce.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Kokesch, [1990] 3 S.C.R. 3.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 387(3).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 430(4).

United States Constitution, Fourth Amendment.

Jurisprudence

b Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

c Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Kokesch, [1990] 3 R.C.S. 3.

d Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Cardwell c. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

e

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 387(3).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 430(4).

Constitution des États-Unis, Quatrième amendement.

Authors Cited

Gutterman, Malvin. "A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance" (1988), *a* 39 *Syracuse L. Rev.* 647.

Hentoff, Nat. "Profiles: The Constitutionalists", *The New Yorker*, March 12, 1990, p. 45.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 40 O.A.C. 103, 49 C.R.R. 163, allowing the Crown's appeal of appellant's acquittal by Smith Dist. Ct. J. on a charge of mischief to property. Appeal dismissed, La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

J. Bruce Carr-Harris and Carole J. Brown, for *d* the appellant.

Susan Chapman, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Stevenson JJ. was delivered by

CORY J.—I have read with great interest the compelling reasons of my colleague Justice La Forest but, with respect, I must differ from the conclusions that he has reached.

Issues

The Crown respondent conceded that the installation of the beeper was an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accepting this concession, the main issue is whether the evidence obtained as a result of the unreasonable search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. However, the evidence in question stems not only from the installation of the beeper but also from the monitoring by the beeper. Prior to the s. 24(2) analysis, the following preliminary issue arises:

Doctrine citée

Gutterman, Malvin. «A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance» (1988), *a* 39 *Syracuse L. Rev.* 647.

Hentoff, Nat. «Profiles: The Constitutionalists», *The New Yorker*, March 12, 1990, p. 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 40 O.A.C. 103, 49 C.R.R. 163, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'appelant par le juge Smith de la Cour de district relativement à une accusation de méfait à l'égard d'un bien. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

J. Bruce Carr-Harris et Carole J. Brown, pour l'appelant.

Susan Chapman, pour l'intimée.

e Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory et Stevenson rendu par

LE JUGE CORY—J'ai lu avec beaucoup d'intérêt les motifs convaincants de mon collègue le juge La Forest, mais en toute déférence, je ne puis souscrire aux conclusions qu'il a tirées.

Les questions en litige

i Le ministère public intimé a reconnu que l'installation d'une balise constituait une fouille abusive en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu de cette reconnaissance, la question principale est de savoir si la preuve obtenue grâce à la fouille abusive devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Toutefois, la preuve en question résulte non seulement de l'installation de la balise, mais encore de la surveillance exercée à l'aide de celle-ci. Avant de procéder à l'analyse fondée sur le par. 24(2), il faut répondre à la question préliminaire suivante:

Did the use of the beeper constitute an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*?

Analysis

1. *Did the Beeper Monitoring of the Vehicle Constitute an Unreasonable Search for the Purposes of s. 8?*

b (a) Introduction

It is clear that s. 8 of the *Charter* guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search where the person who is the object of the search has a reasonable expectation of privacy. In determining whether the beeper monitoring constitutes a search, the initial question is whether there is a reasonable expectation of privacy in respect of the monitored activity. If the police activity invades a reasonable expectation of privacy, then the activity is a search.

c (b) The Lesser Expectation of Privacy in a Motor Vehicle

d The expectation of privacy in a vehicle cannot be as great as that contended by my colleague. For the safety and well-being of society, motor vehicles and their drivers are subject to a great many statutory requirements, conditions and regulations. Almost every aspect of the use of a motor vehicle is controlled. The side of the road on which a car may be driven; the speed at which it may proceed; when it may overtake and where it may overtake another vehicle; where and when it must stop; the mechanical condition of the vehicle; the installation of certain accessories, be they required or prohibited; the places where a vehicle may park: all these and many more are circumscribed by various *e* Acts and regulations.

For the safety of all, it is essential that drivers be tested before receiving their licence; that RIDE

L'utilisation de la balise constitue-t-elle une fouille abusive en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

a L'analyse

1. *La surveillance du véhicule exercée au moyen d'une balise constitue-t-elle une fouille abusive pour les fins de l'art. 8?*

b (a) Introduction

De toute évidence, l'art. 8 de la *Charte* garantit le droit général à la protection contre les fouilles ou perquisitions abusives dans les cas où la personne qui en fait l'objet s'attend raisonnablement à ce que sa vie privée soit respectée. Afin d'établir si la surveillance exercée au moyen d'une balise constitue une fouille, il faut d'abord se demander s'il existe une attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée dans le contexte de l'activité surveillée. Si l'activité de la police a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle constitue alors une fouille.

c (b) L'attente moindre en matière de respect de la vie privée à l'intérieur d'un véhicule à moteur

d L'attente en matière de respect de la vie privée à l'intérieur d'un véhicule ne peut avoir l'importance que lui prête mon collègue. Au nom de la sécurité et du bien-être de la société, les véhicules à moteur et leurs conducteurs sont assujettis à de nombreux règlements, conditions et exigences légales. L'utilisation d'un véhicule à moteur est réglementée dans presque tous ses aspects. Ainsi, diverses lois et divers règlements viennent prescrire notamment le côté de la route sur lequel on peut conduire une automobile, la vitesse à laquelle on peut rouler, les endroits où on peut doubler un véhicule, les arrêts obligatoires, la bonne condition mécanique du véhicule, les endroits où il est possible de stationner son véhicule et ils viennent également prescrire ou interdire l'installation de certains accessoires.

e Afin que tous soient en sécurité, il est essentiel que les conducteurs réussissent un examen avant

programs be instituted to discourage the drinking driver; that the speed of vehicles be supervised and that the mechanical fitness of vehicles be inspected. These inspections and tests and this supervision do not constitute unreasonable breaches of basic civil liberties. Rather, they are common sense rules that exist for the protection of society as a whole. Reasonable surveillance and supervision of vehicles and their drivers are essential. Without them, motor vehicles inevitably become instruments of crippling injury, death and destruction.

de recevoir leur permis de conduire, que des programmes de promotion de la sobriété au volant (appelés RIDE) soient mis sur pied afin de décourager la conduite en état d'ébriété et que la vitesse et la condition mécanique des véhicules soient contrôlées. Ces différentes mesures ne portent pas atteinte de façon abusive aux libertés civiles fondamentales. En fait, ce sont plutôt des règles de bon sens qui visent à protéger la société en général. La surveillance et le contrôle raisonnables des véhicules et de leurs conducteurs sont essentiels. En l'absence de ces mesures, les véhicules deviennent inévitablement des instruments de mutilation, de mort et de destruction.

Society then requires and expects protection from drunken drivers, speeding drivers and dangerous drivers. A reasonable level of surveillance of each and every motor vehicle is readily accepted, indeed demanded, by society to obtain this protection. All this is set out to emphasize that, although there remains an expectation of privacy in automobile travel, it is markedly decreased relative to the expectation of privacy in one's home or office.

La société exige et espère, donc, une certaine protection contre les conducteurs ivres ou dangereux ou encore contre ceux qui commettent des excès de vitesse. Afin d'obtenir cette protection, la société est disposée à accepter et même à exiger un niveau raisonnable de surveillance de chaque véhicule à moteur. Ces facteurs permettent de souligner que, bien qu'il subsiste une certaine attente en matière de respect de la vie privée lorsqu'on circule en automobile, cette attente est manifestement moindre que celle qui existe à l'intérieur de la résidence ou du bureau.

(c) The Nature of the Device Utilized in this Case and its Minimal Intrusion

It must be remembered that the tracking device used in this case was unsophisticated and indeed simplistic. It did not provide a visual record of the movement or position of the vehicle. Nor was it able to pick up and record conversations in the vehicle. Rather, it was capable of giving only a very rough idea of the vehicle's location. Certainly, it could not be said that the device was capable of tracking the location of a vehicle at all times.

c) La nature du dispositif utilisé en l'espèce et son intrusion minimale

Il faut se rappeler la nature rudimentaire et même simpliste du dispositif de surveillance utilisé en l'espèce. Il ne permettait pas d'obtenir une image des déplacements ou de la position du véhicule. Il ne permettait pas non plus de capter ou d'enregistrer les conversations à l'intérieur du véhicule. En fait, ce dispositif ne permettait que d'établir approximativement l'emplacement du véhicule. De toute évidence, on ne pouvait pas dire qu'il permettait de situer un véhicule en tout temps.

The device consisted of a low power radio transmitter. From the strength of the signal, it was possible to determine the general location of the object to which the beeper had been fixed. By moving in the direction of the transmitter and adjusting the "RF gain control", the location could

Le dispositif consistait en un émetteur radio de faible puissance. Selon la force du signal, il était possible de déterminer approximativement l'emplacement de l'objet sur lequel avait été apposée la balise. Les déplacements dans la direction de l'émetteur et le réglage de la commande d'amplifi-

be more precisely determined. The device used in this case was not capable of indicating if the object being tracked was to the right, left, front or back of the receiver of the signal.

The evidence in this case was that the device was used intermittently as a back-up for visual surveillance of the appellant's car beginning on July 17, 1987, particularly to attempt to locate the vehicle when visual surveillance failed. Since the device was not capable of pinpointing the vehicle with any degree of precision, physical surveillance was always required to fix its proximate position.

Indeed, on the night the tower was destroyed, the device was not capable of successfully tracking the appellant's vehicle. That night, the police lost visual contact with the appellant's vehicle and attempted to trace its location using the beeper. With the "help" of the beeper, the police established surveillance on a car resembling the appellant's. While they were busy observing this vehicle that was not, in fact, the appellant's, they heard the crashing of the Bell tower and then visually observed the appellant's actual vehicle leave a nearby field. This incident illustrates the unsophisticated and inaccurate nature of the beeper.

It has been seen that there is a reduced expectation of privacy by those using a motor vehicle. In addition, the intrusion on any remaining expectation of privacy as a result of the device used in this case is minimal. This particular beeper was a very rudimentary extension of physical surveillance. It must be remembered as well that the device was attached to the appellant's vehicle, not to the appellant. How very different a device such as this is, in its operation and in its effect on the individual, from a hidden video camera or an electronic monitor that surreptitiously intercepts private communications.

Before considering what the position with regard to vehicle tracking devices should be in Canada, it may be of interest to see what approach the Supreme Court of the United States has taken.

cation HF permettaient d'établir avec plus de précision l'emplacement du véhicule. Mais le dispositif ne pouvait indiquer si l'objet repéré était à droite, à gauche, en avant ou en arrière du récepteur du signal.

En l'espèce, la preuve a démontré que le dispositif était utilisé de façon intermittente pour appuyer la surveillance visuelle de l'automobile de l'appelant entrepris le 17 juillet 1987, et particulièrement pour tenter de situer le véhicule dans le cas où on le perdrait de vue. Puisque le dispositif ne permettait pas de situer le véhicule avec précision, il fallait le surveiller en tout temps afin de connaître son emplacement approximatif.

D'ailleurs, la nuit au cours de laquelle la tour a été détruite, le dispositif n'arrivait pas à repérer le véhicule de l'appelant. Cette même nuit, la police a perdu de vue le véhicule de l'appelant et a tenté, en utilisant la balise, de le retrouver. À l'«aide» de la balise, la police a surveillé une automobile ressemblant à celle de l'appelant. Alors qu'ils étaient occupés à observer ce véhicule qui, en fait, n'était pas celui de l'appelant, les policiers ont entendu s'écrouler de la tour de Bell Canada et ils ont alors vu le véhicule même de l'appelant quitter un champ avoisinant. Cet incident illustre la nature rudimentaire et imprécise de la balise.

On a mentionné précédemment que l'attente des automobilistes en matière de respect de la vie privée est moindre. En outre, le non-respect de l'attente qui subsiste à cet égard par suite de l'utilisation du dispositif en question est minime. La balise en cause ici était un prolongement très rudimentaire de la surveillance visuelle. Il faut également se rappeler qu'elle était fixée au véhicule de l'appelant et non à l'appelant lui-même. Un tel dispositif est très différent, tant dans son fonctionnement que dans son incidence sur la personne, de la caméra vidéo cachée ou du dispositif de surveillance électronique qui intercepte clandestinement les communications privées.

Avant d'étudier quelle devrait être au Canada la position à l'égard des dispositifs de surveillance des véhicules, il peut être intéressant d'examiner le point de vue adopté par la Cour suprême des États-

This should not be considered an indication that American decisions should be slavishly followed. Rather, they should be considered for the sake of their learning and to see if they might be helpful to our consideration.

(d) The American Approach

In the United States, it has been held that beeper monitoring of a vehicle on a public roadway is neither a "search" nor a "seizure" for the purposes of the Fourth Amendment because it does not violate any legitimate expectation of privacy. In *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983), the Supreme Court held (at pp. 281-82):

A person traveling in an automobile on public thoroughfares has no reasonable expectation of privacy in his movements from one place to another. When [the courier] traveled over the public streets he voluntarily conveyed to anyone who wanted to look the fact that he was traveling over particular roads in a particular direction, the fact of whatever stops he made, and the fact of his final destination when he exited from public roads onto private property.

Visual surveillance from public places along [the courier's] route or adjoining [the accused's] premises would have sufficed to reveal all of these facts to the police. The fact that the officers in this case relied not only on visual surveillance, but also on the use of the beeper to signal the presence of [the courier's] automobile to the police receiver, does not alter the situation.

It is true there has been some criticism of this decision: first, on the ground that it assumes an equivalence between visual surveillance and scientific enhancement of surveillance; and second, that it fails to recognize the existence of the privacy interest in automobile travel. Nonetheless, the decision is a strong indication that there must be, at the very least, a markedly lesser expectation of privacy by the users of motor vehicles.

Unis. On devrait se garder d'y voir une indication qu'il faut suivre aveuglément la jurisprudence américaine. Celle-ci doit plutôt être examinée pour l'enseignement qu'elle fournit et pour l'aide qu'elle est susceptible d'apporter dans le cadre de notre étude.

d) Le point de vue américain

Aux États-Unis, on a statué que la surveillance d'un véhicule sur une voie publique au moyen d'une balise n'était pas une «fouille» ou une «saisie» aux fins du Quatrième amendement, puisqu'elle ne déjoue aucune attente légitime en matière de respect de la vie privée. Dans l'arrêt *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983), la Cour suprême a statué (aux pp. 281 et 282):

[TRADUCTION] La personne qui circule en automobile sur la voie publique n'a aucune attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée au cours de ses déplacements d'un endroit à l'autre. Lorsque [le messager] a emprunté la voie publique, il a volontairement fait comprendre à quiconque se donnait la peine de regarder qu'il circulait sur une route particulière dans une direction particulière, qu'il faisait des arrêts, et il indiquait sa destination finale lorsqu'il laissait la voie publique pour pénétrer dans une propriété privée.

f

La surveillance visuelle exercée à partir d'endroits publics le long de la route [du messager] ou près des locaux [de l'accusé] aurait suffi à révéler tous ces éléments à la police. En l'espèce, le fait que les officiers aient à la fois exercé une surveillance visuelle et utilisé une balise pour signaler la présence de l'automobile [du messager] au récepteur de la police ne change rien à la situation.

h

Cette décision, il est vrai, a été critiquée jusqu'à un certain point, en premier lieu, parce qu'elle suppose l'existence d'une équivalence entre la surveillance visuelle et l'amélioration scientifique de la surveillance et, en deuxième lieu, parce qu'elle ne reconnaît pas l'existence du droit au respect de la vie privée lorsqu'on se déplace en automobile. Néanmoins, la décision démontre clairement que les automobilistes doivent, tout au moins, avoir une attente manifestement moindre quant au respect de leur vie privée.

(e) The Protection of the Public

The factual background to this case is of importance. It establishes that the police had a bona fide belief that they were protecting the public when the beeper was installed. There had been a series of homicides in the rural area in which the appellant lived. He was a suspect in these events. The homicides were as follows:

- 1) Sept. 24, 1975 — Lillian Rouson died in a farmhouse fire near Morrisburg,
- 2) Jan. 8, 1981 — Kenneth Murphy died in a farmhouse fire in Finch Township,
- 3) Nov. 18, 1983 — Archie Collision died in a fire in his log cabin near Kempenfeldt,
- 4) Nov. 25, 1983 — Harold Davidson was shot to death in his farmhouse kitchen near Brinston,
- 5) May 16 or 17, 1987 — Keith Johnston was killed by a shot from a high powered rifle in a farmhouse near Monkland,
- 6) July 14, 1987 — John King was apparently shot to death before his home was set on fire in Moorewood.

It can be seen that the four most recent murders took place over a four-year period, the last two occurring within two months of each other. In addition to the homicides, the police had received a tape of an anonymous telephone call threatening more killings. They believed that the call came from the appellant. The appellant was the prime suspect in the killings of Keith Johnston and John King.

The police were able to satisfy a justice of the peace that there were reasonable and probable grounds to obtain a warrant to search the appellant's home, the outbuildings surrounding his home and his vehicle. Between 5:30 p.m. on July 14 and 7:30 a.m. on July 15, 1987, the warrant relating to the murder investigation was executed. The appellant's vehicle was towed to the

e) La protection du public

En l'espèce, les faits sont importants. Ils montrent que la police a cru de bonne foi qu'en installant la balise, elle protégeait le public. Une série d'homicides avaient été commis dans le secteur rural où vivait l'appelant, et ce dernier était un suspect. Voici une liste des homicides en question:

- 1) 24 sept. 1975 — Lillian Rouson est décédée lors de l'incendie d'une ferme près de Morrisburg,
- 2) 8 janv. 1981 — Kenneth Murphy est décédé lors de l'incendie d'une ferme dans le canton de Finch,
- 3) 18 nov. 1983 — Archie Collision est décédé lors de l'incendie de sa cabane en bois rond située près de Kempenfeldt,
- 4) 25 nov. 1983 — Harold Davidson a été tué d'un coup de feu dans la cuisine de sa maison de ferme près de Brinston,
- 5) 16 ou 17 mai 1987 — Keith Johnston a été tué d'un coup de feu provenant d'un fusil de gros calibre dans une ferme près de Monkland,
- 6) 14 juillet 1987 — John King a apparemment été tué d'un coup de feu avant que sa maison ne soit incendiée à Moorewood.

On remarque que les quatre plus récents meurtres ont été commis au cours d'une période de quatre ans, et les deux derniers dans un intervalle de deux mois. Outre les homicides commis, la police avait reçu l'enregistrement d'un appel anonyme au cours duquel on avait menacé de commettre d'autres meurtres. Elle croyait que l'appelant était l'auteur de cet appel. Ce dernier était le principal suspect dans le cas des meurtres de Keith Johnston et de John King.

La police a pu convaincre un juge de paix de l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant l'obtention d'un mandat l'autorisant à perquisitionner la résidence de l'appelant et ses dépendances et à fouiller son automobile. Le mandat décerné relativement à l'enquête sur le meurtre a été exécuté entre 17 h 30, le 14 juillet, et 7 h 30, le 15 juillet 1987. Le véhicule de l'appelant a été

Winchester Provincial Police Detachment, so that it could be examined by the identification unit. The vehicle remained at this detachment until July 16. During this time, arrangements were made to have the tracking device installed in the back seat. In light of this background, the police had every reason to believe that in installing the device they were not only investigating two murder cases, but also were acting to protect the residents of this rural community.

(f) The Nature of the Search in this Case

In this case, it has been fairly conceded that the installation of the beeper in the interior of the motor vehicle constituted a search which breached the provisions of s. 8 of the *Charter*. Since the beeper monitoring of the appellant's vehicle invaded a reasonable expectation of privacy, this police activity also constituted a search. Absent prior authorization, such a search will be *prima facie* unreasonable and therefore in violation of s. 8. As there was no prior authorization for the installation and use of the beeper device, the monitoring violated the appellant's s. 8 right to be free from unreasonable search. At the same time, however, the lessened privacy interest combined with the use of an unsophisticated device establish that the search was only minimally intrusive. This minimal intrusion and the urgent need to protect the community provide the context in which the s. 24(2) analysis should be made.

Furthermore, it seems artificial to distinguish between the installation of the beeper and the subsequent monitoring. The monitoring is the extension of the installation. It is the aim and object of the installation and cannot be divided from the latter. The installation of the device and its subsequent use to monitor the vehicle, together, constituted the unreasonable search. It is therefore necessary, in the context of the unreasonable search as a whole, to determine whether the evidence obtained should nonetheless be admitted.

remorqué jusqu'au poste de la Police provinciale de Winchester où l'unité d'identification a pu l'examiner. Le véhicule est demeuré à cet endroit jusqu'au 16 juillet. Au cours de cette période, on s'est arrangé pour installer le dispositif de surveillance dans le siège arrière. Dans ce contexte, la police avait tous les motifs de croire qu'en installant ce dispositif, elle ne se contentait pas d'enquêter sur les deux meurtres, mais elle agissait aussi pour protéger les résidents de cette communauté rurale.

f) La nature de la fouille en l'espèce

On a reconnu ici à juste titre que l'installation de la balise à l'intérieur du véhicule constituait une fouille contrevenant aux dispositions de l'art. 8 de la *Charte*. Comme la surveillance du véhicule de l'appelant exercée au moyen d'une balise déjouait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, cette activité de la police constituait également une fouille. Sans autorisation préalable, une telle fouille est à première vue abusive et, par conséquent, contraire à l'art. 8. Puisque l'installation et l'utilisation de la balise n'avaient fait l'objet d'aucune autorisation préalable, la surveillance violait le droit de l'appelant, prévu à l'art. 8, à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. En même temps, toutefois, le droit moindre au respect de la vie privée, conjugué à l'utilisation d'un dispositif rudimentaire, fait de la fouille une intrusion simplement minimale. Cette intrusion minimale et le besoin urgent de protéger la communauté fournissent le contexte dans lequel l'analyse fondée sur le par. 24(2) doit être faite.

Par ailleurs, toute distinction entre l'installation de la balise et la surveillance subséquente semble artificielle. La surveillance est le prolongement de l'installation. Elle est le but et l'objectif de l'installation et ne peut en être dissociée. C'est l'installation du dispositif, jointe à son utilisation subséquente pour surveiller le véhicule, qui constitue la fouille abusive. Il est par conséquent nécessaire, dans le contexte de l'ensemble de la fouille abusive, de déterminer si la preuve obtenue devrait néanmoins être utilisée.

2. Should the Evidence be Admitted?

Section 24(2) of the *Charter* reads as follows:

24. . . .

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

It must be remembered that this Court has a limited role in reviewing the decisions of provincial appellate courts in respect to s. 24(2) of the *Charter*. In *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, Lamer J. (as he then was), at p. 783, wrote:

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal. . . .

Thus, it is only if the Court of Appeal made an unreasonable finding or applied the wrong principles that it would be appropriate to undertake a review.

What then are the principles that should be considered? They are set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. There, Lamer J., as he then was, divided the factors that should be taken into account when considering the admissibility of evidence under s. 24(2) into three groups:

- (1) the effect of admission on the fairness of the trial process;
- (2) the seriousness of the violation; and
- (3) the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice.

It was emphasized that the object of s. 24(2) was not to remedy police misconduct, but rather to prevent the administration of justice being brought

2. La preuve devrait-elle être utilisée?

Voici le texte du par. 24(2) de la *Charte*:

24. . . .

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

Rappelons-nous que notre Cour joue un rôle limité dans la révision des décisions rendues par les cours d'appel provinciales à l'égard du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) écrit, à la p. 783:

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel . . .

Par conséquent, une révision ne conviendrait que si la Cour d'appel a tiré une conclusion déraisonnable ou a appliqué les mauvais principes.

De quels principes devons-nous alors tenir compte? Ces principes, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, les a énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il a divisé en trois groupes les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2):

- (1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès,
- (2) la gravité de la violation et
- (3) l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

On a souligné que le par. 24(2) visait non pas à remédier à l'inconduite de la police, mais plutôt à éviter que l'administration de la justice ne soit

into further disrepute through the admission of improperly obtained evidence. These factors will have to be applied to two aspects of the evidence, namely, the location of the appellant's car and the metal pieces found in the vehicle which were similar to the metal guy wires of the destroyed tower.

Evidence Obtained as to the Movement of the Car

I. Factors Affecting the Fairness of the Trial

The fairness of the trial process has been described as a critical factor. In determining fairness, the nature of the evidence obtained must be considered. The admission of real evidence obtained as a result of a *Charter* violation will rarely result in a finding of unfairness. However, the admission of evidence obtained by conscripting the accused against himself, such as a confession, will generally render the trial unfair. In *Collins, supra*, Lamer J. at pp. 284-85 wrote:

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens, supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right of counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded.

déconsidérée davantage par l'utilisation d'éléments de preuve obtenus irrégulièrement. Ces facteurs devront être appliqués à deux aspects de la preuve, soit l'emplacement de l'automobile de l'appelant et les fragments de métal trouvés dans son véhicule et semblant provenir des haubans de la tour détruite.

La preuve obtenue à l'égard des déplacements de l'automobile

I. Les facteurs qui portent atteinte à l'équité du procès

On a qualifié l'équité du procès de facteur décisif. Pour déterminer le caractère équitable, il faut examiner la nature de la preuve obtenue. On conclura rarement à l'iniquité lorsqu'une preuve matérielle obtenue par suite d'une violation de la *Charte* est utilisée. Par contre, l'utilisation d'une preuve qu'on obtient en mobilisant l'accusé contre lui-même, telle une confession, rendra généralement le procès inéquitable. Aux pages 284 et 285 de l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer écrit:

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée.

The Nature of the Evidence: Is it Real or Conscriptive?

How should the evidence as to the location of the appellant's vehicle be considered? Evidence has been found to be "real" when it referred to tangible items. For example narcotics were held to be real evidence in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, and in *R. v. Debott*, [1989] 2 S.C.R. 1140. Weapons were held to be real evidence in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. In all of these cases, the real or tangible evidence was admitted even though it had been obtained as a result of an unreasonable search.

On the other hand, "conscriptive" evidence usually refers to evidence which emanates from the accused following a violation of s. 10(b) of the *Charter*. Samples of blood taken from the accused were found to be conscriptive evidence in *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945. Statements made by the accused were found to be conscriptive in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233. The compulsory appearance in a police line-up was held to constitute conscriptive evidence in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3. There at p. 16 it was said:

... the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

In this case, I agree with the Court of Appeal that the movements of the car constituted real evidence. There was no police compulsion or enticement which required the appellant to enter or drive his car. Rather he exercised his own free will. It was the accused who determined that he would drive his car, the routes he would follow and the manner in which he drove. The movement of an object may be transitory but it is real. The movement of a terrestrial body can be and often is plot-

La nature de la preuve: est-elle matérielle ou a-t-elle été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même?

Comment doit-on qualifier la preuve relative à l'emplacement du véhicule de l'appelant? On a conclu que la preuve était «matérielle» dans les cas où elle renvoie à des objets tangibles. Par exemple, dans les arrêts *R. v. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, et *R. c. Debott*, [1989] 2 R.C.S. 1140, on a statué que des stupéfiants constituaient une preuve matérielle. Dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, on a conclu que des armes constituaient une preuve matérielle. Dans tous ces cas, la preuve matérielle a été admise même si elle avait été obtenue suite à une fouille ou à une perquisition abusive.

Par contre, la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même renvoie généralement à une preuve qui émane de l'accusé suite à une violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, on a conclu que des échantillons de sang prélevés sur l'accusé constituaient une preuve obtenue en le mobilisant contre lui-même. Dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, on a jugé que les déclarations faites par l'accusé constituaient une preuve obtenue en le mobilisant contre lui-même. On a jugé, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, que la comparaison obligatoire à une séance d'identification tenue par la police constituait une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Dans cette affaire, on affirme, à la p. 16:

... l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

En l'espèce, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les déplacements de l'automobile constituaient une preuve matérielle. La police n'a exercé aucune contrainte ni eu recours à aucun subterfuge pour forcer l'appelant à monter dans son automobile et la conduire. Au contraire, ce dernier a agi de plein gré. Il a lui-même décidé de conduire son automobile et il a également décidé de son itinéraire et de son comportement au volant. Le déplacement d'un objet peut être transitoire,

ted. That movement is transitory but real. The migratory route of the caribou herds is transitory but it is vital and real to those who depend upon that movement for food and clothing. So too is the movement of a motor vehicle real. This evidence could be considered conscriptive if the actions of the police forced or perhaps enticed the accused to utilize his vehicle and to follow prefixed routes in arriving at destinations selected by them.

It has been conceded that visual surveillance of motor vehicles by the police is permissible. Further, there is agreement that visual surveillance may properly be augmented by the use of binoculars. The use of this particular beeper, similarly, simply augments visual surveillance. The installation and use of the beeper did not affect in any way the movement of the car. It simply enhanced the ability of the police to observe its movements.

In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, La Forest J. found there was a clear distinction between evidence which an accused was forced to create, which should not be admissible, and existing evidence, which the accused had merely been forced to locate or identify, which should be admitted. He put forth his position at pp. 552-553:

I would first of all note that I do not believe that in drawing this distinction, Lamer J. intended to draw a hard and fast line between real evidence obtained in breach of the *Charter* and all other types of evidence that could be so obtained. . . . I think this clearly indicates that what Lamer J. had in mind was the much broader distinction between evidence which the accused has been forced to create, and evidence which he or she has been forced to merely locate or identify. . . .

A breach of the *Charter* that forces the eventual accused to create evidence necessarily has the effect of providing the Crown with evidence it would not otherwise have had. It follows that the strength of its case against the

mais il n'en est pas moins réel. Le déplacement d'un corps terrestre est prévisible et, souvent, il est prévu. Ce déplacement est transitoire mais réel. La route migratoire des troupeaux de caribous est transitoire, mais elle est vitale et réelle aux yeux de ceux qui en dépendent pour leur nourriture et leurs vêtements. Le déplacement d'un véhicule à moteur est également réel. On pourrait conclure que la preuve ici en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même si la police l'avait forcé, ou peut-être entraîné par la ruse, à utiliser son véhicule et à suivre un trajet préétabli pour se rendre à des destinations qu'elle aurait choisies.

On a reconnu que la surveillance visuelle des véhicules à moteur exercée par la police était acceptable. De plus, on convient qu'il est permis de l'améliorer à l'aide de jumelles. De même, le recours à la balise en question ici ne fait qu'améliorer la surveillance visuelle. L'installation et l'utilisation de la balise n'ont aucunement affecté l'itinéraire de l'automobile. Elles ont simplement accru la capacité de la police d'observer ses déplacements.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest a conclu qu'il y avait une nette différence entre la preuve qu'un accusé a été forcé de créer, qui ne devrait pas être admissible, et la preuve existante, que l'accusé a simplement été forcé de situer ou d'identifier, qui, elle, devrait être admise. Il expose ainsi son point de vue, aux pp. 552 et 553:

Je soulignerais d'abord que je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Lamer a voulu établir une ligne de démarcation stricte entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et tous les autres types de preuve qui peuvent être obtenus ainsi. [...] Je crois que cela indique clairement que le juge Lamer avait à l'esprit la distinction beaucoup plus générale entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier. . . .

Une violation de la *Charte* qui force l'accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu'elle n'aurait pu obtenir autrement. Il s'ensuit que sa preuve contre l'accusé se

accused is necessarily enhanced as a result of the breach. This is the very kind of prejudice that the right against self-incrimination, as well as rights such as that to counsel, are intended to prevent. In contrast, where the effect of a breach of the *Charter* is merely to locate or identify already existing evidence, the case of the ultimate strength of the Crown's case is not necessarily strengthened in this way. The fact that the evidence already existed means that it could have been discovered anyway. Where this is the case, the accused is not forced to confront any evidence at trial that he would not have been forced to confront if his *Charter* rights had been respected. In such circumstances, it would be the exclusion rather than the admission of evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

and at p. 555:

The one qualification that must be made to the above has to do with the difference between independently existing evidence that could have been found without compelled testimony, and independently existing evidence that would have been found without compelled testimony. As I have acknowledged at several points in these reasons, there will be situations where derivative evidence is so concealed or inaccessible as to be virtually undiscoverable without the assistance of the wrong-doer. For practical purposes, the subsequent use of such evidence would be indistinguishable from the subsequent use of the pre-trial compelled testimony. [Emphasis in original.]

There my colleague indicated that "created" evidence would affect the fairness of the trial and should not be admitted while "located" evidence would only affect the fairness of the trial if the evidence were virtually undiscoverable without the assistance of the accused.

In this case, the use of the beeper merely assisted the police to gather evidence which, to a great extent, they had obtained by visually observing the vehicle. It is difficult to determine from the transcript what evidence was obtained from the beeper and what was obtained from observation. In light of the unsophisticated nature of the beeper, it seems that the essential evidence was obtained by direct observation. In any event, evidence as to movement of the vehicle was certainly not "undiscoverable". It follows that the admission of the

trouve nécessairement renforcée par suite de la violation. C'est exactement le genre de préjudice que le droit de ne pas s'incriminer ainsi que les droits comme celui à l'assistance d'un avocat visent à prévenir. Par contre, lorsque la violation de la *Charte* a simplement pour effet de situer ou d'identifier une preuve déjà existante, la valeur ultime de la preuve de la poursuite n'est pas nécessairement renforcée de cette façon. Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon. Dans ce cas, l'accusé n'est pas obligé, au procès, de faire face à une preuve à laquelle il n'aurait pas été obligé de faire face si ses droits garantis par la *Charte* avaient été respectés. Dans ces circonstances, c'est l'exclusion plutôt que l'utilisation de la preuve qui déconsidérerait l'administration de la justice.

et à la p. 555:

La seule réserve qui doit être apportée à l'analyse précédente a trait à la différence entre la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé. Comme je l'ai déjà reconnu à maintes reprises dans les présents motifs, il y aura des situations où la preuve dérivée sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait. À toutes fins pratiques, l'utilisation ultérieure de cette preuve ne pourrait se distinguer de l'utilisation ultérieure d'un témoignage préalable au procès obtenu par contrainte. [Souligné dans l'original.]

Dans cette affaire, mon collègue a mentionné que la preuve «crée» compromettait l'équité du procès et devrait être écartée alors que la preuve «située» ne compromettait l'équité du procès que si la preuve ne pouvait pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'accusé.

En l'espèce, le recours à la balise a simplement aidé la police à recueillir une preuve qu'elle avait obtenue, en grande partie, en observant le véhicule. Il est difficile de dire, à partir de la transcription, quelle preuve a été obtenue à l'aide de la balise et qu'est-ce que cette observation du véhicule a permis de recueillir. Compte tenu de la nature rudimentaire de la balise, il semble que la preuve essentielle a été obtenue grâce à l'observation directe. Quoi qu'il en soit, la preuve portant sur le déplacement du véhicule n'était certainement pas

evidence as to the location of the car could not be said to affect the fairness of the trial.

II. The Factors Affecting the Seriousness of the Violation

In this case, I have concluded that the admission of the evidence would not affect the fairness of the trial. How then should the violation be assessed? Lamer J. in *Collins, supra*, at p. 285 quoted the following passage from Le Dain J.'s reasons in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652:

The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant. Another relevant consideration is whether the action which constituted the constitutional violation was motivated by urgency or necessity to prevent the loss or destruction of the evidence.

Were the police actions in this case undertaken in bad faith or were they wilful and flagrant violations of *Charter* rights?

(a) Good Faith

Bad faith has been found in situations where there has been a blatant disregard for the *Charter* rights of an accused or where more than one *Charter* right has been violated (see *R. v. Greffe, supra*, and *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59). Good faith has been established in situations where the violation stemmed from police reliance upon a statute or from the following of a procedure which was later found to infringe the *Charter* (see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495).

The Court of Appeal found that the police acted in good faith. I agree with that conclusion. The police had been successful in obtaining a warrant to search the appellant's home, outbuildings and car. It can therefore be assumed that they had reasonable and probable grounds for searching the vehicle of the appellant. These reasonable and

une preuve qui ne pouvait «pas être découverte». Il s'ensuit qu'on ne peut affirmer que l'utilisation de la preuve portant sur l'emplacement de l'automobile compromet l'équité du procès.

II. Les facteurs qui se rapportent à la gravité de la violation

En l'espèce, j'ai conclu que l'utilisation de la preuve ne compromettait pas l'équité du procès. Comment alors la violation devrait-elle être évaluée? À la page 285 de l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer cite l'extrait suivant des motifs rédigés par le juge Le Dain dans l'affaire *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 652:

La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve.

En l'espèce, la police a-t-elle agi de mauvaise foi ou s'agit-il de violations volontaires et flagrantes des droits garantis par la *Charte*?

f) a) La bonne foi

On a conclu à la mauvaise foi dans les cas où il y avait eu mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* à un accusé ou lorsque plus d'un droit garanti par la *Charte* avait été violé (voir *R. c. Greffe*, précité, et *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59). On a conclu à la bonne foi dans les cas où la violation découlait du fait que la police s'était appuyée sur une loi ou avait suivi une procédure subséquemment jugée contraire à la *Charte* (voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495).

i) La Cour d'appel a statué que la police avait agi de bonne foi. Je partage cet avis. La police a réussi à obtenir un mandat l'autorisant à perquisitionner la résidence de l'appelant et ses dépendances et à fouiller son automobile. On peut, par conséquent, en déduire qu'elle avait des motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule de l'appelant. Ces

probable grounds do not disappear simply because the police were not able to find evidence within a short period of time.

The police did retain the car and install the beeper after the warrant had expired. The officer who installed the device testified that he did not realize the warrant had expired the day before the installation. Although this evidence indicates carelessness on the part of the police, it does not demonstrate bad faith. Of greater concern is the length of time of the surveillance assisted by the beeper. Although the communications tower was destroyed on August 15 and the metal fillings were discovered on August 27, the constant electronic surveillance was maintained until mid-November when the accused was arrested on the charge of mischief. There can be no doubt that the police had a responsibility to the community to carefully investigate the murders. Yet the prolonged electronic monitoring after August 27 is difficult to justify. Nonetheless, the police did obtain the evidence as to the location of the vehicle within a 30-day period from the beginning of the electronic monitoring, a time when the police had established grounds for the search. This was not, in the circumstances, an unreasonable length of time to maintain surveillance, particularly in light of the obligation of the police to protect the small community from the suspected serial killer.

motifs raisonnables et probables ne disparaissent pas du simple fait que la police a été incapable de recueillir des éléments de preuve au cours d'un bref délai.

La police a effectivement gardé l'automobile et y a installé une balise après l'expiration du mandat. Le policier qui a installé le dispositif a témoigné qu'il ne s'était pas rendu compte que le mandat avait expiré la veille de l'installation. Bien que ce témoignage démontre une certaine insouciance de la part de la police, il n'en ressort aucune mauvaise foi. Le temps consacré à la surveillance à l'aide de la balise est d'une plus grande importance. Bien que la tour de télécommunications ait été détruite le 15 août et que les fragments de métal aient été découverts le 27 août, la surveillance électronique s'est poursuivie constamment jusqu'à la mi-novembre, date à laquelle l'accusé a été arrêté pour méfait. Il n'y a aucun doute que la police avait, envers la communauté, la responsabilité d'enquêter soigneusement sur les meurtres. Le fait d'avoir poursuivi la surveillance électronique après le 27 août est tout de même difficilement justifiable. Néanmoins, la police a effectivement obtenu les éléments de preuve quant à l'emplacement du véhicule dans les 30 jours à partir du début de la surveillance électronique, à un moment où elle avait établi des motifs de procéder à la fouille. Il ne s'agissait pas, en l'occurrence, d'un délai abusif pour poursuivre la surveillance, compte tenu particulièrement de l'obligation de la police de protéger la petite communauté contre celui qu'on soupçonnait être l'auteur d'une série de meurtres.

(b) The Threat of Violence and Urgency

In the case at bar there clearly existed a pervasive threat of violence and a sense of urgency. The relatively small rural community in which the accused resided had experienced a series of unsolved homicides. The accused had been a suspect in these crimes and indeed a prime suspect in at least two of the homicides. Evidence existed which linked the appellant to the murders. There had been an anonymous phone call threatening more killings. The police suspected this call came

b) La menace de violence et l'urgence de la situation

En l'espèce, une menace de violence et un sentiment d'urgence persistaient manifestement. La communauté rurale relativement petite dans laquelle résidait l'appelant avait connu une série d'homicides non résolus. On soupçonnait l'accusé d'avoir commis ces crimes et, d'ailleurs, il était le principal suspect dans au moins deux cas. Il existait des éléments de preuve le reliant aux meurtres. En outre, il y avait eu un appel anonyme au cours duquel on avait menacé de commettre d'autres

from the appellant. The accused had a significant criminal record including convictions for robbery, break and enter, theft and possession of offensive weapons. These factors must have motivated the police in undertaking and continuing the surveillance of the accused. It was the duty of the police to investigate the crimes and to protect the community.

In the circumstances, the police would have been remiss in their duties if they had not observed the movements of the appellant. It is easy to imagine the sense of outrage and the criticism that would flow from the community if there had not been police surveillance of the appellant.

The question then becomes: how was that surveillance to be accomplished? All agree that it was quite proper for the police to physically observe the appellant and his car at all hours of the day and night. It is further agreed that these physical observations could be enhanced by the use of binoculars. Yet, it is said that the installation of this rudimentary tracking device the day after the search warrant expired and the subsequent monitoring goes too far and prohibits the admission of the evidence pursuant to s. 24(2). This I find to be a somewhat anomalous position.

In my view the actions of the police in this case were not such that they could be termed "actions taken in bad faith". There was no physical violence, force, coercion or threat employed. The carelessness, with regard to the expiry date of the warrant and the lengthy continuation of the surveillance, do not, in the circumstances of this case, justify the exclusion of the evidence.

Nor do I think that this conclusion conflicts with principles laid down in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3. In that case, the police searched the yard surrounding the accused's home without a warrant and without the existence of any reasonable and probable grounds upon which they could have obtained a search warrant. There it was held that the narcotics found during the subsequent

meurtres. La police soupçonnait l'appelant d'être l'auteur de cet appel. Ce dernier possédait un lourd casier judiciaire faisant état notamment de déclarations de culpabilité pour vol qualifié, introduction par effraction, vol et possession d'armes offensives. Ces facteurs ont dû pousser la police à entreprendre et à poursuivre la surveillance de l'accusé. Elle avait le devoir d'enquêter sur les crimes commis et de protéger la communauté.

Dans ces circonstances, la police aurait manqué à son devoir si elle n'avait pas observé les déplacements de l'appelant. On peut facilement imaginer l'indignation et le mécontentement qui auraient gagné la communauté si la police n'avait pas surveillé l'appelant.

La question qui se pose alors est la suivante: comment cette surveillance devait-elle être exercée? Tous conviennent que c'est tout à fait à bon droit que la police a surveillé l'appelant et son automobile sans arrêt, jour et nuit. On convient également que cette surveillance pouvait être améliorée à l'aide de jumelles. On affirme pourtant que l'installation de ce dispositif de surveillance rudimentaire, le lendemain de l'expiration du mandat de perquisition, et la surveillance subséquente sont exagérées et empêchent l'utilisation de la preuve conformément au par. 24(2). J'estime qu'il s'agit là d'une point de vue quelque peu étrange.

À mon avis, les actes accomplis par la police en l'espèce n'étaient pas de nature à pouvoir être qualifiés d'«actes accomplis de mauvaise foi». Il n'y a pas eu recours à la violence, à la force, à la contrainte ou à des menaces physiques. L'insouciance dont on a fait preuve relativement à la date d'expiration du mandat et à la poursuite prolongée de la surveillance ne justifient pas, en l'occurrence, l'exclusion de la preuve.

Je ne crois pas non plus que cette conclusion soit contraire aux principes établis dans l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3. Dans cette affaire, la police avait fouillé le terrain entourant la résidence de l'accusé sans mandat et sans motifs raisonnables et probables qui lui auraient permis d'obtenir un mandat de perquisition. On y a statué que les stupéfiants trouvés subséquemment au cours

valid search of the house should be excluded. It was determined that where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence they should leave the suspect alone.

Here the situation was very different. It must be remembered that the police did have reasonable and probable grounds to search the appellant's vehicle when they installed the beeper. Moreover, there was a real threat of urgency flowing from the two most recent homicides in the community coupled with the telephone threat of further murders which motivated police action. More importantly, the invasion of privacy was not of a home or office but of a motor vehicle.

III. *The Effect of Exclusion*

In *Collins, supra*, Lamer J. observed that if evidence is excluded because of a trivial violation, particularly where the charge is very serious, the administration of justice may suffer greater disrepute than if the evidence were admitted. He went on to observe that if the admission of evidence renders the trial unfair, then, no matter how serious the offence, the evidence must be excluded.

The charge in this case does not appear to be extremely grave. But when it is recalled that the destruction of the tower caused damage in excess of one million dollars, it can be seen that the offence is very serious. The s. 8 violation in respect of the accused's car, although not trivial, was certainly less severe than would be a violation of the s. 10(b) right to counsel or a search of a person, home or office. Taking into account the nature of the charge and the nature of the *Charter* breach, I am of the view that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

d'une perquisition légale de la maison devraient être exclus. On a également conclu que lorsque la police n'a que des soupçons et aucun moyen légal d'obtenir d'autres éléments de preuve, elle ne devrait pas importuner le suspect.

La situation en l'espèce est très différente. Il faut se rappeler que la police avait réellement des motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule de l'appelant lorsqu'elle a installé la balise. En outre, la perpétration des deux plus récents homicides dans la communauté, conjuguée à la menace d'autres meurtres proférée par téléphone, a fait naître un sentiment d'urgence réel qui a motivé le comportement de la police. Qui plus est, l'atteinte à la vie privée a eu lieu non pas dans une résidence ou un bureau, mais dans un véhicule à moteur.

III. *L'effet de l'exclusion*

Dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer a fait remarquer que si des éléments de preuve sont écartés en raison d'une violation anodine, particulièrement lorsque l'accusation est très grave, il peut en résulter pour l'administration de la justice une déconsidération plus grande que si ces mêmes éléments de preuve étaient utilisés. Il a ensuite fait observer que si l'utilisation d'éléments de preuve rend le procès inéquitable, ceux-ci doivent être écartés, peu importe la gravité de l'infraction.

En l'espèce, l'accusation ne semble pas extrêmement grave. Mais lorsqu'on se rappelle que la destruction de la tour a causé des dommages de plus d'un million de dollars, on constate alors que l'infraction est très grave. La violation de l'art. 8 en ce qui concerne l'automobile de l'accusé, bien que non anodine, était certainement moins grave que ne le seraient la violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) ou encore la fouille d'une personne ou la perquisition d'une résidence ou d'un bureau. Compte tenu de la nature de l'accusation et de la violation de la *Charte*, j'estime que l'utilisation de la preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Metal Pieces

The surveillance of the vehicle of the appellant, both electronically and visually by the police, provided them with the necessary grounds to obtain a second warrant to search the appellant's car. As a result of that search, the police discovered the metal pieces that were similar to those found on the guy wires of the tower. The information obtained from that search emanated from information obtained as a result of the initial *Charter* violation which occurred when the beeper was installed. As a result, the evidence obtained from the second search is linked to the original *Charter* breach. Its admissibility will be determined by a review of the same factors and principles that were considered in determining the admissibility of the evidence as to the movements of the vehicle. It follows that this evidence too is admissible. If anything, the metal filings can be said to be more "real" than the movements of the vehicle. Once again the admission of the evidence would not affect the fairness of the trial procedure. Nor is the violation so serious that it, in itself, would warrant the exclusion of the evidence. In all the circumstances, the evidence pertaining to the metal pieces should be admitted as should the evidence pertaining to the movements of the appellant's vehicle.

Les fragments de métal

La surveillance à la fois électronique et visuelle du véhicule de l'appelant, que la police a effectuée, lui a fourni les motifs nécessaires pour obtenir un deuxième mandat l'autorisant à fouiller l'automobile de l'appelant. Cette fouille a permis à la police de découvrir des fragments de métal semblant provenir des haubans de la tour. Les renseignements recueillis lors de cette fouille ont été obtenus grâce aux renseignements découlant de la première violation de la *Charte*, qui a été commise lors de l'installation de la balise. Par conséquent, la preuve obtenue lors de la deuxième fouille est reliée à la violation initiale de la *Charte*. On établira son admissibilité en fonction des mêmes facteurs et principes que ceux examinés pour déterminer l'admissibilité de la preuve concernant les déplacements du véhicule. Il s'ensuit que cette preuve est également admissible. Quoi qu'il en soit, on peut affirmer que les fragments de métal sont plus «matériels» que les déplacements du véhicule. Encore une fois, l'utilisation de la preuve ne compromettrait pas l'équité du procès. Et la violation n'est pas grave au point de justifier en soi l'exclusion de la preuve. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, la preuve relative aux fragments de métal devrait être admise au même titre que la preuve portant sur les déplacements du véhicule de l'appelant.

Summary

In summary, the installation of the electronic tracking device inside the vehicle after the expiry of the warrant and the subsequent monitoring of the movements of that vehicle constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. However, the evidence as to the location of the appellant's motor vehicle and the evidence of the metal pieces found in his car are admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Résumé

En résumé, l'installation à l'intérieur du véhicule du dispositif de surveillance électronique une fois le mandat expiré et la surveillance subséquente des déplacements de ce véhicule constituaient une fouille abusive contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, les éléments de preuve relatifs à l'emplacement du véhicule de l'appelant et aux fragments de métal trouvés dans son automobile sont admissibles conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Future Legislation

I agree with my colleague that it would be preferable if the installation of tracking devices and the subsequent monitoring of vehicles were controlled

Les textes législatifs à venir

Je conviens avec mon collègue qu'il serait préférable que l'installation de dispositifs de surveillance et la surveillance subséquente de véhicules

by legislation. I would also agree that this is a less intrusive means of surveillance than electronic audio or video surveillance. Accordingly, a lower standard such as a "solid ground" for suspicion would be a basis for obtaining an authorization from an independent authority, such as a justice of the peace, to install a device and monitor the movements of a vehicle.

soient régis par des dispositions législatives. Je conviens également qu'il s'agit là d'un moyen de surveillance moins envahissant que la surveillance audio ou magnétoscopique. Par conséquent, une norme plus souple, comme le «motif solide» de soupçonner, permettrait d'obtenir d'une autorité indépendante, comme un juge de paix, l'autorisation d'installer un dispositif et de surveiller les déplacements d'un véhicule.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal raises the general question of whether, and in what circumstances, the installation by the police without authorization of an electronic tracking device in a private citizen's automobile and its use as a means of surreptitious electronic surveillance to monitor the whereabouts of the citizen violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects the individual against unreasonable searches and seizures. It also raises the question whether evidence so obtained should be rejected under s. 24(2) of the *Charter* because it could bring the administration of justice into disrepute.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Ce pourvoi soulève la question générale de savoir si, et dans quelles circonstances, l'installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile d'un particulier et son utilisation aux fins de surveiller subrepticement ses allées et venues contreviennent à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel protège l'individu contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le pourvoi soulève également la question de savoir s'il y a lieu, en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*, d'écartier la preuve ainsi obtenue pour le motif qu'elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Facts

The appellant was charged with mischief to property contrary to s. 387(3) (now s. 430(3)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. In attempting to establish this offence, the Crown sought to introduce evidence of the whereabouts of the appellant obtained through the use of an electronic tracking device (a "beeper") installed in his car. A beeper may be described as a radio transmitter, usually battery operated, which emits periodic signals that can be picked up by a radio receiver. The background and manner of installation may briefly be summarized as follows.

The appellant had for some time been under surveillance by the Ontario Provincial Police (the

Les faits

L'appelant a été accusé d'avoir commis un méfait à l'égard d'un bien, contrairement au par. 387(3) (maintenant le par. 430(3)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Afin d'établir sa culpabilité, le ministère public a tenté d'introduire la preuve de ses allées et venues, obtenue grâce à un dispositif de surveillance électronique (une «balise») dissimulé dans sa voiture. Une balise est un poste émetteur, ordinairement à piles, qui émet périodiquement des signaux pouvant être captés par un récepteur. Résumons brièvement le contexte et la manière dont le dispositif a été installé.

Depuis un certain temps, l'appelant faisait l'objet d'une surveillance par la Police provinciale de

O.P.P.) who suspected him of involvement in a recent murder in Morewood, Ontario which they believed to be linked to a series of similar killings in the area. In the course of its homicide investigation, the O.P.P. on July 14, 1987 applied for a warrant to search the appellant's home and vehicle on the following grounds: that the police had spotted the appellant driving his automobile towards his home shortly after the murder; that they had observed, in the back seat of his car, a pair of binoculars, a pair of work gloves, and a plastic rain coat, which appeared used; that they had observed under the car soil and vegetation (Timothy, a plant common to the area) similar to that found on the victim's property; that the appellant's voice sounded similar to that on a tape of someone who purported to be the murderer, though the voice appeared disguised and could not be positively identified; that the appellant had been a suspect in certain of the previous homicides; and that he had an extensive criminal record for break and enter, robbery, theft, and offences relating to offensive weapons. The police obtained the warrant and conducted the search but found nothing in either the accused's home or vehicle to link him to any of the homicides.

Pursuant to the terms of the warrant, the police had towed the appellant's automobile to the police station to carry out the search. Some time later, more than thirty hours after the expiration of the warrant, they installed an electronic tracking device in the interior of the appellant's vehicle. The "beeper" was surreptitiously hidden in the foam in the back seat of the appellant's car, causing minor damage to the seat. This, the trial judge held, was done on the basis of "mere suspicion" and it was, of course, done without judicial authorization. The car was then returned to the appellant.

The beeper emitted a radio frequency transmission which could be detected by a police scanner

l'Ontario (la Police provinciale) qui le soupçonnait d'être impliqué dans une récente affaire de meurtre à Morewood (Ontario) qu'elle croyait reliée à une série de meurtres similaires ayant eu lieu dans la région. Dans le cadre de son enquête pour meurtre, la Police provinciale a, le 14 juillet 1987, demandé la délivrance d'un mandat l'autorisant à perquisitionner au domicile de l'appelant et à fouiller son véhicule, en faisant valoir les motifs suivants: des policiers avaient aperçu l'appelant alors qu'il se dirigeait vers son domicile au volant de son automobile, peu après le meurtre; les policiers avaient remarqué la présence, sur le siège arrière de la voiture, de jumelles, d'une paire de gants de travail et d'un imperméable en plastique qui semblait avoir servi; sous la voiture, on avait aperçu de la terre et de la végétation (de la phléole des prés, une plante commune dans la région) semblable à celle trouvée sur le terrain de la victime; la voix de l'appelant ressemblait à celle d'une personne qui, dans un enregistrement, prétendait être le meurtrier, même si la voix de cette dernière semblait déguisée et n'avait pu être identifiée positivement; l'appelant était au nombre des suspects relativement à certains des homicides précédents; enfin, il possédait un lourd casier judiciaire faisant état d'introductions par effraction, de vols qualifiés, de vols et d'infractions relatives à des armes offensives. La police a obtenu le mandat demandé et a effectué la perquisition et la fouille, mais n'a découvert, au domicile de l'accusé ou dans son véhicule, aucun indice permettant de le relier à l'un des homicides.

g

Conformément au mandat, la police avait fait remorquer l'automobile de l'appelant au poste afin de procéder à la fouille. Puis, plus de trente heures après l'expiration du mandat, les policiers ont installé à l'intérieur du véhicule de l'appelant un dispositif de surveillance électronique. La «balise» a été dissimulée dans le caoutchouc mousse du siège arrière, ce qui l'a endommagé légèrement. Cette installation, a conclu le juge du procès, a été effectuée sur la foi d'un [TRADUCTION] «simple soupçon» et, naturellement, sans autorisation judiciaire. La voiture a ensuite été rendue à l'appelant.

j La balise émettait un signal radio pouvant être capté sur une distance de trois kilomètres par un

for a distance of up to three kilometres. Though the device was rather unsophisticated, and the person who installed it thought it was capable of giving only its general location, he had not counted on the ingenuity of the police who by listening to the tone and using an antenna held outside the window of a police vehicle could be led in a specific direction. Along with constant visual surveillance, the device enabled the police to track the appellant's whereabouts at all times of the day or night. The trial judge found that the police used the device on a constant basis for a period extending over many months, and pertinently, over a month prior to the commission of the offence alleged in the present case, both to track the vehicle in motion and to pinpoint its location when stationary.

On August 15, 1987, the day of the alleged offence, the police had lost visual contact with the appellant's vehicle but were able to trace its location using the beeper. Upon moving to that location, the police established surveillance on a vehicle resembling the appellant's that was parked in a driveway. Approximately two hours later, the police surveillance team heard a loud noise which sounded like metal crashing. The crashing sound was caused by the felling of a Bell Canada communications tower, the value of which was in excess of \$2 million. Soon after, the police observed another vehicle, which was in fact the appellant's and appeared to be identical to the one they were watching, pull out of a laneway in a nearby field from which the crashing sound had emanated. The second vehicle was later located at the appellant's residence.

On August 26, 1987, the O.P.P. observed the appellant sitting in his car in a field, where he had parked in an attempt to avoid the heavy police surveillance. At this time, the police conducted a warrantless search of the appellant's vehicle and person. Nothing was found. Later that evening, the police obtained a warrant to search the appellant's vehicle. When the car was vacuumed, melted pieces of metal, consistent with the metal guy wires of the Bell communications tower, were discovered. On November 13, 1987, the appellant was

récepteur à balayage de la police. Il s'agissait d'un dispositif assez rudimentaire qui, aux dires de son installateur, n'indiquait qu'une localisation générale. Mais c'était sans compter l'ingéniosité des policiers qui, à l'aide d'une antenne glissée par la fenêtre de leur voiture, ont pu suivre le signal dans une direction précise. Grâce à une surveillance visuelle constante, le dispositif a ainsi permis à la police de suivre l'appelant à la trace jour et nuit. Le juge du procès a conclu que les policiers avaient utilisé le dispositif de façon constante pendant de nombreux mois et, plus particulièrement, pendant le mois qui a précédé la perpétration de l'infraction reprochée en l'espèce, tant pour suivre les déplacements du véhicule que pour le localiser à l'arrêt.

Le 15 août 1987, date de l'infraction reprochée, les policiers avaient perdu de vue le véhicule de l'appelant mais ont pu le retracer grâce à la balise. Après s'être rendus à l'endroit indiqué, ils ont placé sous surveillance un véhicule stationné dans une entrée de cour, qui ressemblait à celui de l'appelant. Environ deux heures plus tard, les policiers de l'équipe de surveillance ont entendu un grand bruit, comme un fracas métallique. C'était le bruit de l'effondrement d'une tour de télécommunications de Bell Canada, d'une valeur supérieure à deux millions de dollars. Peu de temps après, les policiers ont vu un autre véhicule, appartenant effectivement à l'appelant et paraissant identique à celui qu'ils surveillaient, sortir d'un chemin situé dans un champ voisin d'où était venu le bruit. Le second véhicule a, par la suite, été localisé à la résidence de l'appelant.

Le 26 août 1987, la Police provinciale a aperçu l'appelant à bord de sa voiture dans un champ où il s'était arrêté dans l'espoir d'échapper à l'étroite surveillance policière. Les policiers ont alors procédé à une fouille sans mandat du véhicule et de la personne de l'appelant, mais en vain. Plus tard au cours de la soirée, la police a obtenu un mandat l'autorisant à fouiller le véhicule de l'appelant. En y passant l'aspirateur, on a découvert des fragments de métal fondu semblant provenir des hau-bans de la tour de télécommunications de Bell. Le

charged with mischief to property over \$1,000 with respect to the Bell tower.

The appellant brought a pre-trial motion for exclusion of the evidence relating to his whereabouts on August 15, 1987 on the ground that such evidence had been obtained in violation of his rights under s. 8 of the *Charter*. The trial judge granted the appellant's motion and refused to admit any of the evidence obtained directly or indirectly as a result of the use of the electronic tracking device. As a result, he acquitted the appellant. The Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Judicial History

District Court of Ontario, September 26, 1988

The trial judge, Smith Dist. Ct. J., made three separate rulings. The first concerned the issue of whether the installation and use of an electronic tracking device constitutes a "search" for the purposes of s. 8 of the *Charter*. He held that it does, rejecting the Crown's arguments that a person, by travelling upon a public highway, extends an open invitation to be observed, and that the tracking device in this case was generally used only to facilitate and assist visual surveillance. He stated:

There is then, from time to time at least, a reasonable expectation of privacy in the use made of one's private automobile and when that expectation of privacy is intruded upon by the police as it was here, then the police effectively made a search of that vehicle not only by installing the device, but by tracking it over the one month period between the time of its installation and the alleged commission of the offence by the accused.

The trial judge next considered the reasonableness of the search. In finding that the police had no reasonable and probable grounds for employing the monitoring device, the trial judge held that the police's suspicion of the appellant in relation to the homicides was never elevated to the point of their

13 novembre 1987, l'appelant était accusé de méfait à l'égard d'un bien de plus de 1 000\$, savoir la tour de Bell.

L'appelant a demandé, par requête préliminaire, que soit écartée la preuve relative à ses allées et venues le 15 août 1987, pour le motif que cette preuve avait été obtenue en violation des droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli la requête de l'appelant et a refusé d'utiliser les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement grâce au dispositif de surveillance électronique. En conséquence, il a acquitté l'appelant. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour de district de l'Ontario, 26 septembre 1988

Le juge du procès, le juge Smith de la Cour de district, s'est prononcé sur trois points différents. Dans un premier temps, il s'agissait de savoir si l'installation et l'utilisation d'un dispositif de surveillance électronique constituait une «fouille» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il a conclu par l'affirmative, rejetant les arguments du ministère public selon lesquels le fait qu'une personne circule sur la voie publique équivaut à une invitation manifeste à l'observation et que le dispositif de surveillance, en l'espèce, n'a servi généralement qu'à faciliter la surveillance visuelle. Il s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] La personne qui utilise sa propre automobile a, tout au moins à l'occasion, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée. Lorsque la police déjoue cette attente comme cela s'est produit en l'espèce, c'est que la police a effectivement fouillé le véhicule, non seulement en installant le dispositif mais aussi en le suivant à la trace pendant un mois entre le moment de l'installation et celui où l'accusé aurait perpétré l'infraction.

Le juge du procès a ensuite examiné le caractère raisonnable de la fouille. En statuant que la police n'avait aucun motif raisonnable et probable d'utiliser le dispositif de surveillance, le juge du procès a conclu que si la police soupçonnait l'appelant d'être relié aux homicides, ce soupçon ne s'était

having any reason to believe he was the killer. Rather, he held, the police proceeded on the basis of mere suspicion. The trial judge interpreted the police's motives in planting the tracking device in the appellant's car as an attempt "to keep track of his whereabouts and see if he was going to attempt any similar action". He held that the *Charter* prevents the police from invading a person's privacy to see if they are going to do something illegal.

The trial judge found the search represented by the installation and use of the monitoring device to be an on-going and continuous one. He disagreed with the Crown's contention that the device was used simply as an aid to visual surveillance. Rather, he held, it was used as a tracking device and constituted "an on-going search conducted by the police for which they had no reasonable and probable ground because they had nothing more than a suspicion of Wise as a criminal". For these reasons, he found the installation and use of the tracking device to be an unreasonable search and thus a violation of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*.

The trial judge then considered whether the evidence obtained through use of the monitoring device should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In finding that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, he emphasized the serious and on-going nature of the *Charter* violation. The unreasonable search, he observed, took place twenty-four hours a day for over a month prior to the commission of the alleged offence. He found the violation to be deliberate and planned, and not to have been committed in circumstances of urgency. He also observed that because the impugned evidence did not exist before the *Charter* violation, the accused had been compelled to produce evidence against himself.

In such circumstances, the trial judge concluded, admission of the evidence would bring the admin-

jamais transformé en raison de croire qu'il était l'assassin. Plus précisément, a-t-il conclu, c'est en se fondant sur ce simple soupçon que les policiers ont agi. Selon son interprétation, l'installation du dispositif de surveillance dans la voiture de l'appellant s'expliquait par la volonté de la police [TRADUCTION] «de surveiller ses allées et venues pour voir s'il allait tenter de commettre un acte similaire». Or la *Charte*, a-t-il statué, interdit à la police de s'immiscer dans la vie privée d'un particulier pour voir s'il s'apprête à commettre un acte illégal.

Le juge du procès a estimé que la fouille, constituée par l'installation et l'utilisation du dispositif de surveillance, avait été continue et ininterrompue. Il n'a pas souscrit à l'argument du ministère public voulant que le dispositif n'ait servi qu'à faciliter la surveillance visuelle. Il a plutôt conclu qu'il avait servi de dispositif de surveillance et constitué [TRADUCTION] «une fouille continue que les policiers ont effectuée sans motif raisonnable et probable puisqu'ils ne faisaient que soupçonner que Wise était l'auteur d'un crime». Pour ces motifs, il a conclu que l'installation et l'utilisation du dispositif de surveillance constituaient une fouille abusive et, ainsi, une violation des droits que garantit à l'appelant l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge du procès s'est enfin demandé s'il y avait lieu d'écartier, en application du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus grâce au dispositif de surveillance. En concluant que l'utilisation de ces éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il a souligné la gravité et le caractère continu de la violation de la *Charte*. La fouille abusive, a-t-il fait remarquer, a duré vingt-quatre heures par jour pendant plus d'un mois avant la perpétration de l'infraction reprochée. Il a estimé que la violation avait été prémeditée et qu'elle n'avait pas eu lieu dans une situation d'urgence. Il a également fait remarquer que, puisque les éléments de preuve contestés n'existaient pas avant la violation de la *Charte*, l'accusé avait été contraint de créer une preuve contre lui-même.

En pareilles circonstances, de conclure le juge du procès, l'utilisation de la preuve recueillie serait

istration of justice into disrepute since it would deprive the accused of a fair trial and would constitute judicial condonation of unacceptable police conduct. In reaching this conclusion, the trial judge emphasized that the relevant standard is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, in a community where the current mood is reasonable. Such a person, he found, would hold the administration of justice in disrepute if the impugned evidence were admitted.

susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, car elle priverait l'accusé d'un procès équitable et reviendrait à absoudre judiciairement une conduite policière inacceptable. En tirant cette conclusion, il a souligné que le critère applicable est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances, dans une société où l'humeur courante est raisonnable. Or cette personne, a-t-il jugé, estimerait que l'administration de la justice serait déconsidérée si les éléments de preuve contestés étaient utilisés.

Accordingly, the trial judge held that all evidence obtained directly or indirectly as a result of the use of the electronic tracking device was to be excluded. As a result, he acquitted the appellant.

c En conséquence, le juge du procès a conclu que tous les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement grâce au dispositif de surveillance électronique devaient être écartés. Aussi a-t-il acquitté l'appelant.

Ontario Court of Appeal (1990), 49 C.R.R. 163

On appeal, the Crown conceded that the installation of the electronic monitoring device constituted a breach of the appellant's s. 8 right. Given this concession, the Court of Appeal confined its reasons to the s. 24(2) issue. In considering the test of admissibility as set out by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the Court of Appeal stated, at pp. 165-66:

d En appel, le ministère public a reconnu que l'installation du dispositif de surveillance électronique constituait une atteinte au droit que l'art. 8 garantit à l'appelant. Vu cette reconnaissance, la Cour d'appel s'est restreinte dans ses motifs à la question du par. 24(2). Examinant le critère d'admissibilité énoncé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la Cour d'appel a dit, aux pp. 165 et 166:

The evidence obtained may or may not be conclusive but there is no question that without it there is no case against the accused. We believe that while the action of the police was deliberate, they proceeded in good faith having found other investigatory techniques unproductive. The populace in the area was understandably very concerned about the rash of murders committed and it was reasonable both for the investigation and the prevention of crime to track the movements of the respondent in his car. The device proved necessary to maintain contact with that car. We do not find the evidence obtained to be conscriptive of the accused as referred to in the *Collins* case. Everything he did, everywhere he went, was of his own volition. Also, the evidence obtained must be classified as real, which as stated in *Collins* is an important factor leading to admissibility.

e [TRADUCTION] Que les éléments de preuve obtenus soient concluants ou non, il ne fait aucun doute que sans eux, aucune charge ne peut être retenue contre l'accusé. Nous croyons que si les policiers ont agi délibérément, ils l'ont fait de bonne foi après avoir constaté l'inefficacité d'autres méthodes d'enquête. La vive inquiétude qu'éprouvait la population devant la vague de meurtres qui sévissait dans la région était compréhensible et il était raisonnable, tant à des fins d'enquête que de prévention de la criminalité, de suivre les déplacements de l'intimé dans sa voiture. Le dispositif s'est avéré nécessaire pour garder le contact avec cette voiture. À notre avis, les éléments de preuve recueillis n'ont pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même au sens où on l'entend dans l'arrêt *Collins*. Tout ce qu'il a fait, c'est de son propre gré et il est allé là où il le voulait. De plus, la preuve obtenue doit être considérée comme matérielle, ce qui, suivant l'arrêt *Collins*, est un important facteur d'admissibilité.

For these reasons, the court refused to find that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, it allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Notice of appeal to this Court was then filed on behalf of the appellant.

Analysis

Application of s. 8 to the Installation

I should at the outset note that the Crown has conceded that the installation of the tracking device in the appellant's car in the circumstances of this case constituted a violation of s. 8. In my view, the Crown was right in making this concession. The violation resulted from a combination of facts: the device was installed in the interior of the car; minor damage (the displacement of some of the foam in the seat cushion) was caused; and the installation was not performed pursuant to a search warrant. This installation constituted an unlawful trespass. In engaging in this activity, the police were carrying on an unreasonable search. The information obtained was a product of the illegal search; it came into the state's possession by the exploitation of its wrong.

All of this is fully supported by the recent decision of this Court in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3. There police officers in the course of a narcotics investigation conducted a perimeter search of a house without warrant and by observing, listening and smelling were able to surmise what was going on in the house. The Court unanimously held that the police had no right to trespass on the land adjoining the house and that they were engaged in an unreasonable search. A majority rejected evidence flowing from this search under s. 24(2) of the *Charter*. The case, of course, dealt with the home, the principal bulwark against the invasion of an individual's privacy, but other locations closely related to one's life or affairs are also protected under s. 8; see, for example, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36. While I am prepared to acknowledge

Pour ces motifs, la cour a refusé de conclure que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, elle a accueilli l'appel, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

Un avis de pourvoi devant notre Cour a, par la suite, été produit au nom de l'appellant.

b Analyse

Application de l'art. 8 à l'installation

Soulignons d'abord que le ministère public a reconnu que l'installation du dispositif de surveillance dans la voiture de l'appelant constituait, dans les circonstances de l'espèce, une violation de l'art. 8. À mon avis, c'est à juste titre que le ministère public a reconnu cela. La violation résultait d'une combinaison de faits: le dispositif a été installé à l'intérieur de la voiture, de légers dommages ont été causés (déplacement du caoutchouc mousse dans le coussin du siège) et l'installation a été faite sans mandat de perquisition. Cette installation constituait une intrusion illégale. En agissant ainsi, la police a effectué une fouille abusive. Les renseignements obtenus étant le produit de cette fouille illégale, c'est grâce à son acte illégitime que l'État en a pris possession.

Toutes ces considérations sont amplement étayées par le récent arrêt de notre Cour, *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3. Dans cette affaire, des policiers avaient effectué sans mandat, dans le cadre d'une enquête en matière de stupéfiants, une perquisition périphérique d'une résidence et, grâce à ce qu'ils y avaient observé, entendu et senti, ils avaient pu deviner ce qui se passait dans la maison. La Cour a conclu, à l'unanimité, que la police n'avait pas le droit de pénétrer sur le terrain entourant la résidence et qu'il y avait eu perquisition abusive. La majorité des juges ont rejeté, en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus grâce à cette perquisition. Il est vrai que cet arrêt visait le domicile qui est le principal rempart contre l'atteinte à la vie privée, mais d'autres lieux étroitement liés à la vie ou aux affaires d'un particulier jouissent également de la protection de l'art. 8; voir, par exemple, les arrêts

that, as compared to the home, the individual has a diminished expectation of privacy in respect of his or her automobile, nonetheless an automobile is so central to one's daily life that the interior of the vehicle immediately jumps to mind as being an area meriting protection against state intrusion; see in this context *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974), at p. 591. In the present case, there were no exigent circumstances, and the activities of the police were not authorized. The search warrant had expired and, for that matter, it did not authorize that kind of search.

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36. Même si je suis disposé à reconnaître que l'attente en matière de respect de la vie privée qu'on a lorsqu'on est à l'intérieur d'une voiture est moindre que celle qu'on a lorsqu'on est dans son domicile, il n'en reste pas moins que l'automobile occupe une place si importante dans notre vie quotidienne qu'on est immédiatement porté à considérer que l'intérieur du véhicule mérite d'être protégé contre l'intrusion de l'État; voir, dans ce contexte, l'arrêt *Cardwell c. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974), à la p. 591. En l'espèce, les circonstances n'avaient rien d'urgent et la police a agi sans autorisation. Le mandat était expiré et, de toute façon, il n'autorisait pas ce type de fouille.

d Application de l'art. 8 à la surveillance

Given its concession that the manner in which the tracking device was installed constituted an unreasonable search, the Crown argued that it becomes unnecessary to consider the extent to which the use of electronic tracking devices generally violates s. 8, and that the Court should not address the issue. I do not agree. The use of these types of tracking devices on automobiles poses important questions that will ultimately have to be resolved in some form by Parliament, and it would, I think, be helpful if this Court could provide some indication of the constitutionality of the use of electronic tracking devices. This is particularly important given the absence of any applicable legislation. Besides, the Crown's concession masks the fact that two different methods of invading privacy are involved, the trespass to the interior of the appellant's car and the electronic surveillance of his movements, both of which may have implications for the assessment of whether the evidence obtained should be rejected under s. 24(2); for a comparable situation, see *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at pp. 1150-52 and at pp. 1182-83. I would also note that this was the manner in which the appellant's case was

Ayant reconnu que la façon dont le dispositif de surveillance avait été installé constituait une fouille abusive, le ministère public a fait valoir qu'il n'était pas nécessaire de considérer dans quelle mesure l'utilisation de dispositifs de surveillance électronique viole généralement l'art. 8 et qu'il n'y avait donc pas lieu que la Cour examine cette question. Je ne suis pas de cet avis. L'utilisation de ce genre de dispositifs de surveillance installés dans des automobiles soulève d'importantes questions auxquelles le Parlement devra un jour apporter des solutions et je crois qu'il serait utile que notre Cour fournisse certaines indications sur la constitutionnalité de l'utilisation de dispositifs de surveillance électronique. Cela est d'autant plus important en l'absence de tout texte législatif applicable. De plus, la reconnaissance par le ministère public masque le fait que deux méthodes différentes d'atteinte à la vie privée sont en cause, soit l'intrusion dans la voiture de l'appelant et la surveillance électronique de ses déplacements, toutes deux étant susceptibles d'avoir des répercussions sur la question de savoir si les éléments de preuve obtenus devraient être écartés en vertu du par. 24(2); pour une situation comparable, voir *R. c. Thomson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, aux pp. 1150 à 1152 de même que 1182 et 1183. Je remarque également que c'est ainsi qu'ont été présentés les arguments de l'appelant et que la question a été

framed, and the issue has been fully addressed by both parties. I turn then to that issue.

I think it is clear, given this Court's holdings in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *Wong, supra*, that the use of an electronic tracking device is a search within the meaning of the *Charter*. In *Wong*, the majority stated, at pp. 43-44, that it would be superfluous to undertake a lengthy analysis into whether surreptitious video surveillance by the state constitutes a search and seizure under s. 8, and added:

In Duarte, this Court held that unauthorized electronic audio surveillance violates s. 8 of the Charter. It would be wrong to limit the implications of that decision to that particular technology. Rather what the Court said in Duarte must be held to embrace all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which technology places at the disposal of law enforcement authorities in the future. [Emphasis added in third sentence.]

That reasoning applies here. It is true that, unlike the audio and video surveillance methods employed in *Duarte* and *Wong*, the tracking device reveals only the whereabouts of an individual, and does not extend to the interception and recording of private communications. It would be surprising, however, if the ambit of the *Charter's* protection did not extend to this area. An individual has a reasonable expectation of privacy not only in the communications he makes, but in his movements as well. Indeed, this proposition was clearly enunciated in *Wong, supra*, at p. 47, in the following passage:

George Orwell in his classic dystopian novel *1984* paints a grim picture of a society whose citizens had every reason to expect that their every movement was subject to electronic video surveillance. The contrast with the expectations of privacy in a free society such as our own could not be more striking. [Emphasis added.]

pleinement débattue par les deux parties. Abordons maintenant cette question.

J'estime qu'il est manifeste, compte tenu des arrêts de notre Cour *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *Wong*, précité, que l'utilisation d'un dispositif de surveillance électronique constitue une fouille ou perquisition au sens de la *Charte*. Dans l'arrêt *Wong*, la Cour à la majorité affirme, aux pp. 43 et 44, qu'il serait superflu d'entreprendre une analyse détaillée de la question de savoir si une surveillance magnétoscopique exercée subrepticement par l'État constitue une perquisition, une fouille et une saisie au sens de l'art. 8. Elle ajoute:

*Dans l'arrêt *Duarte*, cette Cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi.* [Je souligne la troisième phrase.]

Le même raisonnement s'applique ici. Certes, à la différence des méthodes de surveillance audio et magnétoscopique employées dans les arrêts *Duarte* et *Wong*, le dispositif de surveillance ne révèle que les allées et venues d'une personne et ne permet pas d'intercepter et d'enregistrer des communications privées. Toutefois, il serait étonnant que ce domaine échappe à la protection de la *Charte*. Chacun s'attend raisonnablement au respect de sa vie privée, non seulement dans ses communications, mais aussi dans ses déplacements. Ce principe est d'ailleurs clairement énoncé dans le passage suivant tiré de la p. 47 de l'arrêt *Wong*, précité:

*Dans son roman futuriste classique *1984*, George Orwell dresse le portrait sinistre d'une société dont les citoyens ont toutes les raisons de croire que chacun de leurs mouvements est assujetti à la surveillance magnétoscopique électronique. On ne pourrait trouver contraste plus frappant avec nos attentes en matière de vie privée dans une société libre comme la nôtre.* [Je souligne.]

The underlying rationale for this approach has been well stated by Professor Melvin Guterman in his article "A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance" (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647, in the following passage, at p. 706:

In a variety of public contexts, we may expect to be casually observed, but may justifiably be outraged by intensive scrutiny. In these public acts we do not expect to be personally identified and subject to extensive surveillance, but seek to merge into the "situational landscape." The ability to move about freely without constant supervision by the government is an important source of individual liberty that must be addressed. A fear of systematic observation, even in public places, destroys this sense of freedom. Justice Douglas recognized the importance of this privacy value in a democratic society, commenting that free movement is as dangerous to a tyrant as free expression of ideas or the right of assembly and is, therefore, controlled in most countries.

I must confess to finding it absolutely outrageous that in a free society the police or other agents of the state should have it within their power, at their sole discretion and on the basis of mere suspicion, to attach a beeper on a person's car that permits them to follow his or her movements night and day for extended periods.

As I noted in *Duarte, supra*, at p. 44, I realize the necessity of police surveillance when they suspect someone, and I also realize that it is vital for them to have access, where reasonable, to electronic devices in the performance of their difficult task of enforcing the law and detecting crime. However, the Court is not faced with the unpalatable choice of prohibiting the use of beepers altogether but simply of imposing judicial control. What I quarrel with is that the police or other agents of the state should have the power to use electronic equipment permitting them, at their whim, to know where any particular individual may be at any time without the authorization of the judiciary or some other independent third party.

Cette conception repose sur un raisonnement qu'a fort bien exposé le professeur Melvin Guterman dans son article «A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance» (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647. Il dit, à la p. 706:

[TRADUCTION] S'il est normal, dans divers contextes publics, d'être observé fortuitement, nous aurions par contre toutes les raisons d'être choqués par des regards insistants. Dans ces activités publiques, nous ne nous attendons pas à être identifiés personnellement et soumis à une surveillance intensive, mais nous cherchons plutôt à passer inaperçus. La capacité de se déplacer librement, sans la supervision constante de l'État, est une importante source de liberté individuelle dont il faut tenir compte. Or, la crainte d'être systématiquement observé, même dans les endroits publics, détruit ce sentiment de liberté. Le juge Douglas a reconnu l'importance de cette valeur relative à la protection de la vie privée dans une société démocratique: la liberté de mouvement, a-t-il dit, est aussi dangereuse pour un tyran que la liberté d'exprimer des idées ou le droit de se réunir, et c'est pourquoi elle est contrôlée dans la majorité des pays.

Je dois avouer que je trouve tout à fait révoltant que, dans une société libre, les policiers ou d'autres agents de l'État puissent, à leur entière discrétion et sur la foi d'un simple soupçon, installer une balise dans la voiture d'une personne pour en suivre les mouvements jour et nuit pendant des périodes prolongées.

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Duarte*, précité, à la p. 44, je suis conscient de la nécessité que les policiers surveillent les gens qu'ils soupçonnent. Je me rends compte également qu'il est vital que les policiers aient accès, lorsque cela est raisonnable, à des dispositifs électroniques dans l'exécution de leur lourde tâche qui représentent l'application de la loi et la découverte du crime. Cependant, la Cour est confrontée non pas à l'obligation désagréable d'avoir à interdire complètement l'utilisation de balises, mais simplement à celle d'imposer un contrôle judiciaire. Ce que je n'accepte pas, c'est que les policiers ou autres agents de l'État aient le pouvoir de recourir à du matériel électronique leur permettant, à leur gré et sans l'autorisa-

This Court first asserted this position in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, and has consistently reasserted it since, in particular in relation to devices for electronic surveillance; see *Duarte* and *Wong*. The Court thus stated the rationale for this position in *Duarte*, at p. 44:

tion d'un juge ou d'une tierce partie indépendante, de savoir en tout temps où se trouve une personne. Notre Cour a, pour la première fois, exposé sa position à cet égard dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, et l'a réaffirmée depuis à maintes reprises, notamment en ce qui a trait aux dispositifs de surveillance électronique; voir les arrêts *Duarte* et *Wong*. Dans l'arrêt *Duarte*, la Cour justifie ainsi sa position, à la p. 44:

The reason for this protection is the realization that if the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of our private communications, there would be no meaningful residuum to our right to live our lives free from surveillance. The very efficacy of electronic surveillance is such that it has the potential, if left unregulated, to annihilate any expectation that our communications will remain private.

This equally applies to monitoring our every movement. The fact that in a particular case the police may be able *ex post facto* to justify their action is of no moment. The problem is that society would have no way of knowing how many situations are not justifiable. To control the police, and more generally state power, in this context, prior independent third party scrutiny is required, though as Dickson J. observed in *Hunter v. Southam Inc.*, this need not necessarily be done by a member of the judiciary.

I am fully aware that, in the absence of laws, such as exist in the *Criminal Code* respecting audio surveillance, the police may be deprived of the use of these modern methods of crime detection. But it is not the task of the Court to devise means to assist the police to make use of these electronic media. This too is made clear in *Wong*, where at p. 57, it is stated:

This is wholly consistent with my earlier observations in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 187, and *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 891, as to what I perceive to be the respective roles of the courts and Parliament when *Charter* rights and freedoms are at issue. As I stated there, it does not sit well for the courts, as the protectors of our fundamental rights, to widen the

Cette protection s'explique par la conscience du fait que, si l'État était libre de faire, à son entière discréption, des enregistrements électroniques permanents de nos communications privées, il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance. La surveillance électronique est à ce point efficace qu'elle rend possible, en l'absence de réglementation, l'anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées.

Ceci s'applique également à la surveillance de nos moindres mouvements. Le fait que, dans un cas particulier, la police puisse justifier ses actes après coup n'a aucune importance. Le problème, c'est que la société n'aurait aucun moyen de savoir combien de situations ne sont pas justifiables. Pour contrôler la police, et plus généralement le pouvoir étatique, dans ce contexte, il doit y avoir examen préalable par une tierce partie indépendante, bien qu'il ne soit pas indispensable, comme l'a souligné le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, que ce soit un membre du pouvoir judiciaire qui l'effectue.

g Je suis parfaitement conscient qu'en l'absence de dispositions législatives, comme celles que renferme le *Code criminel* en matière de surveillance audio, la police pourrait être empêchée de recourir à ces méthodes modernes de découverte du crime. Mais il n'appartient pas à la Cour de concevoir des moyens d'aider la police à recourir à ces dispositifs électroniques. Ce point a également été précisé dans l'arrêt *Wong*, où l'on dit, à la p. 57:

i Ces propos sont tout à fait conformes à mes motifs antérieurs dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 187 et dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 891, quant aux rôles respectifs des tribunaux et du législateur lorsqu'il s'agit de droits et de libertés protégés par la *Charte*. Comme je l'ai affirmé dans ces arrêts, il n'est pas du ressort des tribunaux, à titre de

possibility of encroachments on these personal liberties. It falls to Parliament to make incursions on fundamental rights if it is of the view that they are needed for the protection of the public in a properly balanced system of criminal justice.

a protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles. Il appartient au législateur de porter atteinte aux droits fondamentaux s'il estime que cela est nécessaire pour la protection du public dans un système pénal bien équilibré.

The Court was there speaking of video surveillance, but the same principle applies to the present case. Later, on p. 57, it added:

It is for Parliament, and Parliament alone, to set out the conditions under which law enforcement agencies may employ video surveillance technology in their fight against crime. Moreover, the same holds true for any other technology which the progress of science places at the disposal of the state in the years to come. Until such time as Parliament, in its wisdom, specifically provides for a code of conduct for a particular invasive technology, the courts should forebear from crafting procedures authorizing the deployment of the technology in question.

See also *R. v. Kokesch, supra*, at p. 28.

I should note at this point that I am not impressed by the fact that the beeper in this case was a rather unsophisticated device. As we saw, the police with admirable ingenuity were able to track the location of the appellant at all times. But quite apart from this, in this era of explosive technology, can it be long before a device is developed that will be able to track our every movement for indefinite periods even without visual surveillance? We owe our statutory protection against wiretapping to the fact that the courts of the United States, from which our provisions largely derive, had the wisdom to strike down that form of electronic surveillance at an early stage of its development. This is the time to begin regulating the use of electronic tracking devices while they are still in their infancy and before the law enforcement authorities begin routinely using them as part of their work habits.

b La Cour parlait alors de surveillance magnétoscopique, mais le même principe s'applique en l'espèce. Elle ajoute, plus loin, à la p. 57:

c C'est au législateur et à lui seul qu'il revient d'établir les conditions dans lesquelles les organismes d'application de la loi peuvent avoir recours à la technologie de surveillance magnétoscopique pour combattre la criminalité. Il en est de même pour toute nouvelle technologie que les progrès de la science mettront à la disposition de l'État dans les années à venir. Tant que le législateur n'aura pas, dans sa sagesse, prévu expressément un code régissant une technologie attentatoire particulière, les tribunaux devraient s'abstenir d'élaborer des procédures autorisant l'utilisation de cette technologie.

d Voir également l'arrêt *R. c. Kokesch*, précité, à la p. 28.

e Je dois dire à ce stade que j'attache peu d'importance au fait que la balise installée dans la présente affaire soit un dispositif plutôt rudimentaire. Comme nous l'avons vu, les policiers ont pu, grâce à leur remarquable ingéniosité, repérer en tout temps l'endroit où se trouvait l'appelant. Mais, cela mis à part, combien de temps encore faudra-t-il, en cette ère d'explosion technologique, avant qu'on ne mette au point un dispositif capable de suivre à la trace chacun de nos mouvements pendant des périodes indéterminées, et ce, même sans surveillance visuelle? La protection que la loi nous accorde contre l'écoute électronique, nous la devons au fait que les tribunaux des États-Unis, dont s'inspirent largement nos dispositions, ont eu la sagesse d'interdire cette forme de surveillance électronique dès les premiers stades de son développement. Il est donc temps de commencer à réglementer l'utilisation des dispositifs de surveillance électronique au moment où ils n'en sont qu'à leurs débuts et avant que les autorités chargées d'appliquer la loi ne commencent à les utiliser couramment.

The Issue of Public Roads

Perhaps the most interesting argument presented in this appeal is the Crown's contention that the appellant did not have a reasonable expectation of privacy that was violated in this case because the tracking device was only used to locate his whereabouts on public roads. Before going on, I should perhaps observe that this case is not, of course, one where the police are engaged in monitoring the roads or other public place by electronic means or otherwise in the course of regulating or observing what goes on there. What we are dealing with, we saw, is an effort to track the movements of an individual through a device attached to his car, an entirely different matter.

The Crown thus put forth its position on this aspect of the case in its factum:

There is no evidence that the Appellant's vehicle was ever tracked, by means of the beeper, onto private property invisible from the street or onto property where the Appellant was not a trespasser. Furthermore, no permanent electronic recording was made of either the words or activities of the Appellant. It is respectfully submitted that when the Appellant travelled over the public streets he voluntarily conveyed to anyone who wanted to look, the fact that he was travelling over particular roads in a particular direction, and the fact of his final destination when he exited from public roads onto private property.
[Emphasis added.]

The Crown supports this position by reference to the decision of the Supreme Court of the United States in *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983). The *Knotts* case concerned a charge of conspiracy to manufacture controlled substances. Visual surveillance had revealed where the suspects obtained chemicals required to manufacture these substances. An electronic tracking device, similar to the one in the instant case, was placed inside a five gallon drum of chloroform that was eventually purchased by an associate of the accused. The tracking device was used to track the movements of the drum which a co-accused transported in his car to its ultimate location near a

La question de la voie publique

L'argument sans doute le plus intéressant qu'on ait avancé dans ce pourvoi est la prétention du ministère public qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation d'une attente raisonnable de l'appelant quant au respect de sa vie privée puisque le dispositif de surveillance n'a servi qu'à suivre ses allées et venues sur la voie publique. Avant d'aller plus loin, il convient peut-être de rappeler qu'il ne s'agit évidemment pas d'un cas où des policiers surveillent des routes ou d'autres endroits publics, au moyen d'appareils électroniques ou autres, à des fins de réglementation ou d'observation. Comme nous l'avons vu, il est question ici d'une tentative de suivre les déplacements d'une personne grâce à un dispositif installé dans sa voiture, ce qui est complètement différent.

Le ministère public a formulé ainsi dans son mémoire sa position sur cet aspect du pourvoi:

[TRADUCTION] Il n'y a aucune preuve que le véhicule de l'appelant a fait l'objet, grâce à la balise, d'une surveillance dans une propriété privée invisible de la rue ou dans une propriété où il n'était pas un intrus. De plus, aucun enregistrement électronique permanent n'a été fait des propos ou des activités de l'appelant. On soutient, en toute déférence, qu'en circulant sur la voie publique, l'appelant faisait volontairement comprendre à quiconque se donnait la peine de regarder qu'il circulait sur une route particulière dans une direction particulière, et qu'il indiquait sa destination finale lorsqu'il laissait la voie publique pour pénétrer dans une propriété privée.
[Je souligne.]

Le ministère public s'appuie à cet égard sur larrêt de la Cour suprême des États-Unis, *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983). L'affaire *Knotts* concernait une accusation de complot en vue de fabriquer des substances contrôlées. Une surveillance visuelle avait permis de repérer l'endroit où les suspects se procuraient les produits chimiques nécessaires à la fabrication de ces substances. Un dispositif de surveillance électronique, semblable à celui utilisé en l'espèce, avait été placé à l'intérieur d'un contenant de cinq gallons de chloroforme qu'avait finalement acheté un associé de l'accusé. Ce dispositif de surveillance avait permis de suivre le contenant qu'un coaccusé

cabin in the woods. The police apparently did not rely upon the device from that point on, but set up a three-day visual surveillance of the cabin that ultimately led to the accused's arrest. The court held that using an electronic device to trace an individual's movements on a public road and to his ultimate destination did not violate the Fourth Amendment.

avait transporté dans sa voiture jusqu'au dernier endroit où il avait été localisé, près d'une cabane dans les bois. À compter de ce moment, la police avait apparemment cessé de se fier au dispositif et avait exercé, pendant trois jours, une surveillance visuelle de la cabane qui avait finalement abouti à l'arrestation de l'accusé. La cour a jugé que l'utilisation d'un dispositif électronique pour suivre les déplacements d'un individu entre le moment où il emprunte la voie publique et sa destination ultime ne violait pas le Quatrième amendement.

The surveillance in that case was far more limited than in the present case. It consisted simply of following a co-accused on public highways while he was in possession of a specific article, the drum, in respect of which they had reason to suspect an offence was about to be committed. It invaded less than the present case on the personal freedom of the individual. Here the beeper was installed in the appellant's personal automobile and his every move was thereby monitored at all times for months, whatever activity he might be engaging in. Even in *Knotts*, at pp. 283-84, the court left to a later day the situation where the result would be "twenty-four hour surveillance of any citizen . . . without judicial knowledge or supervision". Nonetheless, the court did take the view that there is no expectation of privacy when one ventures onto a public street. At pages 281-82, it stated:

La surveillance en cause dans cette affaire était beaucoup plus limitée que dans le présent cas. Elle consistait uniquement à suivre un coaccusé sur la voie publique au moment où il était en possession d'un article précis, soit le contenant, à l'égard duquel les policiers avaient des raisons de soupçonner qu'une infraction était sur le point d'être commise. L'atteinte à la liberté personnelle de l'individu y était moindre qu'en l'espèce. Ici, la balise a été installée dans l'automobile personnelle de l'appelant, permettant ainsi de surveiller en tout temps, pendant des mois, ses moindres déplacements, peu importe l'activité à laquelle il pouvait se livrer. Même dans l'arrêt *Knotts*, la cour, aux pp. 283 et 284, a remis à plus tard l'examen de la situation qui aboutirait à [TRADUCTION] «la surveillance vingt-quatre heures par jour d'un citoyen [...] à l'insu du pouvoir judiciaire ou sans sa supervision». La cour s'est néanmoins dite d'avis qu'il n'y a pas d'attente en matière de respect de la vie privée chez celui qui s'engage sur la voie publique. Voici ce qu'elle affirme, aux pp. 281 et 282:

A person traveling in an automobile on public thoroughfares has no reasonable expectation of privacy in his movements from one place to another. When Petschen traveled over the public streets he voluntarily conveyed to anyone who wanted to look the fact that he was traveling over particular roads in a particular direction, the fact of whatever stops he made, and the fact of his final destination when he exited from public roads onto private property.

h

[TRADUCTION] La personne qui circule en automobile sur la voie publique n'a aucune attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée au cours de ses déplacements d'un endroit à l'autre. Lorsque Petschen a emprunté la voie publique, il a volontairement fait comprendre à quiconque se donnait la peine de regarder le fait qu'il circulait sur une route particulière dans une direction particulière, qu'il faisait des arrêts, et il indiquait sa destination finale lorsqu'il laissait la voie publique pour pénétrer dans une propriété privée.

While the views of that court are undoubtedly entitled to great respect, I make no apology for taking a more rigorous approach to the right of the state to interfere with the citizen's freedom of movement, and as I see it the path proposed by the *Knotts* decision is wholly inconsistent with the principles enunciated in previous pronouncements of this Court. In both *Duarte* and *Wong*, it was made clear that the Court rejected the "risk analysis" approach, i.e., the argument that the risk that an agent of the state will electronically record one's words or actions is but a variant of the risk of having that person disclose the words or actions to another. I have no doubt that the police, like other people, may observe our comings and goings when we place ourselves in open view, and I would also think that they may enhance their visual observations by the use of such instruments as binoculars. This type of observation does not pose grave or overriding threats to individual privacy. But *Duarte* and *Wong* both underlined the potential of uncontrolled electronic surveillance to annihilate privacy, and its consequent danger to individual autonomy and the organization of a free society. They emphasized that these sorts of threats to privacy "are of a different order of magnitude" and "involve different risks to the individual and the body politic"; see *Duarte*, at p. 48. The crucial point is that there is a qualitative difference between the risk one takes that one's movements in a car will be observed by others, including the authorities, and the risk that one's vehicle will be monitored by a device that will follow its every movement. This is the proposition that lies at the heart of the *Wong* decision. It is as if one had an agent of the state in the car constantly reporting one's location. The question that must be asked is "whether, by the standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic society, the agents of the state were bound to conform to the requirements of the *Charter* when effecting the intrusion in question"; see *Wong*, at pp. 45-46.

Bien que les opinions de cette cour aient assurément droit à notre plus grand respect, je n'hésite pas à adopter une conception plus rigoureuse du droit de l'État de porter atteinte à la liberté de mouvement du citoyen et, d'après mon analyse, la voie proposée par l'arrêt *Knotts* est tout à fait incompatible avec les principes énoncés dans des décisions antérieures de notre Cour. Tant dans l'arrêt *Duarte* que dans l'arrêt *Wong*, la Cour a clairement rejeté la méthode de «l'analyse fondée sur le risque», c'est-à-dire l'argument selon lequel le risque qu'un agent de l'État enregistre électroniquement les propos ou les actes d'une personne n'est qu'une variante du risque que cette personne divulgue ces propos ou ces actes à autrui. Je n'ai aucun doute que les policiers ont le droit, comme tous les autres gens, d'observer nos allées et venues lorsque nous sortons en public, et je crois également qu'ils peuvent améliorer la qualité de leurs observations visuelles en se servant d'instruments comme des jumelles. Ce type d'observation ne constitue pas une menace grave ou fondamentale pour la vie privée de l'individu. Mais les arrêts *Duarte* et *Wong* soulignent tous deux la possibilité que la surveillance électronique incontrôlée entraîne la suppression de toute vie privée ainsi que le danger que, par voie de conséquence, elle fait peser sur l'autonomie individuelle et l'organisation d'une société libre. Ces deux arrêts font ressortir que des menaces de ce genre pour la vie privée «ne sont pas du même ordre de grandeur» et «présentent pour les individus et la société des dangers différents»; voir *Duarte*, à la p. 48. Le point crucial est qu'il existe en effet une différence qualitative entre le risque que nos déplacements dans une voiture soient observés par autrui, y compris les autorités, et le risque que notre véhicule fasse l'objet d'une surveillance à l'aide d'un dispositif qui permettra d'en suivre les moindres déplacements. Cette proposition est au cœur de l'arrêt *Wong*. C'est comme si on avait, à bord de l'auto, un agent de l'État qui signalerait constamment l'emplacement de la voiture. La question que l'on doit se poser est donc de savoir «si, en vertu des normes applicables au respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, les agents de l'État devaient se conformer aux exigences de la *Charte* au moment de

I think that in this case that question must be answered in the affirmative.

The decisions in *Wong* and *Duarte* are predicated on the notion that there exists a crucial distinction between exposing ourselves to the risk that others will see us or overhear our words, and the much more pernicious risk that they will be electronically monitored at the sole discretion of the state. Transposing to the technology in question here, it must follow that there is an important difference between courting the risk that our activities may be observed by other persons and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will track our every move. In both instances, it is constitutionally unacceptable that the state should be allowed to rest a justification for the unauthorized electronic surveillance of a given person on the mere fact that that person had been in a situation where he could be the object of scrutiny on the part of private individuals. To sanction state intrusions on this basis is to blind oneself to the fact that the threat to privacy inherent in courting the ordinary observations of other members of society pales by comparison with the threat to privacy posed by allowing the state to electronically monitor our every movement. Section 8 of the *Charter* exists to protect privacy and not solitude.

As I view the matter, the answer to the question whether a person whose movements were surreptitiously tracked had a reasonable expectation of privacy in given circumstances must not be made to depend on the degree to which that person took measures to shield his or her activities from the scrutiny of other persons. Were that to be the case, the consequences in the crowded conditions of modern life would be unacceptable. We would effectively be shorn of our right to be secure against electronic surveillance the moment we left our dwellings, for a moment's reflection will confirm that as we go about our daily business many,

commettre l'intrusion en cause»; voir *Wong*, aux pp. 45 et 46. J'estime qu'en l'espèce il faut répondre par l'affirmative.

^a Les arrêts *Wong* et *Duarte* sont fondés sur la notion selon laquelle il existe une distinction cruciale entre le fait de s'exposer au risque que d'autres personnes découvrent notre présence ou surprennent notre conversation et celui de s'exposer au risque beaucoup plus pernicieux que cette présence ou ces propos soient enregistrés électroniquement à la seule discréction de l'État. Si l'on transpose cette notion pour l'appliquer à la technologie en cause en l'espèce, il s'ensuit nécessairement qu'il existe une différence importante entre prendre le risque que nos activités soient observées par d'autres personnes et le risque que des agents de l'État, sans autorisation préalable, surveillent nos moindres déplacements. Dans les deux cas, il est constitutionnellement inadmissible de permettre à l'État de justifier la surveillance électronique non autorisée d'une personne donnée en invoquant simplement le fait que cette personne se trouvait dans une situation où elle pouvait être observée par d'autres citoyens. Sanctionner les intrusions de l'État pour ce motif, c'est refuser de voir que la menace pour la vie privée inhérente à la vie en société, dans laquelle nous sommes soumis à l'observation normale d'autrui, n'est rien en comparaison avec la menace que représente pour la vie privée le fait de permettre à l'État de surveiller électroniquement nos moindres déplacements.
^b L'article 8 de la *Charte* vise à protéger la vie privée et non la solitude.

^c À mon sens, la réponse à la question de savoir si la personne dont les déplacements ont été surveillés clandestinement avait, dans des circonstances données, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée ne doit pas dépendre de la mesure dans laquelle cette personne a pris des mesures pour soustraire ses activités à la vue d'autrui. Si tel devait être le cas, les conséquences dans la cohue de la vie moderne seraient inacceptables. Nous serions effectivement dépouillés de notre droit à la protection contre la surveillance électronique dès lors que nous quittons notre demeure, puisqu'il suffit de réfléchir un instant pour se ren-

if not the majority, of our activities are inevitably carried out in the plain view of other persons. The prospect that the agents of the state should be free, on account of this fact alone, to make it their business to electronically track all our comings and goings is simply an unthinkable prospect in a free and open society such as ours.

Professor Guttermann has aptly summarized the position in the article cited, *supra*, at pp. 706-7:

Privacy includes control over disclosure of our movements, or else it compels us to live the life of a hermit. Living in society, of necessity, requires the revealing of private information for select purposes without sacrificing the privacy of our daily activities. To limit this freedom a stronger justification than a mechanical incantation of "public exposure" is required. The Court must be reminded of the powerfully eloquent dissent of Justice Brennan that electronic aids add a whole new dimension to surveillance; "[t]hey make it more penetrating, more indiscriminate, more truly obnoxious to a free society. Electronic surveillance, in fact, makes the police omniscient, and police omniscience is one of the most effective tools of tyranny."

As indicated earlier, the grave threat to individual privacy posed by surreptitious electronic tracking of one's movement is such as to require prior judicial authorization. And as *Hunter v. Southam*, *supra*, instructs us, the issuance of a warrant to conduct a search will ordinarily call for an objective showing of reasonable and probable cause by those seeking the warrant. I see no reason why this should not, at least generally, be the case when one seeks to employ electronic tracking devices in the pursuit of an individual. Given the somewhat less intrusive nature of this means of surveillance, if properly controlled, than electronic audio or video surveillance, a case might be made for empowering a judicial officer in certain circumstances to accept a somewhat lower standard, such as the "solid ground" for suspicion which the peace officers claimed here, if it can be established that such a power is necessary for the control of certain types of dangerous or pernicious crimes. A pas-

dre compte que beaucoup, sinon la majorité, de nos occupations quotidiennes se déroulent inévitablement à la vue d'autrui. Que les agents de l'État puissent, de ce seul fait, se livrer en toute impunité à la surveillance électronique de nos allées et venues est tout simplement impensable dans une société libre et ouverte comme la nôtre.

Le professeur Guttermann a bien résumé cette position dans l'article précité, aux pp. 706 et 707:

[TRADUCTION] La protection de la vie privée n'est assurée que si l'intéressé contrôle la divulgation de ses déplacements; sans ce contrôle, nous devrions nous résoudre à vivre en ermite. La vie en société exige forcément la divulgation de renseignements privés à des fins précises, mais sans pour autant sacrifier le caractère privé de nos activités quotidiennes. Pour restreindre cette liberté, il faudrait une justification plus forte que l'invocation machinale de «l'exposition à la vue du public». La cour ne doit pas oublier la dissidence qu'avait très éloquemment exprimée le juge Brennan en évoquant la dimension entièrement nouvelle que confèrent à la surveillance les moyens électroniques: «[i]ls la rendent plus envahissante, moins ciblée, plus odieuse dans une société libre. En fait, la surveillance électronique rend la police omnisciente, et l'omniscience de la police est l'un des instruments les plus efficaces de la tyrannie.»

Comme je l'ai souligné précédemment, la surveillance électronique clandestine des déplacements d'une personne fait peser sur sa vie privée une menace d'une telle gravité qu'elle exige une autorisation judiciaire préalable. Et comme nous l'enseigne l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, un mandat autorisant à effectuer une fouille ou une perquisition ne sera ordinairement décerné qu'à la condition que ceux qui le sollicitent démontrent objectivement l'existence d'un motif raisonnable et probable de le décerner. Je ne vois pas pourquoi il n'en irait pas ainsi, tout au moins de façon générale, lorsque quelqu'un cherche à utiliser des dispositifs de surveillance électronique à des fins de filature. Étant donné que, dans la mesure où il est soumis à un contrôle approprié, ce moyen de surveillance est moins envahissant que la surveillance électronique audio ou magnétoscopique, on pourrait établir qu'il y a lieu, dans certaines circonstances, d'habiliter un officier de justice à accepter

sage in *Hunter v. Southam*, cited *infra*, contemplates the possibility of varying the standard in certain circumstances, and a lowering of the standard was approved for entry into the country even without judicial authorization in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Still this should not be permissible in the absence of cogent reasons.

une norme moins rigoureuse, tel le «motif solide» de soupçonner dont se réclamaient les policiers en l'espèce, si l'on peut établir par ailleurs que ce pouvoir est nécessaire pour enrayer certains types de crimes dangereux ou pernicieux. Dans un extrait de l'arrêt *Hunter c. Southam*, cité plus bas, on envisage la possibilité de modifier la norme dans certains cas, et un assouplissement de la norme a été approuvé dans le cas de l'entrée au pays, même sans autorisation judiciaire, dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Cependant, cela ne devrait pas être permis en l'absence de motifs convaincants.

There is another aspect of this case that should be noted. It would appear that the police were as much concerned with the protection of the public against an individual they thought was dangerous, as with detecting the source of earlier crimes. *Hunter v. Southam*, *supra*, instructs us that there may be occasions where danger to some person may constitute a ground for lowering the standard. At pages 167-68 of that case, the former Chief Justice, then Dickson J., observed:

La présente affaire comporte un autre aspect qu'il convient de souligner. Il semblerait en effet que les policiers se souciaient autant d'assurer la protection du public contre un individu qu'ils croyaient dangereux que de découvrir l'auteur de crimes antérieurs. Or, l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, nous apprend qu'il peut exister des cas où l'existence d'un danger pour quelqu'un peut justifier l'assouplissement de la norme. Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, fait observer, à p. 168 de cet arrêt:

History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one.

L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

Dickson J. was there speaking of the objective standard employed by a judicial officer. The police also have power to act without warrant where this is required for the protection of an individual or property. But I do not think this affords the police a licence to engage in searches, including electronic tracking of a suspect, because they believe that a particular individual may be dangerous, and that he may therefore somewhere, sometime cause harm, even serious harm, to another.

Le juge Dickson parlait alors de la norme objective qu'applique un officier de justice. La police a elle aussi le pouvoir d'agir sans mandat lorsque c'est nécessaire pour protéger une personne ou un bien. Mais à mon avis, cela ne lui permet pas d'effectuer des fouilles ou des perquisitions, et notamment de la surveillance électronique d'un suspect, parce qu'elle croit qu'un certain individu peut être dangereux et qu'il peut par conséquent un jour ou l'autre causer quelque part un préjudice, même grave, à autrui.

It may at times be difficult to accept that an individual—even a dangerous individual—should be allowed to escape the clutches of the law because law enforcement bodies must be kept within constitutional norms. But that is the price of freedom. Nor must we mislead ourselves that we are dealing here with mere technicalities. The great American jurist, Brennan J., with characteristic vigour, thus responded to this misconception in a radio interview in 1987:

"Honestly," Brennan said, raising his voice, "you in the media ought to be ashamed of yourselves to call the provisions and the guarantees of the Bill of Rights 'technicalities.' They're not. They're very basic to our very existence as the kind of society we are. We are what we are *because* we have those guarantees, and this Court exists to see that those guarantees are faithfully enforced. They are not technicalities! And no matter how awful may be the one who is the beneficiary time and time again, guarantees have to be sustained, even though the immediate result is to help out some very unpleasant person. They're there to protect all of us."

See "Profiles: The Constitutionalists", *The New Yorker*, March 12, 1990, p. 45, at p. 65.

This sets the stage for the discussion of whether the evidence should be rejected under s. 24(2).

Application of s. 24(2) of the Charter

General Considerations

In *R. v. Collins, supra*, at pp. 283-84, the present Chief Justice, Lamer J., set forth a number of criteria to be examined in determining whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right should be rejected as tending to bring the administration of justice into disrepute, namely:

- what kind of evidence was obtained?
- what *Charter* right was infringed?
- was the *Charter* violation serious or was it of a merely technical nature?

Il peut parfois être difficile d'accepter qu'une personne—même dangereuse—puisse échapper aux rigueurs de la loi parce que les organismes chargés de l'appliquer doivent se conformer à des normes constitutionnelles. Mais tel est le prix de la liberté. Ne nous leurrons pas en pensant qu'il s'agit ici de simples formalités. Avec la vigueur qu'on lui connaît bien, le juge Brennan, éminent juriste américain, a dénoncé cette conception erronée au cours d'une entrevue radiophonique en 1987:

[TRADUCTION] «Franchement», dit le juge Brennan en élévant la voix, «vous des médias devriez avoir honte de qualifier de »formalités« les dispositions et les garanties du Bill of Rights. Elles n'en sont pas. Elles constituent le fondement même de la société dans laquelle nous vivons. C'est *parce que* nous jouissons de ces garanties que nous sommes tels que nous sommes et la raison d'être de notre cour est de veiller à ce que ces garanties soient scrupuleusement respectées. Il ne s'agit pas de formalités! Et si abominable que puisse parfois être la personne qui en bénéficie, les garanties doivent être sauvegardées, même si, dans l'immédiat, cela permet à un individu très déplaisant de s'en tirer. C'est pour notre protection à tous que ces garanties existent.»

Voir «Profiles: The Constitutionalists», *The New Yorker*, 12 mars 1990, p. 45, à la p. 65.

Voilà donc le contexte dans lequel il faut se demander s'il y a lieu d'écartier les éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

Application du par. 24(2) de la Charte

Considérations générales

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a énoncé, aux pp. 283 et 284, un certain nombre de critères à examiner pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation d'un droit garanti par la *Charte* doivent être écartés pour le motif qu'ils tendent à déconsidérer l'administration de la justice. Les voici:

- quel genre d'éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?

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

Lamer J. then grouped these factors into three general categories: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the violation; and finally (3) those relating to the effect on the reputation of the administration of justice. He added that the impact of the evidence on the fairness of the trial was the most important consideration under s. 24(2). See also *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59.

The trial judge and the Court of Appeal differed in their application of the above factors to the case at bar. The Court of Appeal emphasized that while the action of the police was deliberate, it was undertaken in good faith, and only after other investigatory techniques had proved futile. Considering that the police were investigating a possible serial killer, it thought the technique employed was reasonable for both the investigation and prevention of crime. The court was of the opinion that the evidence was not "conscriptive" of the accused in that he was not compelled by the police to do anything, but rather went everywhere in his automobile of his own accord.

The trial judge, on the other hand, stressed that the police action was a planned and on-going invasion of the appellant's rights that continued

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

d Le juge Lamer a regroupé ensuite ces facteurs en trois grandes catégories: (1) ceux qui portent atteinte à l'équité du procès, (2) ceux qui se rapportent à la gravité de la violation, et enfin (3) ceux qui se rapportent à l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il a ajouté que l'incidence de la preuve sur l'équité du procès étaient le facteur le plus important à prendre en considération sous le régime du par. 24(2). Voir également *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559.

e Le juge du procès et la Cour d'appel ont exprimé des opinions divergentes sur l'application des facteurs précités à l'espèce. La Cour d'appel a souligné, pour sa part, que même si la police avait agi délibérément, elle l'avait fait de bonne foi et seulement après avoir constaté l'inefficacité d'autres méthodes d'enquête. Vu que la police enquêtait sur l'auteur possible d'une série de meurtres, la cour a estimé que la méthode utilisée était raisonnable tant aux fins de l'enquête qu'à celles de la prévention du crime. La cour s'est dite d'avis que les éléments de preuve recueillis n'avaient pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même dans la mesure où celui-ci n'avait pas été contraint par la police de faire quoi que ce soit, mais s'était plutôt rendu en automobile partout où il le voulait.

f Le juge du procès a, quant à lui, mis l'accent sur le fait que l'action de la police constituait une violation planifiée et continue des droits de l'appelant,

twenty-four hours a day for a period of at least one month. In his opinion, the police were not operating on reasonable and probable cause, but on mere suspicion. He also found that the evidence was conscriptive of the accused in that the appellant produced the evidence by effectively operating the device by driving it around in his car.

qui s'est poursuivie vingt-quatre heures par jour pendant au moins un mois. À son avis, la police avait agi non pas en se fondant sur un motif raisonnable et probable, mais sur la foi d'un simple soupçon. Il a également estimé que les éléments de preuve avaient été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même en ce sens que c'est l'appelant qui a produit la preuve en faisant fonctionner le dispositif lorsqu'il se servait de sa voiture.

Before going on, I should again draw attention to the fact that the breach of the s. 8 right in this case has two different aspects. The manner in which the police installed the beeper involved entering into and damaging (albeit in a minor manner) the interior of the car at a time when they had no warrant to be there. This constituted an illegal trespass, and one moreover that took place in an area where the appellant had a reasonable expectation of privacy. It was this aspect of the breach on which the Court of Appeal focussed. As we saw, however, s. 8 was also violated by the use of the beeper to monitor the appellant's every movement. It was this aspect on which the trial judge focussed. In my view, both aspects deserve to be considered. I turn now to a discussion of the various factors grouped in the manner suggested in *Collins*.

Avant d'aller plus loin, j'aimerais à nouveau attirer l'attention sur le double aspect que revêt, en l'espèce, la violation du droit garanti par l'art. 8. Pour installer la balise comme ils l'ont fait, les policiers ont dû pénétrer dans la voiture et y causer un dommage (quoique mineur), et ce, à un moment où ils n'agissaient pas en vertu d'un mandat. Ce geste a constitué une intrusion illégale qui, par surcroît, a été commise dans un lieu où l'appelant s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. C'est sur cet aspect de la violation que la Cour d'appel s'est concentrée. Comme nous l'avons vu cependant, la violation de l'art. 8 a également consisté à utiliser la balise pour surveiller chacun des déplacements de l'appelant. C'est sur ce second aspect que le juge du procès a fait porter son analyse. À mon avis, les deux aspects valent d'être pris en considération. Examinons maintenant les différents facteurs selon le regroupement suggéré dans l'arrêt *Collins*.

Trial Fairness—The Kind of Evidence

In discussing the factors affecting the fairness of the trial, Lamer J. emphasized the importance of distinguishing between real and conscriptive evidence. While this distinction is undoubtedly useful in many contexts, it would pose serious problems for the fairness of a trial if it were to be adopted as a hard and fast rule, and I do not think this is what Lamer J. had in mind. I had occasion to deal with this question in dealing with the problems relating to derivative evidence in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commis-*

Équité du procès—Le genre de preuve

En examinant les facteurs qui portent atteinte à l'équité du procès, le juge Lamer a souligné l'importance d'établir une distinction entre preuve matérielle et preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Bien qu'il ne fasse pas de doute que cette distinction soit utile dans de nombreux contextes, elle soulèverait de graves problèmes d'équité du procès si on en faisait une règle immuable, et je ne crois pas que c'est ce que le juge Lamer avait à l'esprit. J'ai eu l'occasion d'aborder cette question en traitant des problèmes relatifs à la preuve dérivée dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S.

sion), [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 548-63. At page 552, I had this to say:

I would first of all note that I do not believe that in drawing this distinction, Lamer J. intended to draw a hard and fast line between real evidence obtained in breach of the *Charter* and all other types of evidence that could be so obtained. He did not merely say that the admission of real evidence would generally not affect the fairness of the trial of the accused; he said, at p. 284, that it would not generally affect the fairness of the trial because it "existed irrespective of the violation of the *Charter*" (emphasis added). Similarly, in reference to confessions "or other evidence emanating" from the accused, he noted that "it did not exist prior to the violation" (emphasis added). I think this clearly indicates that what Lamer J. had in mind was the much broader distinction between evidence which the accused has been forced to create, and evidence which he or she has been forced to merely locate or identify. In other words, he had in mind the kind of distinction which I have attempted to draw between compelled testimony and evidence derived from compelled testimony. [Emphasis in original.]

The fact that evidence already existed means that it could have been discovered in any event. That is not so where the evidence would not have existed but for the *Charter* breach. At page 553 of *Thomson Newspapers*, I added:

A breach of the *Charter* that forces the eventual accused to create evidence necessarily has the effect of providing the Crown with evidence it would not otherwise have had. It follows that the strength of its case against the accused is necessarily enhanced as a result of the breach.

I then added that this is the very kind of prejudice the right against self-incrimination and the right to counsel were intended to protect, and referred to several cases, notably *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, and *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, supporting this method of approach to s. 24(2) in other contexts.

In the present case, the distinction between real and conscriptive evidence does not appear all that useful and, indeed, is not easy to make. The evidence is not really conscriptive in the sense that the accused was never induced by the police to create evidence against himself. However, as the trial judge notes, as a result of the employment of

425, aux pp. 548 à 563. Voici ce que j'ai affirmé, aux pp. 552 et 553:

Je soulignerais d'abord que je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Lamer a voulu établir une ligne de démarcation stricte entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et tous les autres types de preuve qui peuvent être obtenus ainsi. Il n'a pas simplement affirmé que l'utilisation d'une preuve matérielle ne porterait généralement pas atteinte à l'équité du procès de l'accusé; il a affirmé, à la p. 284, qu'elle ne porterait généralement pas atteinte à l'équité du procès parce qu'elle «existe indépendamment de la violation de la *Charte*» (je souligne). De même, en ce qui concerne les confessions «ou d'autres preuves émanant» de l'accusé, il a souligné qu'elles «n'existaient pas avant la violation» (je souligne). Je crois que cela indique clairement que le juge Lamer avait à l'esprit la distinction beaucoup plus générale entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier. En d'autres termes, il avait à l'esprit le genre de distinction que j'ai tenté d'établir entre un témoignage forcé et une preuve dérivée de ce témoignage. [Souligné dans l'original.]

5 Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon. Ce qui n'est pas le cas lorsque la preuve n'aurait pas existé n'eût été la violation de la *Charte*. J'ai ajouté, à la p. 553 de l'arrêt *Thomson Newspapers*:

6 Une violation de la *Charte* qui force l'accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu'elle n'aurait pu obtenir autrement. Il s'ensuit que sa preuve contre l'accusé se trouve nécessairement renforcée par suite de la violation.

7 J'ai poursuivi en disant que c'est exactement le genre de préjudice que le droit de ne pas s'incriminer et le droit à un avocat visent à prévenir. Je me suis reporté à plusieurs arrêts, en particulier les arrêts *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, et *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, qui appuient cette façon d'aborder le par. 24(2) dans d'autres contextes.

8 Or en l'espèce, la distinction entre preuve matérielle et preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne paraît pas d'une grande utilité et n'est d'ailleurs pas facile à établir. En effet, les éléments de preuve recueillis n'ont pas vraiment été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même, en ce sens que ce dernier n'a jamais été

the tracking device, the appellant was potentially creating evidence against himself every single time he went out in his car. Such evidence would not have existed were it not for the tracking device because visual contact with the accused had been lost. In short, a large part of the evidence against the accused is that he was tracked by unconstitutional means to the area where the crime occurred. It seems to me, therefore, that this factor weighs in favour of the appellant.

incité par la police à créer une preuve contre lui-même. Cependant, comme le fait remarquer le juge du procès, l'appelant était, par suite de l'emploi du dispositif de surveillance, susceptible de créer une preuve contre lui-même chaque fois qu'il sortait en voiture. Cette preuve n'aurait pas existé n'eût été le dispositif de surveillance, puisqu'on avait perdu de vue l'accusé. En somme, une grande partie de la preuve obtenue contre l'accusé repose sur le fait qu'il a été suivi, par des moyens inconstitutionnels, jusqu'à l'endroit où le crime a été commis. Il me semble, par conséquent, que ce facteur joue en faveur de l'appelant.

The Seriousness of the Violation

I turn, then, to the second category of factors, those relating to the seriousness of the violation. There can be little doubt that the violation in this case was serious. Although the police ostensibly acted in good faith, the violation was of such an intrusive and long-lasting nature that I believe that no other conclusion is possible. It might be noted that the search in this case appears to have been part of a larger pattern of disregard for the appellant's rights. The police actually held a press conference where they all but identified the appellant as a suspect (the press identified him the next day) even though they admitted that they did not have enough evidence at that time to arrest him. The appellant was, not surprisingly, "hounded" by the media from that point forward.

The intrusion into the interior of the appellant's automobile, in complete disregard of his rights, even after a search warrant had failed to provide evidence, is, by itself, of a serious nature. The words of Sopinka J. in *Kokesch, supra*, are equally apt here. He stated, at p. 29:

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

La gravité de la violation

J'aborde maintenant la deuxième catégorie de facteurs, ceux qui se rapportent à la gravité de la violation. En l'espèce, il n'y a pas de doute que la violation est grave. Bien que la police ait manifestement agi de bonne foi, la violation a été si envahissante et s'est déroulée sur une période si longue qu'il est impossible, à mon avis, d'en venir à une autre conclusion. On pourrait noter que, dans le cas qui nous occupe, la fouille paraît résulter d'un mépris systématique des droits de l'appelant. La police a d'ailleurs tenu une conférence de presse où elle a failli identifier l'appelant comme suspect (son nom a été révélé dans la presse le lendemain) même si elle a admis qu'il n'y avait pas alors suffisamment de preuve contre lui pour l'arrêter. Il n'est pas surprenant qu'à compter de ce moment, il ait été poursuivi par les médias.

L'intrusion dans l'automobile de l'appelant, résultant d'un mépris total de ses droits, même après qu'un mandat de perquisition n'eut pas permis de découvrir des éléments de preuve est, en soi, un acte grave. Le juge Sopinka s'est exprimé, dans l'arrêt *Kokesch*, précité, en des termes qui s'appliquent également à la présente affaire. Il y dit, à la p. 29:

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

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.

If the intrusion on even the environs of a house is objectionable, the same can surely be said of intrusions into the interior of an individual's automobile.

I turn then to whether the police acted in good faith, or flagrantly. I referred a moment ago to the "ostensible good faith" of the police officers. I understand that the police were faced with a difficult situation. Over a period of several years there had been a number of killings in the area of which the accused had been suspected. Some time between May 17 and when the warrant was obtained some two months later, an anonymous phone call was made to a news information office claiming responsibility for the latest killing and stating that "there's going to be a lot more". The police had some circumstantial evidence that could be seen as linking the accused to several of the previous murders and were concerned with preventing a further crime. But as Sopinka J. observed in *Kokesch*, at p. 30, in determining whether a s. 8 violation was committed in "good faith" or was "flagrant", it must be remembered that these words are terms of art in s. 24(2) cases. In performing the task, one of the first questions to ask is whether the police had reasonable and probable cause. That is underlined in *Kokesch* and also figures large in *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at pp. 795, 796 and 799. In the present case the trial judge held the police had no reasonable and probable grounds, and they themselves admitted it. What they claimed to have, and this is precisely what the police claimed in *Kokesch*, at p. 31, where the evidence was rejected, was that they had "solid grounds".

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.

Si une intrusion limitée aux environs d'une résidence est inacceptable, on peut assurément en dire autant de l'intrusion dans l'automobile d'un particulier.

Je passe maintenant à la question de savoir si la police a agi de bonne foi ou si elle a commis une violation flagrante. J'ai dit précédemment que les policiers avaient «manifestement agi de bonne foi». Je suis conscient qu'ils étaient confrontés à une situation difficile. Pendant plusieurs années, il y avait eu, dans la région, une série de meurtres dont l'accusé avait été soupçonné. Entre le 17 mai et la date à laquelle a été obtenu le mandat, soit quelque deux mois plus tard, une salle des nouvelles avait reçu un appel téléphonique anonyme dans lequel on revendiquait la responsabilité du meurtre le plus récent et on affirmait que [TRADUCTION] «il y en aurait encore beaucoup d'autres». La police possédait des éléments de preuve circonstancielle pouvant être considérés comme reliant l'accusé à plusieurs des meurtres antérieurs et voulait empêcher la perpétration d'un nouveau crime. Mais comme l'a fait observer le juge Sopinka dans l'arrêt *Kokesch*, à la p. 30, il faut, pour déterminer si une violation de l'art. 8 a été commise de «bonne foi» ou si elle était «flagrante», se rappeler qu'il s'agit là de termes techniques dans les affaires relatives au par. 24(2). Or, l'une des premières questions que l'on doit poser à cet égard est celle de savoir si la police avait des motifs raisonnables et probables. Cela est souligné dans l'arrêt *Kokesch* et est traité longuement dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, aux pp. 795, 796 et 799. En l'espèce, le juge du procès a conclu que les policiers n'avaient aucun motif raisonnable et probable pour agir, ce qu'ils ont d'ailleurs eux-mêmes admis. Mais ils prétendent, et c'est précisément l'argument que la police a fait valoir dans l'affaire *Kokesch*, à la p. 31, où la preuve a été rejetée, qu'ils avaient des «motifs solides».

Kokesch, at p. 28, and the cases there cited are also authority for the view that "the unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques is neither an excuse nor a justification for constitutionally impermissible investigative techniques". The police might well be excused for believing that they had the right to use an electronic tracking device, though the fact that the *Criminal Code* prohibits the use of more established electronic devices without authorization, and then only for a limited time, should have given them pause. But the police have no excuse concerning the manner in which they installed the device. I would have thought it elementary that everyone knows or should know they have no right to enter into a person's automobile and do damage. The police here certainly knew they needed a warrant to search the car, and that the warrant they had obtained did not permit what they did, and indeed had expired. To repeat the words of Sopinka J. in *Kokesch, supra*, at p. 32:

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 conclude, then, that the *Charter* violation was very serious and not mitigated by good faith on the part of the police officers.

Disrepute

Finally, I must consider the factors relating to whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, and the fact that the accused cannot be convicted on the basis of the remaining evidence. The seriousness of the offence investigated certainly militates in favour of inclusion given that the police were also concerned with the real possibility of preventing a future crime, and not just with obtaining evidence. However, the seriousness of the crime and the proclivities of the accused must not be viewed as

À la page 28 de l'arrêt *Kokesch*, ainsi que dans la jurisprudence qui y est citée, on reconnaît le principe selon lequel «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». La police pourrait peut-être bien être excusée pour le motif qu'elle croyait avoir le droit de recourir à un dispositif de surveillance électronique, même si le fait que le *Code criminel* prohibe l'usage sans autorisation et limite la durée d'emploi de dispositifs électriques plus reconnus, aurait dû la faire réfléchir. Mais là où la police n'a aucune excuse, c'est quant à la façon dont le dispositif a été installé. Il me semble aller de soi que chacun sait ou devrait savoir qu'on n'a pas le droit de pénétrer dans l'automobile d'autrui et d'y causer des dommages. En l'occurrence, les policiers savaient pertinemment qu'ils devaient posséder un mandat pour fouiller la voiture, que celui qu'ils avaient obtenu ne leur permettait pas d'agir comme ils l'ont fait, et même qu'il était expiré. Pour reprendre les propos tenus par le juge Sopinka dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 32:

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).

Je conclus donc que la violation de la *Charte* était très grave et qu'elle n'est pas atténuée par la bonne foi des policiers.

Déconsidération de la justice

En dernier lieu, il me faut examiner les facteurs relatifs à la question de savoir si l'utilisation des éléments de preuve contestés est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et au fait que l'accusé ne peut être déclaré coupable sur le fondement des autres éléments de preuve. La gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête milite à coup sûr en faveur de leur utilisation étant donné non seulement que les policiers voulaient obtenir des éléments de preuve, mais encore qu'ils se souciaient réellement d'empêcher la perpétration

ensuring admissibility. In both *Greffé, supra*, and *Kokesch*, there is every reason to think the accused there were, in the Court's view, certainly guilty of a serious crime and would, if the opportunity presented itself, continue in their unlawful activities. At all events, one must not forget that the proper limits placed on police authority apply at all stages of law enforcement. As Dickson J. put it in *Hunter v. Southam, supra*, at p. 167:

a tion d'un nouveau crime. Cependant, la gravité du crime et les propensions de l'accusé ne doivent pas être considérées comme une garantie d'admissibilité. Tout indique en effet, tant dans l'arrêt *Greffé*, précité, que dans l'arrêt *Kokesch*, que l'accusé était, de l'avis de la Cour, sûrement coupable d'un crime grave et qu'il continuerait, s'il en avait l'occasion, à se livrer à des activités illégales. En tout état de cause, il ne faut pas oublier que les limites dûment imposées au pouvoir de la police s'appliquent à toutes les étapes du processus d'application de la loi. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, aux pp. 167 et 168:

b Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter [...] lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. [Je souligne.]

c Dans une société libre, on ne saurait permettre à la police d'effectuer une fouille ou perquisition envahissante comme celle effectuée en l'espèce sur la foi d'un simple soupçon, et même d'un fort soupçon. Cela est clairement inadmissible dans une société libre et est, à mon avis, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

d Les policiers n'avaient, en l'espèce, aucun motif raisonnable et probable d'agir; eux-mêmes ne croyaient pas en avoir, ce qu'a d'ailleurs confirmé la conclusion du juge du procès. Il se peut qu'à un moment donné ils aient eu des motifs suffisamment raisonnables et probables pour justifier la délivrance d'un mandat les autorisant à perquisitionner au domicile de l'appelant et à fouiller son véhicule, et, en fait, ils ont pu obtenir ce mandat. Cependant, étant donné que cette perquisition et cette fouille n'ont pas permis de relier l'appelant au crime, cela a eu pour effet d'annihiler certains des motifs invoqués par la police. Par exemple, la police avait émis l'hypothèse que la paire de gants de travail trouvée sur le siège arrière avait servi à perpétrer le crime et qu'on y découvrirait peut-être des traces de peinture rouge provenant de la porte latérale du garage de la maison de King, qui venait d'être repeinte et qui avait été forcée. Or on n'a trouvé aucune trace de peinture. Il me semble que pousser plus loin l'investigation, après que la perquisition et la fouille n'eurent abouti à rien, reve-

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail . . . where credibly-based probability replaces suspicion. [Emphasis added.]

In a free society the police cannot be permitted to conduct the sort of intrusive search carried on in this case based on mere suspicion, even strong suspicion. That is clearly unacceptable in a free society, and in my opinion would bring the administration of justice into disrepute.

Here the police did not have reasonable and probable cause; they, themselves, did not think they did, a conclusion confirmed by the trial judge's finding. They might at one stage have had reasonable and probable cause sufficient to support a warrant to search the appellant's house and vehicle, and indeed, they were able to obtain such a warrant. However, when these searches turned up nothing to identify the appellant with the crime, this negated some of the grounds upon which the police had relied. For example, the police had hypothesized that a pair of work gloves contained in the back seat had been used in the commission of the crime and that they might contain red paint chips from forcing open the freshly painted side door to the garage of the King house. No paint chips were found. It seems to me that proceeding further, after the search turned up nothing, amounted to acting on mere suspicion. (It is true that some of the analytical tests had not yet been completed on the evidence obtained from the accused's home when the tracking device was

implanted; however, even after these tests turned out to be negative the tracking continued.) Under these circumstances, the police were free to keep the appellant under surveillance, but absent something more, there was no adequate ground for installing the tracking device in the appellant's car.

In particular, the police should not have invaded the interior of the appellant's automobile, and so his privacy, to obtain evidence. As I noted earlier, this was only one aspect of their total disregard of the elementary duty and prudence that should be employed in conducting police investigations. I noted that they went to the length of virtually informing the public that the appellant was the likely perpetrator of multiple homicides, even though they lacked reasonable and probable cause. As Sopinka J. noted in *Kokesch, supra*, at p. 35:

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.

This Court has frequently expounded the importance for the protection of the individual and the state, and indeed the law enforcement authorities themselves, to stay within the bounds of the constitutional and legal rules governing law enforcement, which be it noted allow for some leeway for exigent circumstances, circumstances that did not exist in this case. Looking at the whole of the matter, I cannot help but think the police officers here conducted themselves with the excessive zeal against which Brandeis J. long ago warned us.

nait à agir sur la foi d'un simple soupçon. (Il est vrai qu'au moment où le dispositif de surveillance a été installé, certains tests effectués sur les éléments de preuve recueillis à la résidence de l'appellant n'étaient pas encore terminés; toutefois, la surveillance a continué même une fois que ces tests se furent révélés négatifs.) Dans ces circonstances, il était loisible à la police de poursuivre la surveillance de l'appelant mais, faute d'autres indices, elle n'avait pas de motif suffisant pour installer le dispositif de surveillance dans sa voiture.

Les policiers n'auraient pas dû, notamment, pénétrer dans l'automobile de l'appelant et ainsi porter atteinte à sa vie privée, afin de recueillir des éléments de preuve. Comme je l'ai dit précédemment, ce n'était là qu'une manifestation de leur mépris total de la prudence et du soin élémentaires avec lesquels ils doivent mener leurs enquêtes. Comme je l'ai souligné, ils ont pratiquement révélé au public que l'appelant était l'auteur probable des homicides multiples, sans même avoir de motifs raisonnables et probables de le faire. Comme l'a fait observer le juge Sopinka dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 35:

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.

Notre Cour a, à maintes reprises, fait ressortir l'importance, tant pour la protection des citoyens que pour celle de l'État et même des autorités chargées d'appliquer la loi, du respect des règles constitutionnelles et légales qui régissent l'application de la loi. Ces règles permettent jusqu'à un certain point de tenir compte de circonstances urgentes, qui n'existaient pas en l'espèce. Considérant l'ensemble de l'affaire, je ne puis m'empêcher de penser que les policiers, en l'espèce, ont fait montre de l'excès de zèle contre lequel le juge Brandeis nous

"The greatest dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding"; see *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), at p. 479, cited in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 436-37.

I conclude, then, that the long-term consequences of admitting evidence obtained in circumstances like this on the integrity of our system of justice outweigh the harm done by this accused being acquitted. The end does not justify the means. We must respect our constitutional values and not barter them away for short-term gains. I refer again to the remarks of Brennan J., cited earlier, for the proposition that, though we must pay a price, the rigorous enforcement of our constitutional values enures to the benefit of all of us.

Disposition

For these reasons, I would allow the appeal and restore the acquittal.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have read the reasons for judgment proposed by my colleagues, Justices La Forest and Cory, and find that I am in agreement with the result reached by La Forest J. I would dispose of the appeal on more limited grounds leaving for another occasion the broader issue as to whether surreptitious electronic tracking of the kind involved in this case can only be carried out pursuant to prior judicial authorization prescribed by statute.

As my colleagues both point out, the Crown has quite properly conceded that the installation of the tracking device in the appellant's automobile constitutes an unreasonable search or seizure so as to violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The facts are so similar to those in *R. v.*

a il y a longtemps mis en garde. [TRADUCTION]
«Les plus grands dangers pour la liberté résident dans les empiétements insidieux de la part d'hommes zélés, de bonne volonté mais inconscients»; voir l'arrêt *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928), à la p. 479, cité dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 436 et 437.

b Je conclus alors que les conséquences à long terme de l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en pareilles circonstances sur l'intégrité de notre système de justice l'emportent sur le tort que pourrait causer l'acquittement de l'accusé en l'espèce. La fin ne justifie pas les moyens. Nous devons respecter nos valeurs constitutionnelles et ne pas les troquer contre des gains à court terme. Je me reporte de nouveau à l'observation précitée du juge Brennan selon laquelle, bien qu'il faille en payer le prix, c'est à nous tous que profite le respect rigoureux de nos valeurs constitutionnelles.

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquittement.

f Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

g LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai pris connaissance des motifs de jugement rédigés par mes collègues, les juges La Forest et Cory, et je souscris à la conclusion à laquelle a abouti le juge La Forest. Je suis d'avis de trancher le pourvoi sur la base de motifs plus limités et de réserver à une autre occasion l'examen de la question plus générale de savoir si la surveillance électronique clandestine du genre de celle dont il est question dans la présente affaire peut être exercée seulement en conformité avec une autorisation judiciaire préalable requise par la loi.

j Comme mes collègues le soulignent tous les deux, le ministère public a reconnu tout à fait à bon droit que l'installation du dispositif de surveillance dans l'automobile de l'appelant constitue une fouille ou une saisie abusives au point de violer l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et*

Kokesch, [1990] 3 S.C.R. 3, that it would be difficult, if not impossible, to come to a different result with respect to violation of s. 8. In both cases, a trespass by the police which the police knew or ought to have known was unlawful, enabled them to engage in surveillance of the activities of a suspect which eventually led to the discovery of incriminating evidence. In both cases, the nexus between the trespass, the surveillance and the discovery of the evidence is sufficient to conclude that the evidence was obtained in a manner that violates the *Charter*. It is not necessary here, as it was not in *Kokesch*, to consider whether the surveillance itself, in the absence of trespass, would violate s. 8. While I agree with my colleague La Forest J. that legislation is desirable in this area, I would refrain from expressing an opinion as to the form that it should take. I am not prepared to say in advance whether prior judicial authorization will be necessary or whether statutory authority *simpliciter* will suffice.

I agree with my colleague, La Forest J., that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and, in conformity with s. 24(2) of the *Charter*, the evidence should be rejected. In my opinion, we would attribute to the arbiter of this question too high a degree of subtlety if we tried to distinguish this case from *Kokesch*. I do not think that there is a sufficient distinction between entering onto private premises (not the dwelling itself) and unlawfully damaging the seat of an automobile to warrant a different result. The significant fact for *Charter* purposes is the illegal trespass knowingly committed by the police. Nor do I view the fact that in this case the police suspected the appellant of a more serious offence as a significant distinction. Mere suspicion remains just suspicion and it cannot be used to redeem *Charter* violations on the basis of the nature of the offence suspected.

libertés. Les faits ressemblent tellement à ceux de l'affaire *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, qu'il serait difficile, voire impossible, d'aboutir à une conclusion différente en ce qui concerne la violation de l'art. 8. Dans les deux cas, une intrusion commise par des policiers, que ceux-ci savaient ou auraient dû savoir illégale, leur a permis de surveiller les activités d'un suspect et de découvrir éventuellement des éléments de preuve incriminants. Dans les deux cas, le lien entre l'intrusion, la surveillance et la découverte des éléments de preuve est suffisant pour conclure que ces éléments ont été obtenus d'une façon contraire à la *Charte*. Il n'est pas nécessaire ici, comme il ne l'était pas non plus dans l'affaire *Kokesch*, de se demander si la surveillance elle-même, en l'absence d'intrusion, violerait l'art. 8. Bien que je convienne avec mon collègue le juge La Forest qu'il est souhaitable de légiférer dans ce domaine, je m'abstiens d'exprimer une opinion quant à la forme que cette législation devrait revêtir. Je ne suis pas prêt à dire à l'avance s'il faudra obtenir préalablement une autorisation judiciaire ou si un simple pouvoir conféré par la loi suffira.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, ils devraient être écartés. J'estime que nous attribuerions à l'arbitre de cette question un degré trop élevé de subtilité si nous tentions d'établir une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Kokesch*. Je ne crois pas qu'il existe une différence suffisante entre le fait de pénétrer dans des lieux privés (autres que la résidence elle-même) et le fait de causer illégalement des dommages au siège d'une voiture pour justifier une conclusion différente. Le fait important aux fins de la *Charte* est l'intrusion illégale commise sciemment par les policiers. Je ne considère pas non plus comme une différence importante le fait que les policiers, en l'espèce, soupçonnaient l'appelant d'avoir commis une infraction plus grave. Le simple soupçon demeure seulement un soupçon et il ne saurait servir à racheter des violations de la *Charte* en raison de la nature de l'infraction dont on soupçonne l'existence.

I would dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest.

Appeal dismissed, LA FOREST, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, SOPINKA et a IACOBUCCI sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Scott & Aylen, Ottawa.

Procureurs de l'appelant: Scott & Aylen, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Ontario, Toronto. b

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.