

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Walter Tessling** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney  
General of Quebec and Canadian Civil  
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. TESSLING**

**Neutral citation: 2004 SCC 67.**

File No.: 29670.

2004: April 16; 2004: October 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci,\* Major, Bastarache, Binnie, Arbour,\* LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police using thermal imaging device to take “heat” picture of accused’s home from aircraft without warrant — Whether warrantless use of thermal imaging device violated right against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

The RCMP used an airplane equipped with a Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) camera to overfly properties owned by the accused. FLIR technology records images of thermal energy or heat radiating from a building. It cannot, at this stage of its development, determine the nature of the source of heat within the building or “see” through the external surfaces of a building. The RCMP were able to obtain a search warrant for the accused’s home based on the results of the FLIR image coupled with information supplied by two informants. In the house, the RCMP found a large quantity of marijuana and several guns. The accused was charged with a variety of drug and weapons offences. At trial, he unsuccessfully argued that

\* Iacobucci and Arbour JJ. took no part in the judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Walter Tessling** *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario, procureur  
général du Québec et Association canadienne  
des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. TESSLING**

**Référence neutre : 2004 CSC 67.**

N° du greffe : 29670.

2004 : 16 avril; 2004 : 29 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci\*, Major, Bastarache, Binnie, Arbour\*, LeBel, Deschamps et Fish.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Utilisation par la police d’un aéronef muni d’un dispositif d’imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l’accusé sans avoir obtenu un mandat — L’utilisation sans mandat du dispositif d’imagerie thermique porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

La GRC a eu recours à un avion muni d’un appareil photo qui utilise un système infrarouge à vision frontale (« FLIR ») pour survoler la propriété de l’accusé. La technique FLIR permet d’enregistrer des images de l’énergie thermique ou de la chaleur émanant d’un édifice. Elle ne permet pas, à ce stade de développement, de déterminer la nature de la source de chaleur dans l’édifice ni de « voir » à travers les surfaces externes d’un édifice. La GRC a pu obtenir un mandat de perquisition de la maison de l’accusé sur le fondement des résultats de l’image FLIR et des renseignements fournis par deux informateurs. Dans la maison, la GRC a trouvé une quantité importante de marijuana et plusieurs armes à feu. L’intimé a été accusé

\* Les juges Iacobucci et Arbour n’ont pas pris part au jugement.

the FLIR overflight was a violation of his right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and was convicted. The Court of Appeal set aside the convictions. The court found that the use of FLIR technology constituted a search of the accused's home and, since it was done without a warrant, violated his s. 8 right. The court concluded that the evidence ought to have been excluded and the accused was acquitted on all charges.

*Held:* The appeal should be allowed. The FLIR overflight did not violate the accused's constitutional right to be free from unreasonable search and seizure.

Few things are as important to our way of life as the amount of power allowed the police to invade the homes, privacy and even the bodily integrity of members of Canadian society without judicial authorization. Building upon the foundation laid by the common law, s. 8 of the *Charter* creates for "everyone" certain areas of personal autonomy where the state, including the police, cannot trespass. These areas we have now gathered up under the general heading of privacy. At the same time, social and economic life creates competing demands. The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures.

Privacy is a protean concept, and the difficult issue is where the "reasonableness" line should be drawn. The distinction between informational and territorial privacy is of assistance in the current factual situation. Whereas the Court of Appeal treated the FLIR imaging as equivalent to a search of the home, and thus "worthy of the state's highest respect", it is more accurately characterized as an external surveillance of the home to obtain information that may or may not be capable of giving rise to an inference about what was actually going on inside, depending on what other information is available to the police. FLIR is not equivalent to entry. Because of the emphasis on the informational aspect, the reasonableness line must be determined by focussing on the nature and quality of the information FLIR can actually deliver and then evaluating its impact on an accused's reasonable privacy interest.

de diverses infractions reliées à la drogue et aux armes à feu. Au procès, il a fait valoir sans succès que le vol FLIR portait atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il a été déclaré coupable. La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité. Elle a conclu que le recours à la technique FLIR équivalait à une perquisition de sa résidence, et que cette perquisition sans mandat portait atteinte à son droit garanti par l'art. 8. La cour a conclu qu'il aurait fallu exclure les éléments de preuve et acquitter l'accusé relativement à tous les chefs d'accusation.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. Le vol FLIR ne portait pas atteinte au droit constitutionnel de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

Peu de choses revêtent autant d'importance pour notre mode de vie que l'étendue du pouvoir conféré à la police d'entrer dans la maison d'un citoyen canadien, de porter atteinte à sa vie privée et même à son intégrité corporelle sans autorisation judiciaire. Prenant appui sur les fondements de la common law, l'art. 8 de la *Charte* crée pour « chacun » des zones d'autonomie personnelle dans lesquelles les agents de l'État, et notamment les policiers, ne peuvent pas entrer sans autorisation. Ces zones sont maintenant réunies sous l'appellation générale de « vie privée ». En même temps, la vie économique et sociale crée des demandes concurrentes. Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l'art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives.

La vie privée étant une notion protéiforme, il est difficile de fixer la limite du « caractère raisonnable ». La distinction entre les aspects du droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux ou à l'information peut nous aider dans les circonstances de l'espèce. La Cour d'appel a considéré que l'imagerie FLIR équivalait à une perquisition à la résidence de l'accusé, où « l'État doit manifester le plus grand respect » du droit à la vie privée, mais il est plus exact d'y voir un mode de surveillance externe de la maison en vue d'obtenir des renseignements au sujet de la maison, à partir desquels il sera ou non possible de faire des déductions sur ce qui se passe à l'intérieur, selon les autres renseignements dont dispose la police. L'utilisation du dispositif FLIR n'équivaut pas à une intrusion. Comme l'aspect qui a trait à l'information doit primer, il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en insistant sur la nature et la qualité des renseignements produits par la technique FLIR existante et en analysant ensuite leur incidence sur le droit de l'accusé en matière d'attente raisonnable de vie privée.

FLIR technology cannot, in its present state of development, permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat. The accused had a privacy interest in the activities taking place in his home and it may be presumed that he had a subjective expectation of privacy in such activities to the extent they were the subject matter of the search. The fact that it was his home that was imaged using FLIR is an important factor, but it is not controlling and must be looked at in context and in particular, in this case, in relation to the nature and quality of the information made accessible to the police by FLIR technology. Everything shown in the FLIR photograph exists on the external surfaces of the building and, in that sense, FLIR records only information exposed to the public. Although the information about the distribution of the heat was not visible to the naked eye, the FLIR heat profile did not expose any intimate details of the accused's lifestyle or part of his core biographical data. It only showed that some of the activities in the house generated heat.

Thus, when one considers the "totality of the circumstances", the use of FLIR technology did not intrude on the reasonable sphere of privacy of the accused. Patterns of heat distribution on the external surfaces of a house are not a type of information in which, objectively speaking, the accused had a reasonable expectation of privacy. The heat distribution information offered no insight into his private life and its disclosure scarcely affected his "dignity, integrity and autonomy".

Technology must be evaluated according to its current capability, and its evolution in future dealt with step by step. Concerns should be addressed as they truly arise. FLIR technology at this stage of its development is both non-intrusive in its operations and mundane in the data it is capable of producing. The taking of a FLIR image therefore did not violate the respondent's reasonable expectation of privacy within the scope of s. 8 of the *Charter*.

#### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; **not followed:** *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); **referred to:** *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v.*

La technique FLIR ne peut, à ce stade de son développement, permettre de déduire l'activité précise qui produit la chaleur. L'accusé avait un droit à la vie privée afférent aux activités qui se déroulaient dans sa résidence, et il faut présumer qu'il avait à l'égard de ces activités une attente subjective en matière de vie privée dans la mesure où ces activités étaient l'objet de l'image FLIR. Le fait que l'image obtenue par la technique FLIR ait montré la résidence de l'intimé constitue un facteur important, mais il n'est pas déterminant; il importe de l'examiner en contexte et en particulier, dans la présente affaire, en relation avec la nature et la qualité de l'information à laquelle la police avait accès grâce à la technique FLIR. Tout ce que l'image FLIR montre se trouve sur les surfaces extérieures de l'édifice et, en ce sens, cette image n'enregistre que des renseignements offerts à la vue du public. Même si l'information au sujet de la distribution de la chaleur n'était pas visible à l'œil nu, le profil thermique obtenu à l'aide du dispositif FLIR n'a pas révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant. Il indiquait seulement que certaines activités à l'intérieur de la maison généraient de la chaleur.

Ainsi, si l'on considère « l'ensemble des circonstances », le recours à la technique FLIR ne constituait pas une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée de l'accusé. La façon dont la chaleur est distribuée sur les surfaces externes d'une maison n'est pas un renseignement à l'égard duquel, objectivement, l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Le renseignement concernant la distribution de la chaleur ne révélait rien sur sa vie privée et sa divulgation n'a guère influé sur « sa dignité, son intégrité et l'autonomie de sa personne ».

Il faut évaluer les techniques en fonction de leurs capacités actuelles, et tout développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes doivent être analysés au moment où ils se posent véritablement. À son présent stade de développement, la technique FLIR n'est pas employée de façon intrusive et elle est inoffensive pour ce qui est des données qu'elle produit. L'obtention d'une image FLIR n'a donc pas porté atteinte à l'attente raisonnable de l'intimé en matière de vie privée au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; **arrêt non suivi :** *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001); **arrêts mentionnés :** *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51;

*Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604); *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215; *R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841.

#### Statutes and Regulations Cited

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

#### Authors Cited

Brougham, Lord Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I. London: Richard Griffin and Co., 1855.

Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Orwell, George. *Nineteen Eighty-Four*. Toronto: Penguin Books, 1949.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2003), 63 O.R. (3d) 1, 168 O.A.C. 124, 171 C.C.C. (3d) 361, 9 C.R. (6th) 36, 102 C.R.R. (2d) 132, [2003] O.J. No. 186 (QL), setting aside the accused's convictions for drug and weapons offences. Appeal allowed.

*James W. Leising and Morris Pistyner*, for the appellant.

*Frank Miller and A. Thomas Costaris*, for the respondent.

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604); *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *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. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215; *R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

#### Lois et règlements cités

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

#### Doctrine citée

Brougham, Lord Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I. London : Richard Griffin and Co., 1855.

Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.

Orwell, George. *1984*. Traduit de l'anglais par Amélie Audiberti. Paris : Gallimard, 1950.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2003), 63 O.R. (3d) 1, 168 O.A.C. 124, 171 C.C.C. (3d) 361, 9 C.R. (6th) 36, 102 C.R.R. (2d) 132, [2003] O.J. No. 186 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé relativement à des infractions en matière de drogue et d'armes à feu. Pourvoi accueilli.

*James W. Leising et Morris Pistyner*, pour l'appelante.

*Frank Miller et A. Thomas Costaris*, pour l'intimé.

*Scott C. Hutchison*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

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

*Peter M. Brauti*, *Sara J. Erskine* and *Brian G. Wasyliw*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — This appeal requires us to consider some of the limits on the ability of the state to put our homes under surveillance using sophisticated technology without first obtaining a judicial warrant based on reasonable and probable grounds that an offence has been committed.

2 In the present case, the police used a thermal imaging device to take a “heat” picture of the respondent’s home from an overhead aircraft. The camera, utilizing Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) technology, recorded not patterns of light but the relative distribution of heat over the surface of the building. The police did not obtain a search warrant prior to the overflight.

3 The FLIR image, taken together with other evidence, caused the police to infer the existence in the respondent’s home of a marijuana-growing operation (“grow-op”). The respondent says the use of the FLIR technology constituted a search of his home, and having been done without a warrant, violated his constitutional right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Ontario Court of Appeal agreed with him. In our view, the Court of Appeal erred in that conclusion and the appeal must be allowed.

#### I. Facts

4 The RCMP began investigating the respondent in February 1999. They received information from two informants. One of the informants, a source whose credibility was untested, claimed that the respondent and a colleague called Ken were producing

*Scott C. Hutchison*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

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

*Peter M. Brauti*, *Sara J. Erskine* et *Brian G. Wasyliw*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, nous devons examiner quelques-unes des limites posées à la capacité de l’État de surveiller nos résidences à l’aide de techniques de pointe, sans avoir obtenu d’abord un mandat décerné sur la base de motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise.

En l’espèce, la police a eu recours à un dispositif d’imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l’intimé à partir d’un aéronef. L’appareil photo, qui utilise un système infrarouge à vision frontale (« FLIR »), a enregistré la distribution relative de la chaleur sur la surface de l’édifice et non des tracés de lumière. La police n’a pas obtenu de mandat de perquisition avant de survoler la résidence.

La police a déduit de l’image FLIR et d’autres éléments de preuve que l’intimé cultivait de la marijuana dans sa résidence. L’intimé affirme que le recours à la technique FLIR équivalait à une perquisition de sa résidence, et que cette perquisition sans mandat portait atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d’appel de l’Ontario lui a donné raison. Selon nous, la conclusion de la Cour d’appel est erronée et le pourvoi doit être accueilli.

#### I. Les faits

La GRC a ouvert une enquête sur l’intimé au mois de février 1999. Elle a reçu des renseignements de deux informateurs. L’un d’eux, dont la crédibilité n’avait pas été éprouvée, a soutenu que l’intimé et un complice prénommé Ken produisaient de la

and trafficking in marijuana. The second informant, a proven source, told police that a known drug dealer was buying large quantities of drugs from a man named Ken in the area in which the respondent lived. He did not directly implicate the respondent. Marijuana grow-ops typically use high-intensity halide lamps and generate substantial amounts of heat. The police contacted Ontario Hydro to find out if there was unusual electricity usage at any of the properties owned by the respondent or Ken but, according to the metered supply, the usage was normal. Visual surveillance of the buildings revealed nothing to suggest a marijuana grow-op.

On April 29, 1999, the police used an RCMP airplane equipped with a FLIR camera to overfly the buildings. FLIR technology records images of thermal energy or heat radiating from a building. Once a baseline is calibrated, cooler areas show up as dark, and warmer areas are lighter. FLIR imaging cannot, at this stage of its development, determine the nature of the source of heat within the building. It cannot distinguish between heat diffused over an external wall that came originally from a sauna or a pottery kiln, or between heat that originated in an overheated toaster or heat from a halide lamp. In short, the FLIR camera cannot “see” through the external surfaces of a building. (In U.S. parlance it is “off-the-wall” technology as opposed to “through-the-wall” technology.) However, the substantial amounts of heat generated by marijuana growing operations must eventually escape from the building. The FLIR camera creates an image of the distribution of escaping heat at a level of detail not discernible by the naked eye. A FLIR image, put together with other information, can help the police get reasonable and probable grounds to believe that a marijuana growing operation is in residence.

And so it was in this case. The RCMP were able to obtain a warrant based on the results of the FLIR image of the respondent’s home coupled with the information supplied by the two informants. When

marijuana et en faisaient le trafic. Le second informateur, qui avait fait ses preuves, a dit à la police qu’un trafiquant de drogues connu achetait des quantités importantes de drogue d’un homme appelé Ken, dans le quartier où vivait l’intimé, mais il n’a pas impliqué directement l’intimé. La culture de marijuana nécessite généralement de puissantes lampes aux halogénures qui dégagent une chaleur considérable. La police a communiqué avec Ontario Hydro pour tenter de déterminer s’il y avait consommation anormale d’électricité dans l’une ou l’autre des maisons de l’intimé ou de Ken, mais les relevés indiquaient une consommation normale. La surveillance visuelle des maisons n’a rien révélé qui pouvait indiquer une opération de culture de marijuana.

Le 29 avril 1999, la police a utilisé un avion de la GRC équipé d’une caméra FLIR pour survoler les édifices. La technique FLIR permet d’enregistrer des images de l’énergie thermique ou de la chaleur émanant d’un édifice. Une fois que les données de base sont calibrées, les zones froides apparaissent dans des teintes foncées et les zones chaudes sont représentées par des teintes plus pâles. Le dispositif d’imagerie FLIR ne permet pas, à ce stade de développement, de déterminer la nature de la source de chaleur dans l’édifice. Il ne permet pas de distinguer à partir de la chaleur que diffuse un mur extérieur si la source provient d’un sauna, d’un four à poterie, d’un grille-pain en surchauffe ou d’une lampe halogène. Bref, le dispositif FLIR ne peut « voir » à travers les surfaces externes d’un édifice. (Aux É.-U., on parle d’un système « *off-the-wall* » par opposition à un système « *through-the-wall* ».) Toutefois, la quantité substantielle de chaleur générée par la culture de la marijuana doit éventuellement s’échapper du bâtiment. La caméra FLIR produit une image de la distribution des fuites de chaleur à un niveau de détail indiscernable à l’œil nu. Une image FLIR, combinée à d’autres renseignements, peut contribuer à donner à la police des motifs raisonnables de croire qu’une maison abrite une opération de culture de marijuana.

C’est ce qui s’est passé en l’espèce. La GRC a pu obtenir un mandat sur le fondement des résultats de l’image FLIR de la maison de l’intimé et des renseignements fournis par les deux informateurs. Lorsque

5

6

the RCMP entered the home, they found a large quantity of marijuana, two sets of scales, freezer bags, and several guns. The street value of the marijuana was between \$15,000 and \$22,500. The respondent was charged with a variety of offences, to which his response was that the FLIR overflight was a violation of his *Charter* rights and the police should therefore never have been granted a search warrant based in part on the FLIR image. Accordingly, in the absence of a valid search warrant, he argues, the evidence obtained by the police from inside the house should be excluded. There then being insufficient evidence to support the convictions, he should be acquitted.

## II. Judicial History

### A. *Superior Court (Thomson J.)*

7

In brief oral reasons, the trial judge concluded that the use of FLIR technology was unobjectionable but even if it was objectionable the evidence ought nevertheless to be admitted because its exclusion would bring the administration of justice into disrepute. The respondent was convicted and sentenced to six months' imprisonment for possession of marijuana for the purposes of trafficking, six months concurrent for the related drug offences, and a total of 12 months for the weapons offences.

### B. *Court of Appeal for Ontario (O'Connor A.C.J.O., Abella and Sharpe J.J.A.)*

8

Abella J.A. started with the proposition that the home is a place where privacy commands a high level of protection. The question in the present case was whether "the privacy interest in the home extends to heat generated inside the home but reflected on the outside": (2003), 63 O.R. (3d) 1, at para. 33. She noted that in *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 29, Sopinka J., when listing what he considered to be

les agents de la GRC ont pénétré dans la maison, ils ont trouvé une quantité importante de marijuana, deux balances, des sacs à congélation et plusieurs armes à feu. La valeur de revente de la marijuana oscillait entre 15 000 et 22 500 \$. L'intimé a été accusé de diverses infractions. Il a opposé comme moyen de défense que le vol FLIR portait atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et que la police n'aurait jamais dû obtenir un mandat de perquisition fondé en partie sur l'image FLIR. Par conséquent, en l'absence d'un mandat de perquisition valide, il prétend qu'il fallait exclure les éléments de preuve recueillis dans la maison et prononcer son acquittement puisqu'il ne restait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer les déclarations de culpabilité.

## II. L'historique des procédures judiciaires

### A. *Cour supérieure (le juge Thomson)*

Dans des motifs succincts prononcés à l'audience, le juge de première instance a conclu qu'on ne pouvait reprocher à la police d'avoir utilisé la technique FLIR, mais que même si l'on avait pu formuler ce reproche, la preuve aurait quand même été recevable parce que son exclusion aurait déconsidéré l'administration de la justice. L'intimé a été déclaré coupable de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et d'autres infractions liées à la drogue et il a été condamné à deux peines d'emprisonnement de six mois à purger concurrentement; il a également été déclaré coupable d'infractions en rapport avec les armes à feu pour lesquelles il a été condamné à une peine totale de 12 mois d'emprisonnement.

### B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Abella et Sharpe)*

La juge Abella a d'abord énoncé le principe selon lequel la résidence est un lieu où il convient d'accorder un degré élevé de protection de la vie privée. Selon elle, la Cour devait déterminer si [TRADUCTION] « le droit à la vie privée applicable à la résidence s'étend à la chaleur générée à l'intérieur de la résidence et dégagée à l'extérieur de celle-ci » : (2003), 63 O.R. (3d) 1, par. 33. Elle a fait

examples of lawful investigatory techniques, “notably included ‘overhead infrared photography’”.

Abella J.A. pointed out that the accused had a reasonable expectation of privacy in activities carried on within his residence and “the sole reason that police photograph the heat emanations is to attempt to determine what is happening inside the house” (para. 61). While the images created by FLIR technology are relatively crude, “[t]he fact that it is necessary for the police to draw inferences from the heat emanating from the external walls in order to deduce what those internal activities are, does not change the nature of what is taking place” (para. 61).

In her view “there is an important distinction between observations that are made by the naked eye or even by the use of enhanced aids, such as binoculars, which are in common use, and observations which are the product of technology” (para. 63). In particular, “FLIR technology . . . goes beyond observation, disclosing information that would not otherwise be available and tracking the external reflections of what is happening internally” (para. 65). Thus:

The FLIR represents a search because it reveals what cannot otherwise be seen and detects activities inside the home that would be undetectable without the aid of sophisticated technology. Since what is being technologically tracked is the heat generated by activity inside the home, albeit reflected externally, tracking information through FLIR technology is a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. [para. 68]

With respect to whether the evidence should be admitted despite the unreasonableness of the search, Abella J.A. found the s. 8 breach to be a serious one since there was state intrusion into a home. Reasoning further that there is “public, judicial, and

remarquer que selon le juge Sopinka dans l’arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 29, [TRADUCTION] « “la photographie à infrarouge en plongée” figure parmi ces exemples » de techniques d’enquête qu’il considérait légales.

Soulignant que l’accusé pouvait entretenir des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l’intérieur de sa résidence, la juge Abella a indiqué que [TRADUCTION] « la police ne photographie les émanations de chaleur que pour déterminer la nature des activités se déroulant dans la maison » (par. 61). Bien que les images obtenues par le dispositif FLIR soient assez floues, [TRADUCTION] « [u]ne fois connue la chaleur émanant des murs extérieurs, la police doit recourir à des inférences pour déduire la nature des activités exercées. Toutefois, ce fait ne change en rien la nature de la démarche » (par. 61).

À son avis, [TRADUCTION] « il existe une distinction importante entre les observations à l’œil nu, ou même à l’aide d’accessoires d’amplification comme des jumelles, qui sont d’usage courant, et les observations qui sont le produit de moyens technologiques » (par. 63). Plus particulièrement, [TRADUCTION] « la technologie FLIR permet plus qu’une simple observation : elle dévoile des renseignements qui seraient inaccessibles en son absence et elle permet de déceler des manifestations extérieures de ce qui se déroule à l’intérieur » (par. 65). Ainsi :

[TRADUCTION] La surveillance à l’aide du FLIR constitue une perquisition parce que les éléments qu’elle révèle seraient autrement invisibles, et qu’elle détecte des activités qui se déroulent dans la résidence et qui seraient indétectables en l’absence d’une technologie sophistiquée. Le FLIR capte les manifestations extérieures de la chaleur produite dans la résidence, mais il vise à détecter la chaleur générée par les activités exercées dans la résidence. Par conséquent, la détection de données à l’aide du FLIR constitue une perquisition au sens de l’art. 8 de la *Charte*. [par. 68]

Quant à la question de savoir s’il convenait d’admettre les éléments de preuve en dépit du caractère abusif de la perquisition, la juge Abella a statué que la contravention à l’art. 8 était grave car il y avait eu intrusion de l’État dans la résidence. Considérant

9

10

11



political recognition that marijuana is at the lower end of the hierarchy of harmful drugs” (para. 81), she concluded that the evidence ought to have been excluded and the respondent was therefore entitled to be acquitted on all charges.

### III. Analysis

12 The freedom from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter* is fundamental to the relationship between the state and the citizen. It provides that:

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

13 Few things are as important to our way of life as the amount of power allowed the police to invade the homes, privacy and even the bodily integrity of members of Canadian society without judicial authorization. As La Forest J. stated in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28, “[t]he restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.”

14 The midnight knock on the door is the nightmare image of the police state. Thus it was in 1763 that in a speech before the British Parliament, William Pitt (the Elder) famously extolled the right of everyone to exclude from his private domain the forces of the King:

The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail — its roof may shake — the wind may blow through it — the storm may enter — the rain may enter — but the King of England cannot enter! — all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!

(Lord H. Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, at p. 42)

15 It is perhaps a long spiritual journey from Pitt’s ringing pronouncements to the respondent’s attempt to shelter a marijuana grow-op in the basement of

en outre qu’[TRADUCTION] « il a été reconnu sur les scènes publiques, judiciaire et politique que la marijuana se situe au bas de l’échelle de la nocivité des drogues » (par. 81), elle a conclu qu’il aurait fallu exclure les éléments de preuve et que, par conséquent, l’intimé avait droit à un acquittement relativement à tous les chefs d’accusation.

### III. Analyse

La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par l’art. 8 de la *Charte* est un élément fondamental de la relation entre l’État et le citoyen. Selon cet article :

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

Peu de choses revêtent autant d’importance pour notre mode de vie que l’étendue du pouvoir conféré à la police d’entrer dans la maison d’un citoyen canadien, de porter atteinte à sa vie privée et même à son intégrité corporelle sans autorisation judiciaire. Comme le juge La Forest l’a affirmé dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428, « [l]’interdiction qui est faite au gouvernement de s’intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l’essence même de l’État démocratique. »

L’arrivée des policiers en pleine nuit est la plus sombre illustration de l’État policier. C’est ainsi que, dans un discours célèbre prononcé en 1763 devant le Parlement britannique, William Pitt (le Premier Pitt) a prôné le droit de chacun d’interdire aux forces de Sa Majesté l’accès à son domaine privé :

[TRADUCTION] Dans sa chaumière, l’homme le plus pauvre peut défier toutes les forces de la Couronne. Sa chaumière peut bien être frêle, son toit peut branler, le vent peut souffler à travers, la tempête peut y entrer, la pluie peut y pénétrer, mais le roi d’Angleterre, lui, ne peut pas entrer! Toute sa force n’ose pas franchir le seuil du logement délabré.

(Lord H. Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, p. 42)

Peut-être qu’un long voyage spirituel sépare le vibrant plaidoyer de Pitt de la tentative de l’intimé de mettre une culture de marijuana à l’abri dans

his home in Kingsville, Ontario, but the principle is the same. Building upon the foundation laid by the common law, s. 8 of the *Charter* creates for “[e]veryone” certain areas of personal autonomy where “all the forces of the crown” cannot enter. These areas we have now gathered up under the general heading of privacy, although in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159, Dickson J., as he then was, was careful not to foreclose the existence of s. 8 “interests beyond the right of privacy”, saying:

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far.

Much of the law in this area betrays its early roots in the law of trespass. In an earlier era, privacy was associated with private property, whose possession protected against intruders. If the rights of private property were respected, and the curtains of the home (or the drawbridge of the castle) were pulled, the King’s agents could watch from a distance but would have no way of finding out what was going on inside. As technology developed, the protection offered by property rights diminished. Wiretaps, for example, require no physical intrusion, but can be implemented at a distance. FLIR images can be taken from an airplane. The courts were reluctant to accept the idea that, as technology developed, the sphere of protection for private life must shrink. Instead, it was recognized that the rights of private property were to some extent a proxy for the privacy that ownership of property originally conferred, and therefore, as the state’s technical capacity for peeking and snooping increased, the idea of a protected sphere of privacy was refined and developed. The perspective adopted by the Court in *Hunter v. Southam, supra*, accordingly, is that s. 8 “protects people, not places” (p. 159). See also *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1142.

le sous-sol de sa maison de Kingsville en Ontario, mais le principe reste le même. Prenant appui sur les fondements de la common law, l’art. 8 de la *Charte* crée pour « [c]hacon » des zones d’autonomie personnelle dans lesquelles « toutes les forces de la Couronne » ne peuvent pas entrer. Ces zones sont maintenant réunies sous l’appellation générale de « vie privée », mais le juge Dickson (plus tard Juge en chef) s’est prudemment gardé, dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159, d’exclure de l’objet de l’art. 8 la protection « d’autres droits que le droit à la vie privée » :

À l’instar de la Cour suprême des États-Unis, j’hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d’autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu’il offre est au moins aussi étendue.

La plupart des règles de droit applicables en cette matière trahissent leur rattachement au droit relatif à la violation de la propriété. Autrefois, la vie privée était associée à la propriété privée et la possession de cette propriété constituait une protection contre les intrus. Si les droits de propriété privée étaient respectés et que les rideaux des maisons étaient tirés (ou les ponts-levis des châteaux, levés), les mandataires du roi pouvaient observer à distance, mais ils ne disposaient d’aucun moyen de savoir ce qui se passait à l’intérieur. La protection offerte par les droits de propriété a diminué à mesure que la technologie a progressé. L’écoute électronique, par exemple, peut être mise en œuvre à distance sans intrusion physique. Les images FLIR peuvent être prises d’un avion. Les tribunaux ont hésité à accepter l’idée que l’aire de protection de la vie privée doit rétrécir à mesure que la technologie se développe. Ils ont plutôt reconnu que les droits en matière de propriété privée servaient, dans une certaine mesure, de véhicule au droit à la vie privée que conférait à l’origine la propriété d’un bien et, par conséquent, à mesure qu’augmentait la capacité technique de l’État de fureter, l’idée d’une aire de vie privée protégée s’est précisée et développée. C’est ainsi que notre Cour a adopté, dans l’arrêt *Hunter c. Southam*, précité, le point de vue selon lequel l’art. 8 « protège les personnes et non les lieux » (p. 159). Voir également *R. v. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, p. 1142.

### A. *Striking the Balance*

17

At the same time, social and economic life creates competing demands. The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures. A balance must be struck, as held in *Hunter v. Southam*, *supra*, at pp. 159-60, *per* Dickson J.:

... an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

18

The notion of the "balance" was also canvassed by Sopinka J. in advocating a "contextual approach" in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

In the result the right to be free from examination by the state is subject to constitutionally permissible limitations. First, "not every form of examination conducted by the government will constitute a 'search' for constitutional purposes. On the contrary, only where those state examinations constitute an intrusion upon some reasonable privacy interest of individuals does the government action in question constitute a 'search' within the meaning of s. 8"; *Evans, supra*, at para. 11. It is only "[i]f the police activity invades a reasonable expectation of privacy, [that] the activity is a search"; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533. Second, as the language of s. 8 implies, even those investigations that are "searches" are permissible if they are "reasonable". A search will not offend s. 8 if it is authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner: *R. v. Caslake*,

### A. *La recherche d'un équilibre*

En même temps, la vie économique et sociale crée des demandes concurrentes. Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l'art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Il faut établir un équilibre, comme le juge Dickson l'a indiqué dans *Hunter c. Southam*, précité, p. 159-160 :

... il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Le juge Sopinka a lui aussi abordé la notion d'« équilibre » lorsqu'il a préconisé l'adoption d'une « méthode contextuelle » dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

Il s'ensuit que le droit à la protection contre les enquêtes de l'État est assujéti à des restrictions constitutionnellement acceptables. Premièrement, « tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une "fouille ou perquisition". Au contraire, ce n'est que lorsque les enquêtes de l'État empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l'action gouvernementale en cause constitue une "fouille ou perquisition" au sens de l'art. 8 » : *Evans*, précité, par. 11. Ce n'est que « [s]i l'activité de la police a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée [qu']elle constitue alors une fouille » : *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533. Deuxièmement, comme le laisse entendre le texte de l'art. 8, même les enquêtes qui constituent des « fouilles ou perquisitions » sont acceptables si elles sont « raisonnables ». Une fouille ou

[1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

### B. *The Reasonable Expectation of Privacy*

Accordingly, the Court early on established a purposive approach to s. 8 in which privacy became the dominant organizing principle. “The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation”: *Hunter v. Southam*, *supra*, at p. 159 (emphasis in original). Given the bewildering array of different techniques available to the police (either existing or under development), the alternative approach of a judicial “catalogue” of what is or is not permitted by s. 8 is scarcely feasible. The principled approach was carried forward in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, where Cory J., referring to the need to consider “the totality of the circumstances”, laid particular emphasis on (1) the existence of a subjective expectation of privacy; and (2) the objective reasonableness of the expectation.

Within the general principle thus stated, the cases have come to distinguish among a number of privacy interests protected by s. 8. These include personal privacy, territorial privacy and informational privacy.

Privacy of the person perhaps has the strongest claim to constitutional shelter because it protects bodily integrity, and in particular the right not to have our bodies touched or explored to disclose objects or matters we wish to conceal. The state cannot conduct warrantless strip searches unless they are incident to a lawful arrest and performed in a reasonable manner (*R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at paras. 90-92) in circumstances where the police have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest (para. 98). Nor may the police take bodily samples without authorization: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

perquisition ne contrevient pas à l’art. 8 si elle est autorisée par une règle de droit raisonnable et exécutée d’une manière raisonnable : *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

### B. *L’attente raisonnable en matière de vie privée*

La Cour a donc très tôt adopté à l’égard de l’art. 8 une méthode téléologique axée principalement sur le respect de la vie privée. « La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable » : *Hunter c. Southam*, précité, p. 159 (souligné dans l’original). Étant donné l’ensemble déconcertant de techniques différentes (existantes ou en développement) qui s’offrent à la police, il ne serait guère réaliste d’appliquer l’autre méthode consistant à établir un « catalogue » judiciaire de ce qui est ou n’est pas permis par l’art. 8. La méthode fondée sur des principes a été précisée dans l’arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, où le juge Cory, en indiquant qu’il fallait tenir compte de « l’ensemble des circonstances », a insisté sur l’importance de l’existence d’une attente subjective en matière de vie privée, et sur l’importance du caractère raisonnable de l’attente sur le plan objectif.

Dans le cadre du principe général ainsi formulé, la jurisprudence est parvenue à distinguer un certain nombre d’aspects du droit à la vie privée que protège l’art. 8, notamment des aspects qui ont trait à la personne, aux lieux et à l’information.

La vie privée qui a trait à la personne peut le plus fortement prétendre à une protection constitutionnelle parce qu’elle protège l’intégrité corporelle et plus particulièrement le droit de refuser toute palpation ou exploration corporelle qui dévoilerait des objets ou des matières qu’une personne veut dissimuler. L’État ne peut effectuer de fouille à nu sans mandat sauf si elle est accessoire à une arrestation légale et si elle est effectuée de façon non abusive (*R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 90-92), dans des cas où la police a des motifs raisonnables de croire que la fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières de l’arrestation (par. 98). La police ne peut pas non plus prélever sans autorisation des échantillons de substances corporelles : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

19

20

21

22

The original notion of territorial privacy (“the house of everyone is to him as his castle and fortress”: *Semayne’s Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604), at p. 63) developed into a more nuanced hierarchy protecting privacy in the home, being the place where our most intimate and private activities are most likely to take place (*Evans, supra*, at para. 42; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140, *per* Cory J.: “[t]here is no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy than within their ‘dwelling-house’”; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 43), in diluted measure, in the perimeter space around the home (*R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 237 and 241; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, at p. 273), in commercial space (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 517-19; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 641 *et seq.*), in private cars (*Wise, supra*, at p. 533; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615), in a school (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 32), and even, at the bottom of the spectrum, a prison (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, at p. 877). Such a hierarchy of places does not contradict the underlying principle that s. 8 protects “people, not places”, but uses the notion of place as an analytical tool to evaluate the reasonableness of a person’s expectation of privacy.

23

Beyond our bodies and the places where we live and work, however, lies the thorny question of how much *information* about ourselves and activities we are entitled to shield from the curious eyes of the state (*R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60). This includes commercial information locked in a safe kept in a restaurant owned by the accused (*R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 16). Informational privacy has been defined as “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: A. F. Westin, *Privacy*

La notion initiale de la vie privée qui a trait aux lieux ([TRADUCTION] « la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse » : *Semayne’s Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604), p. 63) a évolué pour faire place à une hiérarchie plus nuancée visant d’abord la vie privée dans la résidence, le lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler (*Evans*, précité, par. 42; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140, le juge Cory : « [i]l n’existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa “maison d’habitation” »; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 43), puis, dans une moindre mesure, dans le périmètre entourant la résidence (*R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 237 et 241; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, p. 273), dans les locaux commerciaux (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 517-519; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641 et suiv.), dans les véhicules privés (*Wise*, précité, p. 533; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615), dans les écoles (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 32), et même, au bas de l’échelle, dans les prisons (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, p. 877). Cette hiérarchie des lieux n’est pas contraire au principe sous-jacent selon lequel l’art. 8 protège « les personnes et non les lieux », mais elle emploie la notion de lieu comme instrument d’évaluation du caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée.

Au-delà de notre intégrité corporelle et des lieux où nous vivons et travaillons, toutefois, se pose l’épineuse question des *renseignements* qui nous concernent et des activités que nous pouvons soustraire à la curiosité de l’État (*R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60). Cela englobe les renseignements commerciaux conservés dans un coffre-fort dans un restaurant appartenant à l’accusé (*R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 16). Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels a été défini comme [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes

*and Freedom* (1970), at p. 7. Its protection is predicated on

the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit.

(Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice, *Privacy and Computers* (1972), at p. 13)

The distinction between personal, territorial and informational privacy provides useful analytical tools, but of course in a given case, the privacy interest may overlap the categories. Here, for example, the privacy interest is essentially informational (i.e., about the respondent's activities) but it also implicates his territorial privacy because although the police did not actually enter his house, that is where the activities of interest to them took place.

### C. Drawing the “Reasonableness” Line

Privacy is a protean concept, and the difficult issue is where the “reasonableness” line should be drawn. Sopinka J. offered a response to this question in the context of informational privacy in *Plant*, *supra*, at p. 293, as follows:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

I emphasize the word “include” because Sopinka J. was clear that his illustration (“intimate details of the lifestyle and personal choices”) was not meant to be exhaustive, and should not be treated as such. Nevertheless, *Plant* clearly establishes that not all

le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » : A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7. La protection de ce droit repose sur

[le] postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.

(Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, *L'ordinateur et la vie privée* (1972), p. 13)

La distinction entre les aspects du droit à la vie privée selon qu'ils ont trait à la personne, aux lieux ou à l'information nous fournit des outils d'analyse utiles, mais dans une affaire donnée, bien sûr, divers aspects peuvent se recouper. En l'espèce, par exemple, c'est l'aspect qui a trait à l'information qui domine (les renseignements concernant les activités du défendeur), mais l'aspect qui a trait au lieu intervient aussi parce que, même si la police n'est pas effectivement entrée chez l'accusé, c'est dans sa maison que se déroulaient les activités qui intéressaient les forces de l'ordre.

### C. La limite du « caractère raisonnable »

La vie privée étant une notion protéiforme, il est difficile de fixer la limite du « caractère raisonnable ». Dans l'arrêt *Plant*, précité, p. 293, le juge Sopinka a proposé la solution suivante relativement à l'aspect informationnel du droit à la vie privée :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Je souligne.]

Je souligne le mot « notamment » parce que le juge Sopinka a clairement indiqué que son exemple (« des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels ») ne se voulait pas exhaustif et ne devait pas être considéré comme tel. Cependant,

24

25

26

information an individual may wish to keep confidential necessarily enjoys s. 8 protection.

27

The distinction between informational and territorial privacy is of some assistance in drawing the “reasonableness” line in the factual situation before the Court. Whereas Abella J.A. treated the FLIR imaging as *equivalent* to a search of the home, and thus “worthy of the state’s highest respect” (para. 33), I think it is more accurately characterized as an external search for information *about* the home which may or may not be capable of giving rise to an inference about what was actually going on inside, depending on what other information is available.

28

Moreover, because I emphasize the informational aspect, my focus is on the quality of information that FLIR imaging can actually deliver, whereas Abella J.A., looking to safeguard the home, looked more to the “theoretical capacity” of the FLIR technology. For example, her reasons include the prediction that “[t]he nature of the intrusiveness is subtle but almost Orwellian in its theoretical capacity” (para. 79).

29

In my view, with respect, the reasonableness line has to be determined by looking at the information generated by *existing* FLIR technology, and then evaluating its impact on a reasonable privacy interest. If, as expected, the capability of FLIR and other technologies will improve and the nature and quality of the information hereafter changes, it will be a different case, and the courts will have to deal with its privacy implications at that time in light of the facts as they then exist.

30

Counsel for the respondent of course views these matters somewhat differently. He points to the observation of La Forest J. in *R. v. Wong*, [1990] 3

l’arrêt *Plant* établit clairement que les renseignements dont une personne peut vouloir préserver la confidentialité ne bénéficient pas tous de la protection de l’art. 8.

La distinction entre les aspects du droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux ou à l’information peut nous aider à fixer la limite du « caractère raisonnable » dans les circonstances de l’espèce. La juge Abella a considéré que l’imagerie FLIR *équivalait* à une perquisition à la résidence de l’accusé, où [TRADUCTION] « l’État doit manifester le plus grand respect » (par. 33) du droit à la vie privée, mais j’estime pour ma part qu’il est plus exact d’y voir un mode externe de collecte de renseignements *au sujet de* la maison, à partir desquels il sera ou non possible de faire des déductions sur ce qui se passe à l’intérieur, selon les autres renseignements qui sont disponibles.

De plus, comme je fais primer l’aspect qui a trait à l’information, je mets l’accent sur la qualité de l’information que l’imagerie FLIR permet d’obtenir, alors que la juge Abella, qui cherchait à protéger la résidence, s’est arrêtée d’avantage à la [TRADUCTION] « capacité théorique » de la technique FLIR, prédisant par exemple dans ses motifs que [TRADUCTION] « [l]a nature de l’intrusion est subtile, mais sa capacité théorique la rend presque orwellienne » (par. 79).

En toute déférence, je suis d’avis qu’il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en examinant les renseignements produits par la technique FLIR *existante* et en analysant ensuite leur incidence sur le droit en matière d’attente raisonnable de vie privée. Si, comme on peut s’y attendre, les possibilités de la technique FLIR et d’autres techniques évoluent et entraînent des changements dans la nature et la qualité des renseignements obtenus, les circonstances seront différentes et les tribunaux devront se prononcer sur son incidence en matière de vie privée à ce moment-là, en fonction des faits qui leur seront alors présentés.

L’avocat de l’intimé envisage naturellement ces questions de façon différente, et il signale l’observation suivante qu’a faite le juge La Forest dans l’arrêt

S.C.R. 36, a case dealing with surveillance by video camera, at pp. 43-44:

In *Duarte* [[1990] 1 S.C.R. 30], 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 in original.]

I do not read this passage as entrenching a free-standing prohibition on electronic or other technologies without a warrant. The question is: *does* FLIR technology in fact intrude on the reasonable sphere of privacy of an individual?

#### D. *The “Totality of the Circumstances” Test*

I proceed on the basis of the “totality of the circumstances” test set out by Cory J. in *Edwards* and the questions listed therein, at para. 45, but the questions need to be tailored to the circumstances of the present case.

##### (1) Did the Respondent Have a Reasonable Expectation of Privacy?

On the facts of this case, we need to address:

1. What was the subject matter of the FLIR image?
2. Did the respondent have a direct interest in the subject matter of the FLIR image?
3. Did the respondent have a *subjective* expectation of privacy in the subject matter of the FLIR image?
4. If so, was the expectation *objectively* reasonable? In this respect, regard must be had to:
  - a. the place where the alleged “search” occurred;

*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 43-44, une affaire qui portait sur la surveillance par caméra vidéo :

Dans l’arrêt *Duarte* [[1990] 1 R.C.S. 30], 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. [Souligné dans l’original.]

Selon moi, ce passage ne consacre pas d’interdiction distincte visant l’utilisation sans mandat de techniques, électroniques ou autres. La question est de savoir si le recours à la technique FLIR *constitue* en fait une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée d’une personne.

#### D. *Le critère de « l’ensemble des circonstances »*

J’applique le critère de « l’ensemble des circonstances » formulé par le juge Cory dans l’arrêt *Edwards* et je réponds aux questions énumérées au par. 45 de cette décision, en les adaptant aux circonstances de la présente espèce.

##### (1) L’intimé avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée?

Vu les faits en l’espèce, il faut répondre aux questions suivantes :

1. Quel est l’objet de l’image FLIR?
2. L’intimé possédait-il des droits sur l’objet de l’image FLIR?
3. L’intimé avait-il une attente *subjective* en matière de vie privée relativement à l’objet de l’image FLIR?
4. Dans l’affirmative, cette attente était-elle objectivement raisonnable? À cet égard, il faut tenir compte des éléments suivants :
  - a. l’endroit où la prétendue « perquisition » a eu lieu;

31

32



- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>b. whether the subject matter was in public view;</li> <li>c. whether the subject matter had been abandoned;</li> <li>d. whether the information was already in the hands of third parties; if so, was it subject to an obligation of confidentiality?</li> <li>e. whether the police technique was intrusive in relation to the privacy interest;</li> <li>f. whether the use of surveillance technology was itself objectively unreasonable;</li> <li>g. whether the FLIR heat profile exposed any intimate details of the respondent's lifestyle, or information of a biographical nature.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>b. si l'objet était à la vue du public;</li> <li>c. si l'objet avait été abandonné;</li> <li>d. si des tiers possédaient déjà les renseignements; dans l'affirmative, ces renseignements étaient-ils visés par une obligation de confidentialité?</li> <li>e. si la technique policière a porté atteinte au droit à la vie privée;</li> <li>f. si le recours à la technique de surveillance était elle-même déraisonnable d'un point de vue objectif;</li> <li>g. si le profil thermique obtenu à l'aide du dispositif FLIR a révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'intimé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.</li> </ul> |
|---|---|

(2) If There Was a Reasonable Expectation of Privacy in This Case, Was it Violated by the Police Conduct?

(2) Si l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en l'espèce, a-t-elle été violée par la conduite de la police?

33

With respect to this second question, as Abella J.A. pointed out, the law is clear that warrantless searches are presumptively unreasonable, absent exigent circumstances (*Hunter v. Southam, supra*; *Collins, supra*, at p. 278; *Evans, supra*; and *Grant, supra*). However, the second question is only reached if the first question is answered in the affirmative.

Quant à la deuxième question, comme l'a signalé la juge Abella, selon la loi, il est clair que les perquisitions sans mandat sont présumées abusives en l'absence de situation d'urgence (*Hunter c. Southam*, précité; *Collins*, précité, p. 278; *Evans*, précité; et *Grant*, précité). Toutefois, pour arriver à cette deuxième question, il faut auparavant que la première question ait reçu une réponse affirmative.

E. *Did the Respondent Have a Reasonable Expectation of Privacy in the Subject Matter of the FLIR Image?*

E. *L'intimé avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à l'objet de l'image FLIR?*

(1) What Is the Subject Matter of a FLIR Image?

(1) Quel est l'objet d'une image FLIR?

34

The parties agree that for present purposes the subject matter of FLIR technology was accurately set out in the information used by the RCMP to obtain the search warrant after the FLIR overflight, as follows:

Les parties reconnaissent que, pour ce qui est de la présente espèce, l'objet de la technique FLIR a été énoncé avec exactitude comme suit dans la dénonciation présentée par la GRC en vue de l'obtention du mandat de perquisition, après le vol FLIR :

Thermal infrared systems are often used to conduct "structure profiles". These devices are passive

[TRADUCTION] Les systèmes de détecteur infrarouge sont souvent utilisés pour effectuer des « profils de structure ».

instruments which are sensitive to only thermal surface radiant temperature. The devices do not see into, or through structures. The FLIR system detects only energy which is radiated from the outside surface of an object. Internal heat which is transmitted to the outside surface of an object is detectable. This device . . . is essentially a camera that takes photographs of heat instead of light . . . The rooms of marijuana growing operations with halide lights are warmer than the average room in a residence. The walls of these rooms emanate this heat to the outside, and are therefore detectable by the FLIR. Heat in a residence is usually evenly distributed throughout the building's exterior. By comparing the pattern of heat emanating from the structure, it is possible to detect patterns of heat showing rooms or sections of a structure that may be housing the marijuana growing operation.

It is evident from the final sentence that a FLIR image is only as helpful as the inferences that it is capable of supporting. After reviewing the evidence, Abella J.A. concluded (at para. 69):

Some perfectly innocent internal activities in the home can create the external emanations detected and measured by the FLIR, and many of them, such as taking a bath or using lights at unusual hours, are intensely personal.

While sources such as baths and innocent light fixtures “create” external emanations of heat, the evidence is clear that FLIR technology cannot at this state of its development differentiate between one heat source and another. The inferences that may be justified are extremely limited, as discussed in *R. v. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215 (B.C.C.A.), at para. 29.

It seems to me that Abella J.A. put her finger on the key to this case when she observed with respect to FLIR's present utility that “[t]he surface emanations are, on their own, meaningless” (para. 66 (emphasis added)). The information obtained via a FLIR image, by itself, cannot provide sufficient grounds to obtain a search warrant. This is because,

Ces dispositifs sont des instruments passifs, uniquement sensibles au rayonnement thermique d'une surface. Les dispositifs ne voient pas à l'intérieur des structures ni à travers celles-ci. Le système FLIR se limite à détecter l'énergie qui rayonne de la surface extérieure d'un objet. La chaleur interne transmise à la surface extérieure est détectable. Pour l'essentiel, ce dispositif [. . .] est une caméra qui prend des photographies de la chaleur plutôt que de la lumière [. . .] Les pièces dans lesquelles des plants de marijuana poussent à l'aide de lampes halogènes sont plus chaudes que, en moyenne, les autres pièces d'une résidence. De la chaleur émane de leurs murs, vers l'extérieur du bâtiment. Ainsi ces murs deviennent-ils détectables par le système FLIR. La chaleur est habituellement distribuée de façon uniforme à l'intérieur d'une résidence et à sa surface extérieure. En comparant les différences de chaleur entre les éléments de la structure, il est possible de détecter des répartitions de chaleur qui indiquent la présence d'une culture de marijuana et qui désignent des pièces ou des sections de structure susceptibles d'abriter une telle culture.

La dernière phrase montre clairement que les images FLIR n'ont pas plus d'utilité que les déductions qui peuvent en être tirées. Après avoir examiné la preuve, la juge Abella est parvenue à la conclusion suivante (par. 69) :

[TRADUCTION] Certaines activités parfaitement innocentes peuvent produire des émanations externes détectables et mesurables par le FLIR. Parmi ces activités, plusieurs — comme prendre un bain ou utiliser des lumières à des heures inhabituelles — sont éminemment personnelles.

Des sources de chaleur comme le bain et d'innocents appareils d'éclairage « produisent » des émanations externes de chaleur, mais la preuve démontre clairement que la technique FLIR ne peut, à ce stade de son développement, permettre de distinguer entre différentes sources de chaleur. Les déductions justifiables sont extrêmement limitées, comme il en a été question dans l'arrêt *R. c. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215 (C.A.C.-B.), par. 29.

Il me semble que la juge Abella a la réponse en l'espèce lorsqu'elle fait observer, au sujet de l'utilité du système FLIR à l'heure actuelle, que [TRADUCTION] « [l]es émanations de surface n'ont, en elles-mêmes, aucune signification » (par. 66 (je souligne)). L'information obtenue dans une image FLIR ne saurait en soi fournir des motifs suffisants

35

36

as the Crown acknowledges, the relative crudity of the present technology does not, in itself, permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat. For that, other evidence is required to determine if there is any reason to believe the source of the heat is a marijuana grow-op. As Crown counsel put the point in oral argument, the process of obtaining a search warrant sits “on a fulcrum. And you pile straws on one side. And this [FLIR image] is one of the straws.” Moreover, “if you don’t have a number of other cogent items of evidence, [FLIR] isn’t going to help you greatly”. Based on *current* FLIR technology, this is correct.

(2) Did the Respondent Have a Direct Interest in the Subject Matter of the Image?

37 In *Edwards, supra*, the Court held that an accused had no s. 8 interest in the contents of his girlfriend’s apartment. No such problem arises in this case. The house under surveillance was the respondent’s home.

(3) Did the Respondent Have a Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter of the FLIR Image?

38 The respondent did not testify on the *voir dire* on his s. 24(2) application to exclude the evidence, but in my view it may be presumed unless the contrary is shown in a particular case that information about what happens *inside* the home is regarded by the occupants as private. Such an expectation is rooted in the ancient law of trespass and finds its modern justification in the intimacies of personal and family life. This is the approach adopted by the Ontario Court of Appeal and, so far as it goes, I agree with it.

39 The Crown takes the position that the escape of heat from *outside* a home, like the escape of smoke from a fireplace chimney or cooking odours from a kitchen fan, represents the voluntary exposure of

d’obtenir un mandat de perquisition. Comme le reconnaît le ministère public, cela s’explique par le fait que le stade relativement primitif de la technologie ne permet pas de déduire l’activité précise qui produit la chaleur. Il faut disposer d’autres éléments de preuve pour déterminer s’il existe des motifs de croire que la chaleur provient de la culture de marijuana. Comme l’a fait valoir l’avocat du ministère public dans son plaidoyer, le processus d’obtention d’un mandat de perquisition repose [TRADUCTION] « sur un pivot. Et vous empilez les brins de paille d’un côté. Et c’est [l’image FLIR] un des brins de paille. » De plus, [TRADUCTION] « si vous ne disposez pas d’un certain nombre d’autres éléments de preuve convaincants, [l’image FLIR] ne sera pas d’une grande utilité ».

(2) L’intimé possédait-il des droits sur l’objet de l’image?

Dans l’arrêt *Edwards*, précité, la Cour a jugé que l’accusé ne pouvait revendiquer le droit garanti à l’art. 8 relativement au contenu de l’appartement de sa petite amie. Ce problème ne se pose pas en l’espèce; la maison sous surveillance était la résidence de l’intimé.

(3) L’intimé avait-il une attente subjective en matière de vie privée relativement à l’objet de l’image FLIR?

L’intimé n’a pas témoigné lors du voir-dire relatif à sa demande d’exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2), mais je suis d’avis qu’on peut présumer, jusqu’à preuve du contraire, que les occupants d’une résidence considèrent comme privés les renseignements concernant ce qui se passe à *l’intérieur* de la résidence. Cette attente remonte aux anciennes règles de droit relatives à la violation de la propriété et trouve sa justification moderne dans le caractère intime que revêtent la vie personnelle et la vie de famille. C’est l’approche que la Cour d’appel de l’Ontario a adoptée et j’y souscris jusqu’à un certain point.

Le ministère public soutient que la fuite de chaleur à *l’extérieur* d’une résidence, comme la fumée s’échappant d’une cheminée ou les odeurs de cuisson sortant d’un ventilateur de cuisine, sont autant

information. Thus, the Crown argues, the respondent could have had no reasonable subjective expectation of privacy in the information obtained in the FLIR overflight. The raw information, to the extent it was discernible to the naked eye, had been abandoned to the public domain in circumstances where casual observers or passers-by were under no obligation to keep the information confidential.

It is true that a person can have no reasonable expectation of privacy in what he or she knowingly exposes to the public, or to a section of the public, or abandons in a public place (*R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *Stillman*, *supra*, at para. 62, *per* Cory J., and at para. 226, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting; *Evans*, *supra*, at para. 50, *per* Major J., concurring; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 453; *Dyment*, *supra*, at p. 435; and *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 45).

However, I do not think it can be said that “allowing” heat to escape rebuts an expectation of privacy in the way, for example, that the accused was said to “abandon” his privacy interest in the garbage he put out on the street for collection in *R. v. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321 (C.A.), at paras. 4-5. Few people think to conceal their home’s heat loss profile, and would have difficulty doing so if they tried. Living as he does in a land of melting snow and spotty home insulation, I do not believe that the respondent had a serious privacy interest in the heat patterns on the exposed external walls of his home. However, the police were clearly interested in the “heat profile” not for its own sake but for what it might reveal about the activities *inside* the home. In that respect, to the extent that it is in issue, the respondent maintained a subjective expectation of privacy.

I should add a *caveat*. The *subjective* expectation of privacy is important but its absence should not be used too quickly to undermine the protection

de renseignements volontairement communiqués. Ainsi, selon le ministère public, l’intimé ne pouvait avoir d’attente subjective raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements obtenus lors du vol FLIR. Dans la mesure où elle pouvait être observée à l’œil nu, l’information brute avait été abandonnée au domaine public dans des circonstances telles que les simples observateurs ou passants n’assumaient aucune obligation de préserver la confidentialité des renseignements en question.

Il est vrai que nul ne saurait avoir d’attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ce qu’il expose sciemment au public, ou à une partie du public, ou à ce qu’il abandonne dans un endroit public (*R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *Stillman*, précité, par. 62, le juge Cory, par. 226, et la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente; *Evans*, précité, par. 50, le juge Major, motifs concordants; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 453; *Dyment*, précité, p. 435; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 45).

Cependant, je ne crois pas qu’on puisse dire que le fait de « laisser » s’échapper de la chaleur réfute une attente en matière de vie privée au sens où, par exemple, la Cour a décidé dans l’affaire *R. c. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321 (C.A.), par. 4-5, que l’accusé avait « renoncé » à son droit à la vie privée afférent aux rebuts qu’il avait mis à la rue pour qu’ils soient ramassés. Peu de gens pensent à cacher le profil de perte de chaleur de leur résidence, et ils auraient de la difficulté à le faire s’ils essayaient. Je ne crois pas que l’intimé, qui vit dans un pays de fonte de neige et d’isolation domiciliaire plus ou moins bien faite, puisse revendiquer sérieusement un droit à la vie privée relativement au profil thermique des murs extérieurs exposés de son domicile. La police, toutefois, s’intéressait nettement au « profil thermique », non pour le profil lui-même, mais pour ce qu’il pouvait révéler des activités se déroulant à l’intérieur de la résidence. Dans la mesure où cet aspect est en cause, l’intimé conservait une attente subjective en matière de vie privée.

J’assortirais cette conclusion d’une réserve. L’attente *subjective* en matière de vie privée a son importance, mais il ne faudrait pas utiliser trop

40

41

42

afforded by s. 8 to the values of a free and democratic society. In an age of expanding means for snooping readily available on the retail market, ordinary people may come to fear (with or without justification) that their telephones are wiretapped or their private correspondence is being read. One recalls the evidence at the Watergate inquiry of conspirator Gordon Liddy who testified that he regularly cranked up the volume of his portable radio to mask (or drown out) private conversations because he feared being “bugged” by unknown forces. Whether or not he was justified in doing so, we should not wish on ourselves such an environment. Suggestions that a diminished *subjective* expectation of privacy should automatically result in a lowering of constitutional protection should therefore be opposed. It is one thing to say that a person who puts out the garbage has no reasonable expectation of privacy in it. It is quite another to say that someone who fears their telephone is bugged no longer has a *subjective* expectation of privacy and thereby forfeits the protection of s. 8. Expectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard.

rapidement son absence pour écarter la protection des valeurs d’une société libre et démocratique qu’offre l’art. 8. À une époque où l’on peut facilement se procurer sur le marché des dispositifs de furetage de plus en plus diversifiés, le simple citoyen peut en venir à craindre (à tort ou à raison) que son téléphone soit placé sous écoute ou que son courrier personnel soit lu. On peut se rappeler le témoignage du conspirateur Gordon Liddy qui disait, à l’enquête sur le Watergate, qu’il montait le volume de son appareil radio portatif pour masquer (ou couvrir) ses conversations privées parce qu’il craignait que des micros aient été placés par des groupes inconnus. Que cette crainte ait été ou non justifiée, nous ne devrions pas nous souhaiter un tel climat. Il faut donc réfuter toute affirmation selon laquelle la diminution de l’attente *subjective* en matière de vie privée se traduira automatiquement par une diminution correspondante de la protection constitutionnelle. Affirmer qu’un particulier qui laisse ses ordures au ramassage n’a pas d’attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet est une chose. Mais c’en est une toute autre de dire qu’une personne qui craint que son téléphone soit sur écoute n’a plus d’attente *subjective* en matière de vie privée et qu’elle ne peut plus de ce fait revendiquer la protection de l’art. 8. L’attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive.

(4) Was the Respondent’s Expectation of Privacy Objectively Reasonable?

(4) L’attente de l’intimé en matière de vie privée était-elle objectivement raisonnable?

43 This is a major battleground in many of the s. 8 cases and a number of factors have emerged as helpful “markers”.

Cette question est l’objet de débats vigoureux dans de nombreuses affaires intéressant l’art. 8, et nombre de facteurs se sont avérés des « repères » utiles.

(a) *The Place Where the Alleged Search Occurred*

a) *L’endroit où la prétendue perquisition a eu lieu*

44 While s. 8 protects people, not places, the place where the search occurs greatly influences the reasonableness of the individual’s expectation. In *Wong*, *supra*, Lamer C.J. put it this way, at p. 62:

Si l’article 8 protège les personnes et non les lieux, le lieu de la perquisition influence grandement le caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée. Le juge en chef Lamer l’exprime ainsi dans l’arrêt *Wong*, précité, p. 62 :

The nature of the place in which the surveillance occurs will always be an important factor to consider in

La nature de l’endroit où la surveillance a lieu sera toujours un facteur important dont il faudra tenir compte

determining whether the target has a reasonable expectation of privacy in the circumstances. It is not, however, determinative.

In this case, the image was taken of the exterior of the respondent's home, a place which, as Abella J.A. pointed out (at para. 42), traditionally has been accorded the highest degree of privacy. She relied, in part, on the concurring judgment of McLachlin J. in *Plant*, at p. 302:

The [electricity consumption] records are capable of telling much about one's personal lifestyle, such as how many people lived in the house and what sort of activities were probably taking place there. The records tell a story about what is happening inside a private dwelling, the most private of places.

The United States Supreme Court declared the use of FLIR technology to image the outside of a house to be unconstitutional in *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), based largely on the "sanctity of the home" (p. 37). We do not go so far. The fact that it was the respondent's home that was imaged using FLIR technology is an important factor but it is not controlling and must be looked at in context and in particular, in this case, in relation to the nature and quality of the information made accessible by FLIR technology to the police.

(b) *Was the Subject Matter on Public View?*

Heat is lost from the external wall of the building and this is obvious to even the most casual observer. Patches of snow melt at different rates on a poorly insulated roof. In *Hutchings*, *supra*, for example, an informant in a marijuana grow-op trial testified that he saw no snow on the barn roof where there should have been some. On the other hand, as Abella J.A. points out, at para. 65:

Without FLIR technology, however, that person cannot know that it is hotter than other houses in the area or that

pour déterminer si la personne-cible s'attend raisonnablement au respect de la vie privée dans les circonstances. Ce facteur n'est toutefois pas déterminant.

En l'espèce, l'image montre l'extérieur de la résidence de l'intimé, un endroit où, comme l'a signalé la juge Abella (par. 42), on a toujours accordé la plus haute importance à la vie privée. La juge Abella s'est notamment appuyée en partie sur les motifs concordants de la juge McLachlin dans l'arrêt *Plant* (p. 302) :

Il est possible de tirer des dossiers [de consommation d'électricité] en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne, et notamment sur le nombre de personnes qui occupent une maison ainsi que sur le genre d'activités auxquelles elles se livrent vraisemblablement. Ces dossiers renseignent sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée.

Dans l'arrêt *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001), la Cour suprême des États-Unis s'est fortement appuyée sur [TRADUCTION] « l'inviolabilité du foyer » (p. 37) pour déclarer inconstitutionnel le recours à la technique FLIR afin d'obtenir des images de l'extérieur d'une maison. Nous n'allons pas aussi loin. Le fait que l'image obtenue par la technique FLIR ait montré la résidence de l'intimé constitue certes un facteur important, mais il n'est pas déterminant; il importe de l'examiner en contexte et en particulier, dans la présente affaire, en relation avec la nature et la qualité de l'information à laquelle la police avait accès grâce à la technique FLIR.

b) *L'objet était-il à la vue du public?*

La chaleur se dégage par les murs extérieurs de l'édifice et même l'observateur le moins attentif peut le constater. La fonte de la neige ne se fait pas uniformément sur un toit mal isolé. Par exemple, dans l'arrêt *Hutchings*, précité, un informateur a affirmé dans son témoignage, dans un procès relatif à une opération de culture de marijuana, qu'il n'y avait pas de neige sur le toit de la grange alors qu'il aurait dû y en avoir. Par contre, comme l'a signalé la juge Abella (par. 65) :

[TRADUCTION] Toutefois, si elle ne dispose pas de la technologie FLIR, cette personne ne peut pas savoir que

45

46

one room in particular reveals a very high energy consumption.

47 Yet FLIR technology does not “see” through the wall of the building. Indeed, it cannot even “see” through a transparent window. It is not X-ray technology. Everything shown in the FLIR photograph exists on the external surfaces of the building and in that sense it records only information exposed to the public (albeit the public, unaided by technology, cannot in fact observe the heat pattern in the detail FLIR imaging affords).

(c) *Had the Subject Matter Been Abandoned?*

48 There was no abandonment in any voluntary sense, as discussed.

(d) *Was the Information Already in the Possession of Third Parties?*

49 It was not available to third parties in any form visible to the naked eye that would have been of any use to the police.

(e) *Was the Police Technique Intrusive in Relation to the Privacy Interest?*

50 The lack of intrusiveness is a factor in the assessment; *Wong, supra*, at p. 43; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 36; *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 496 (dissent) and 594 (majority); and *Plant, supra*, at p. 295.

51 Of course the respondent objects to this form of state surveillance of his home. He points out that if the Crown is correct that what was done with FLIR technology in this case is not a s. 8 search, it would follow that the police are at liberty to take “heat pictures” of homes and other shelters whenever they wish, targeting whomever they wish, without any prior judicial authorization. This is true, but I agree with Stevens J., at p. 45, speaking for the minority in *Kyllo*, that

public officials should not have to avert their senses or their equipment from detecting emissions in the public domain such as excessive heat, traces of smoke,

la maison est plus chaude que d’autres maisons du voisinage ou qu’une certaine pièce révèle une très grande consommation d’énergie.

Pourtant, la technique FLIR ne permet pas de « voir » à travers les murs. De fait, elle ne permet même pas de « voir » à travers une fenêtre transparente. Il ne s’agit pas de rayons X. Tout ce que l’image FLIR montre se trouve sur les surfaces extérieures de l’édifice et, en ce sens, cette image n’enregistre que des renseignements offerts à la vue du public (bien que, sans appui technologique, le public ne puisse observer le profil thermique aussi minutieusement que le permet l’imagerie FLIR).

c) *L’objet avait-il été abandonné?*

Il n’y a pas eu d’abandon volontaire, comme je l’ai dit.

d) *Des tiers possédaient-ils déjà les renseignements?*

Les renseignements n’étaient pas accessibles à des tiers sous une forme perceptible à l’œil nu pouvant être d’une utilité quelconque à la police.

e) *La technique policière a-t-elle porté atteinte au droit à la vie privée?*

L’absence de caractère attentatoire est un facteur pris en compte dans l’évaluation : *Wong*, précité, p. 43; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 36; *Thomson Newspapers*, précité, p. 496 (dissidence) et p. 594 (majorité); *Plant*, précité, p. 295.

L’intimé s’oppose bien sûr à cette forme de surveillance de sa résidence par l’État. Il signale que si l’on accepte l’argument du ministère public selon lequel le recours à la technique FLIR en l’espèce ne constitue pas une perquisition visée à l’art. 8, on permet à la police de prendre quand elle le veut et sans autorisation judiciaire préalable des « images thermiques » de résidences et d’autres locaux d’habitation en ciblant qui elle veut. C’est vrai, mais je suis d’accord avec le juge Stevens qui dit ce qui suit au nom des juges dissidents dans *Kyllo*, à la p. 45 :

[TRADUCTION] . . . les mandataires de l’État ne doivent pas s’empêcher de détecter, par leurs sens ou à l’aide d’appareils, des émissions dans le domaine public comme

suspicious odors, odorless gases, airborne particulates, or radioactive emissions, any of which could identify hazards to the community.

The respondent's argument, however, is more fundamental. The real subject matter of interest to the police is not the surface heat but the inference that can be drawn about the activity going on inside the house. Abella J.A. held, at para. 67, that FLIR technology, albeit by the use of police inference, does intrude *into* the home:

... the measurement of heat emanations from inside a home is the measurement of inherently private activities which should not be available for state scrutiny without prior judicial authorization.

See also *R. v. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201, at para. 33, *per* Conrad J.A.

The marijuana grow-op itself was certainly not in public view. Thus the debate is forced back to the same question posed at the outset: what exactly does the FLIR image tell the police about the existence of a marijuana grow-op *inside* the house? The answer, as discussed, is that FLIR imaging cannot identify the source of the heat or the nature of the activity that created it. It merely tells the police that there are heat-generating activities within the home. (It would be strange if it were otherwise.) The existence and distribution of heat on the external walls is consistent with a number of hypotheses including as *one* possibility the existence of a marijuana grow-op. FLIR's usefulness depends on what other information the police have.

While I conceptualize the subject matter somewhat differently than Abella J.A. as externally obtained information *about* the home (because no "intrusion" in any meaningful sense is possible under existing FLIR technology), I agree with the concern that privacy "is closely linked to the effect that a breach of that privacy would have on the freedom and dignity of the individual": *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 19. Similarly in *Wong, supra*, at p. 47,

de la chaleur excessive, des traces de fumée, des odeurs suspectes, des gaz inodores, des particules en suspension dans l'air ou des émissions radioactives, qui pourraient révéler des dangers pour la collectivité.

L'argument de l'intimé, toutefois, est plus fondamental. En réalité, ce n'est pas la chaleur en surface qui intéresse la police, mais les déductions qu'elle permet de faire au sujet des activités se déroulant à l'intérieur de la maison. Selon la juge Abella, au par. 67, la technique FLIR, bien qu'elle suppose une inférence de la part de la police, constitue une intrusion *dans* la résidence :

[TRADUCTION] ... la mesure de la chaleur se dégageant de l'intérieur d'une résidence offre la mesure d'activités de nature privée qui, sans autorisation judiciaire préalable, ne devraient pas être assujetties au regard scrutateur de l'État.

Voir aussi *R. c. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201, par. 33, la juge Conrad.

La marijuana n'était certainement pas cultivée à la vue du public. Par conséquent, il faut revenir à la question posée au début : qu'est-ce que l'image FLIR apprend exactement à la police au sujet de l'existence d'une culture de marijuana à *l'intérieur* de la maison? Comme je l'ai déjà dit, la réponse est que l'imagerie FLIR ne permet de déterminer ni la source de chaleur ni la nature de l'activité qui la produit. Elle indique seulement à la police que la résidence abrite des activités génératrices de chaleur. (Il serait étrange qu'il en soit autrement.) La présence et la distribution de chaleur sur les murs extérieurs peut donner lieu à un certain nombre d'hypothèses, dont l'*une* peut être la culture de marijuana. L'utilité du système FLIR dépend des autres renseignements dont dispose la police.

Bien que ma perception de l'objet diffère quelque peu de celle de la juge Abella en ce que, selon moi, il s'agit de renseignements *au sujet* de la maison obtenus de l'extérieur (le recours à la technique FLIR existante ne pouvant donner lieu à une « intrusion » réelle), je partage la préoccupation selon laquelle le droit à la vie privée « est étroitement lié à l'effet qu'une violation de ce droit aurait sur la liberté et la dignité de l'individu en cause » : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998]

52

53

54



La Forest J. states that “we must always be alert to the fact that modern methods of electronic surveillance have the potential, if uncontrolled, to annihilate privacy”. I mentioned earlier Abella J.A.’s reference to George Orwell. It is appropriate, then, to quote the words of *Nineteen Eighty-Four* (1949), at pp. 4-5:

There was of course no way of knowing whether you were being watched at any given moment. . . . It was even conceivable that they watched everybody all the time. . . . You had to live — did live, from habit that became instinct — in the assumption that every sound you made was overheard, and . . . every movement scrutinised.

55 I agree with Abella J.A. that the spectre of the state placing our homes under technological surveillance raises extremely serious concerns. Where we differ, perhaps, is that in my view such technology must be evaluated according to its *present* capability. Whatever evolution occurs in future will have to be dealt with by the courts step by step. Concerns should be addressed as they truly arise. FLIR technology at this stage of its development is both non-intrusive in its operations and mundane in the data it is capable of producing. It is clear, to repeat, that at present no warrant could ever properly be granted solely on the basis of a FLIR image.

(f) *Was the Use of Surveillance Technology Itself Objectively Unreasonable?*

56 A justified concern about the advance of surveillance technology was expressed by Abella J.A., at para. 63:

In my view, there is an important distinction between observations that are made by the naked eye or even by the use of enhanced aids, such as binoculars, which are in common use, and observations which are the product of technology.

57 This was also a key element in the decision of the U.S. Supreme Court in *Kyllo* in which the majority judgment, written by Scalia J., concluded (at p. 40):

1 R.C.S. 841, par. 19. De la même façon, le juge La Forest a déclaré, dans l’arrêt *Wong*, précité, que « nous devons toujours rester conscient du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s’ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée » (p. 47). Le juge Abella a, comme je l’ai indiqué, évoqué George Orwell. Aussi est-il approprié de citer un passage de *1984* (1950), p. 13 :

Naturellement, il n’y avait pas moyen de savoir si, à un moment donné, on était surveillé. [ . . . ] On pouvait même imaginer qu’elle surveillait tout le monde, constamment. [ . . . ] On devait vivre, on vivait, car l’habitude devient instinct, en admettant que tout son émis était entendu et que [ . . . ] tout mouvement était perçu.

Je suis d’accord avec le juge Abella que le spectre de la surveillance technologique de nos résidences par l’État a de quoi inquiéter vivement. Notre divergence d’opinion tient peut-être à ce que j’estime qu’il faut évaluer les techniques en fonction de leurs capacités *actuelles*. Tout développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes devraient être analysés au moment où ils se posent véritablement. À son présent stade de développement, la technique FLIR peut être employée de façon non intrusive et elle est inoffensive pour ce qui est des données qu’elle produit. Je répète qu’il est clair que les images FLIR ne pourraient actuellement fonder à elles seules la délivrance d’un mandat.

f) *Le recours à la technique de surveillance elle-même était-il déraisonnable d’un point de vue objectif?*

La juge Abella, au par. 63 de ses motifs, a exprimé des craintes justifiées au sujet du progrès de la technologie de surveillance :

[TRADUCTION] À mon avis, il existe une distinction importante entre les observations à l’œil nu, ou même à l’aide d’accessoires d’amplification comme des jumelles, qui sont d’usage courant, et les observations qui sont le produit de moyens technologiques.

Cet élément a également joué un rôle important dans l’arrêt *Kyllo* de la Cour suprême des États-Unis, où le juge Scalia a conclu au nom des juges majoritaires (p. 40) :

Where, as here, the Government uses a device that is not in general public use, to explore details of the home that would previously have been unknowable without physical intrusion, the surveillance is a “search” and is presumptively unreasonable without a warrant. [Emphasis added.]

Scalia J. does not elaborate on what he means by “a device that is not in general public use” and the dissenters suggested such a standard is unworkable (*Kyllo, supra*, at p. 47). On the evidence here, FLIR imaging does *not* disclose “details of the home”, as has already been discussed. The terms “technology” or “a device that is not in general public use” (or Abella J.A.’s reference to “enhanced aids . . . which are in common use”, at para. 63) are vague and take in a lot of territory. The argument, presumably, is that if an area of our lives is already exposed to surveillance by commonly available “technology” such as binoculars, we can have no reasonable *continuing* expectation of privacy in that respect. This may be true, but what is the test for “general public use”? In my view, the issue is not whether FLIR technology puts the police inside the home, because it does not, or whether FLIR is in general *public* use (it is not), but rather the nature and quality of the information about activities in the home that the police are able to obtain. The evidence is that a FLIR image of heat emanations is, on its own, as Abella J.A. acknowledged, “meaningless”. That is the bottom line.

(g) *Did the FLIR Heat Profile Expose Any Intimate Details of the Respondent’s Lifestyle or Part of His Core Biographical Data?*

In *Plant, supra*, Sopinka J. sought to calibrate a reasonable expectation of informational privacy to the purpose of s. 8 (p. 292). In that case, the police had obtained computer records from the Calgary Utilities Commission which showed unusual

[TRANSDUCTION] Lorsque, comme en l’espèce, le gouvernement a recours à un dispositif auquel le public n’a pas généralement accès pour scruter, relativement à une résidence, des détails dont il aurait auparavant été impossible de prendre connaissance sans intrusion physique, la surveillance est une « perquisition », et elle est présumée abusive si elle a été effectuée sans mandat. [Je souligne.]

Le juge Scalia n’a pas précisé ce qu’il entendait par « un dispositif auquel le public n’a pas généralement accès », et les juges dissidents ont indiqué qu’une telle norme n’était pas applicable (*Kyllo, précité*, p. 47). Selon la preuve produite en l’espèce, l’imagerie FLIR *ne révèle pas* « des détails relativement à une résidence » comme nous l’avons vu. Les termes « technique » ou « dispositif auquel le public n’a pas généralement accès » (ou les mots « accessoires d’amplification [. . .] qui sont d’usage courant » employés par la juge Abella au par. 63) sont vagues et englobent beaucoup de choses. Il faut supposer que l’argument est le suivant : si un aspect de notre vie est déjà exposé à une surveillance par des moyens « techniques » facilement accessibles, comme des jumelles, nous *ne* pouvons *plus* avoir à cet égard d’attente raisonnable en matière de vie privée. C’est peut-être le cas, mais quel critère permet de dire s’il s’agit d’un dispositif « auquel le public a généralement accès »? À mon avis, la question n’est pas de savoir si la technique FLIR permet à la police d’entrer dans la maison, ce qui n’est pas le cas, ni si le *public* a généralement accès au FLIR (ce n’est pas le cas), mais plutôt quelles sont la nature et la qualité de l’information que la police peut obtenir au sujet des activités qui se déroulent dans la maison. Selon la preuve, une image FLIR montrant des émanations de chaleur n’a en elle-même, comme la juge Abella l’a reconnu, « aucune signification ». C’est là le point essentiel.

(g) *Le profil thermique obtenu à l’aide du dispositif FLIR a-t-il révélé des détails intimes sur le mode de vie de l’intimé ou des renseignements d’ordre biographique le concernant?*

Dans l’arrêt *Plant, précité*, le juge Sopinka a cherché à calibrer l’attente raisonnable des particuliers relativement aux aspects informationnels en matière de droit à la vie privée en fonction de l’objet de l’art. 8 (p. 292). Dans cette affaire, la police avait

electricity consumption at the home of the accused indicating the potential existence of a marijuana grow-op. The records themselves were not obtained from the appellant. It was held that within the commercial relationship of supplier and customer, the accused had knowingly disclosed his electricity consumption to the utility company, with no arrangement as to confidentiality. Such records could be accessed on-line by the police, and thus no reasonable expectations of privacy existed.

60 For ease of reference I repeat the dictum of Sopinka J., at p. 293, once again:

... in order for constitutional protection to be extended, the information seized must be of a “personal and confidential” nature. In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the life-style and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

61 On this point, as well, we part company with the U.S. Supreme Court majority in *Kyllo* insofar as Scalia J. declined to distinguish among types of information relating to the home. He declares that “[i]n the home, our cases show, *all* details are intimate details, because the entire area is held safe from prying government eyes” (p. 37). This view seems to be predicated on the “originalism” philosophy of Scalia J. for he writes (at pp. 34-35):

We think that obtaining by sense-enhancing technology any information regarding the interior of the home that could not otherwise have been obtained without physical “intrusion into a constitutionally protected area,” *Silverman*, 365 U.S., at 512, constitutes a search — at least where (as here) the technology in question is not in general public use. This assures preservation of that degree of privacy against government that existed when the Fourth Amendment was adopted [in 1791]. On the

obtenu de la Calgary Utilities Commission des dossiers informatisés qui montraient une consommation d’électricité inhabituelle chez l’accusé, un indice qu’il pouvait s’y trouver une culture de marijuana. Ce n’est pas auprès de l’appelant que la police s’était procurée les dossiers. La Cour a statué que dans le cadre de la relation commerciale fournisseur-client, l’accusé avait sciemment révélé sa consommation d’électricité à la compagnie de services publics sans prendre de dispositions pour préserver la confidentialité de l’information. La police pouvait avoir accès en ligne à ces dossiers et il n’existait donc pas d’attente raisonnable en matière de vie privée.

Pour plus de commodité, je répète ici l’observation formulée par le juge Sopinka à la p. 293 :

... pour que la protection constitutionnelle s’applique, les renseignements saisis doivent être de nature « personnelle et confidentielle ». Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d’intégrité et d’autonomie qu’il consacre, il est normal que l’art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu. [Je souligne.]

Sur ce point également, nous différons d’avis avec les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Kyllo*, dans la mesure où le juge Scalia s’est refusé à distinguer entre les divers types de renseignements relatifs à la résidence. Il a affirmé qu’[TRADUCTION] « [i]l appert de notre jurisprudence que, dans la résidence, *tous* les détails participent de l’intimité parce que toute la résidence est à l’abri du regard inquisiteur du gouvernement » (p. 37). Cette opinion semble procéder d’une philosophie « originaliste » du juge Scalia qui a écrit ce qui suit (p. 34-35) :

[TRADUCTION] Nous pensons que l’obtention, à l’aide de techniques d’amplification sensorielle, de renseignements quels qu’ils soient concernant l’intérieur de la résidence qui n’auraient pu être obtenus autrement sans « intrusion dans un lieu bénéficiant d’une protection constitutionnelle », *Silverman*, 365 U.S., p. 512, constitue une perquisition — à tout le moins lorsque (comme en l’espèce) la technique en cause n’est pas d’utilisation répandue dans le public. Ce principe garantit, contre les atteintes du

basis of this criterion, the information obtained by the thermal imager in this case was the product of a search. [Emphasis added.]

For reasons already stated, I do not regard the use of current FLIR technology as the functional equivalent of placing the police inside the home. Nor is it helpful in the Canadian context to compare the state of technology in 2004 with that which existed at Confederation in 1867, or in 1982 when s. 8 of the *Charter* was adopted. Having regard to its *purpose*, I do not accept that s. 8 is triggered by a FLIR image that discloses that heat sources of some unknown description are present inside the structure, or that the heat distribution is uneven. Certainly FLIR imaging generates information *about* the home but s. 8 protects people, not places. The information generated by FLIR imaging about the respondent does not touch on “a biographical core of personal information”, nor does it “ten[d] to reveal intimate details of [his] lifestyle” (*Plant*, at p. 293). It shows that some of the activities in the house generate heat. That is not enough to get the respondent over the constitutional threshold.

(h) *Conclusion With Respect to the Reasonable Expectation*

External patterns of heat distribution on the external surfaces of a house is not information in which the respondent had a reasonable expectation of privacy. The heat distribution, as stated, offers no insight into his private life, and reveals nothing of his “biographical core of personal information”. Its disclosure scarcely affects the “dignity, integrity and autonomy” of the person whose house is subject of the FLIR image (*Plant*, at p. 293).

I wish to add one further observation. In *Plant*, Sopinka J. listed the seriousness of the offence as a factor in the “balance” sought to be achieved in s. 8 of the *Charter* (p. 295). Undoubtedly the “seriousness of the offence” has a role to play in striking “the

gouvernement au droit à la vie privée, le degré de protection qui existait lors de l’adoption du Quatrième Amendement [en 1791]. Compte tenu de ce critère, les renseignements obtenus en l’espèce à l’aide de l’imageur thermique ont été obtenus lors d’une perquisition. [Je souligne.]

Pour les raisons que j’ai déjà exposées, je ne pense pas que l’utilisation de la technique FLIR, dans son état présent, équivaille à faire entrer la police dans la résidence. Il n’est pas utile non plus, dans le contexte canadien, de comparer la technologie de 2004 avec celle qui existait en 1867, ou en 1982 lorsque l’art. 8 de la *Charte* a été adopté. Pour ce qui est de son *objet*, je ne puis accepter que l’art. 8 doive s’appliquer si une image FLIR révèle la présence dans l’édifice de sources de chaleur d’origine inconnue ou une distribution inégale de la chaleur. Il est certain que l’imagerie FLIR permet d’obtenir des renseignements *au sujet* de la résidence, mais l’art. 8 protège les personnes, non les lieux. Les renseignements que l’imagerie FLIR permet d’obtenir au sujet de l’intimé ne touchent pas « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel », pas plus qu’ils « tend[e]nt à révéler des détails intimes sur [son] mode de vie » (*Plant*, p. 293). Elle indique que certaines activités à l’intérieur de la maison génèrent de la chaleur. Cela ne suffit pas pour donner ouverture à l’application de la garantie constitutionnelle.

h) *Conclusion relative à l’attente raisonnable*

La façon dont la chaleur est distribuée sur les surfaces externes d’une maison n’est pas un renseignement à l’égard duquel l’intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Ce renseignement, comme je l’ai dit, ne révèle rien sur la vie privée de l’intimé ni sur « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel » le concernant. Sa divulgation n’influe guère sur la « dignité, [l]’intégrité et [l]’autonomie » de la personne dont la maison figure sur l’image FLIR (*Plant*, p. 293).

Je tiens à ajouter une autre observation. Dans l’arrêt *Plant*, le juge Sopinka a inclus la gravité de l’infraction dans la liste des facteurs influant sur « l’équilibre » que cherche à réaliser l’art. 8 de la *Charte* (p. 295). À n’en pas douter, la « gravité

62

63

64

balance”, but I do not think that it is a factor in determining whether the respondent did or did not have a reasonable expectation of privacy in the heat distribution patterns on the outside of his house. Rather, it may more logically arise at the stage the court considers whether a particular search was reasonable, or whether the evidence obtained by an unreasonable search may be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

F. *If the Respondent Had a Reasonable Expectation of Privacy in this Case, Was It Violated?*

65 In light of the finding that the respondent had no reasonable expectation of privacy in the heat distribution information, this question does not arise.

#### IV. Disposition

66 I would allow the appeal and restore the conviction.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Frank Miller, Windsor.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

de l’infraction » a un rôle à jouer dans la recherche de « l’équilibre », mais je ne pense pas qu’il s’agisse d’un facteur pour déterminer si l’intimé avait ou non une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à la distribution de la chaleur à l’extérieur de sa maison. Tel facteur interviendrait plutôt, plus logiquement, à l’étape où le tribunal examine si une perquisition donnée est raisonnable ou si la preuve obtenue au moyen d’une perquisition abusive est recevable sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*.

F. *Si l’intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en l’espèce, a-t-elle été violée?*

Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l’intimé n’avait pas d’attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements concernant la distribution de la chaleur, cette question ne se pose pas.

#### IV. Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l’intimé : Frank Miller, Windsor.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*