

**Perry Gordon Thompson, Ross Allen Rosen,
Beebe Auld, Glen Douglas McDonald and
James Cromwell** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. THOMPSON

File No.: 19992.

1988: November 29, 30; 1990: October 18.

Present: Dickson C.J.* and Lamer C.J.** and
McIntyre***, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and
Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Validity of authorization — Sufficiency of
description — Places of interception: public pay phones
and residential premises — Authorizations permitting
private communications to be intercepted at all places
resorted to by named persons within the province —
Whether authorizations valid — Whether public pay
telephones should be specifically mentioned on face of
authorizations — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34,
ss. 178.12(1)(e), 178.13(2)(c), 178.16(1).*

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Validity of authorization — Renewal or new
authorization — Police obtaining new authorization
prior to expiration of original authorization — New
authorization including new parties and locations for
surveillance — Whether appropriate to seek new
authorization rather than renewal — Criminal Code,
R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.*

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Admissibility of evidence — Proof of resorting
to a place — Authorizations permitting private com-
munications to be intercepted at all places resorted to
by named persons within the province — Whether inter-
cepted private communication in itself can afford evi-
dence that a person resorted to "a place" — Criminal
Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unrea-
sonable search and seizure — Interception of private
communications — Authorizations permitting private
communications to be intercepted at all places resorted*

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

*** McIntyre J. took no part in the judgment.

**Perry Gordon Thompson, Ross Allen Rosen,
Beebe Auld, Glen Douglas McDonald et
James Cromwell** *Appellants*

a c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. THOMPSON

N° du greffe: 19992.

b

1988: 29, 30 novembre; 1990: 18 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef
Lamer** et les juges McIntyre***, Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé et Sopinka.

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Interception de communica-
tions privées — Validité de l'autorisation — Caractère suffi-
sant de la description — Lieux d'interception: télépho-
nes publics et lieux résidentiels — Autorisations d'in-
tercepter des communications privées à tout endroit de
la province fréquenté par des personnes nommées —
Les autorisations sont-elles valides? — Les autorisa-
tions devraient-elles mentionner expressément les télé-
phones publics? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch.
C-34, art. 178.12(1)e, 178.13(2)c, 178.16(1).*

*Droit criminel — Interception de communica-
tions privées — Validité de l'autorisation — Renouvellement
ou nouvelle autorisation — Obtention par la police
d'une nouvelle autorisation avant l'expiration de l'au-
torisation initiale — Nouvelle autorisation visant de
nouvelles personnes et de nouveaux lieux de surveil-
lance — Convient-il de demander une nouvelle autori-
sation au lieu d'un renouvellement? — Code criminel,
S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.*

*Droit criminel — Interception de communica-
tions privées — Admissibilité de la preuve — Preuve de la
fréquentation d'un lieu — Autorisations d'intercepter
des communications privées à tout endroit de la pro-
vince fréquenté par des personnes nommées — La com-
munication privée interceptée peut-elle en soi fournir la
preuve que la personne a fréquenté «un lieu»? — Code
criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouil-
les, perquisitions et saisies abusives — Interception de
communications privées — Autorisations d'intercepter
des communications privées à tout endroit de la pro-*

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

** Juge en chef à la date du jugement.

*** Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

to by named persons within the province — Surreptitious entry into residential premises to install intercepting devices — Intercepting devices installed on public pay telephones — No conditions included in authorizations to protect public interest — Whether authorizations violate s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether communications intercepted under authorizations should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.

The appellants were charged with conspiracy to import marijuana. The Crown's case consisted principally of private communications which were intercepted under three judicial authorizations. Paragraph (c) of these authorizations permitted the interception of telephone communications at the addresses of the persons named in the authorizations "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to" by these persons. The first authorization named the appellants T, A and R, and the affidavit filed with it before the authorizing judge revealed that the police intended to intercept communications at public pay telephones. Acting under this authorization, the police installed intercepting equipment at several residences, hotel rooms and public pay telephones. A second authorization overlapped the first authorization by two days. It named ten persons, including all appellants except M. Prior to the expiry of the second authorization, a third authorization was granted naming twelve persons, including all appellants except M. Under the second and third authorizations, intercepting equipment was installed on other pay telephones. The equipment installed during the first authorization remained in place in most of the pay telephones until the end of the investigation. This interception capability was not mentioned in the subsequent authorizations. On some occasions during the investigation, tape recorders installed on pay telephones were left on "automatic play mode" overnight, intercepting the conversations of persons not covered by the authorizations. The trial judge, on a *voir dire*, held all but nine interceptions inadmissible. The Crown called no evidence before the jury and the trial judge directed the jury to acquit the appellants. The Crown's appeal was allowed and a new trial ordered. This appeal is to determine (1) whether an authorization permitting the interception of private communications at all places resorted to by named persons within the province was lawful; (2) whether such places could include public pay telephones; (3) whether new authorizations, rather than renewals, were permissible; (4) whether an intercepted communication could in itself provide evidence that a person resorted to a place at which communications were intercepted; and (5)

vince fréquenté par des personnes nommées — Entrée clandestine dans des lieux résidentiels pour y installer des dispositifs d'interception — Dispositifs d'interception installés dans des téléphones publics — Omission d'inclure dans les autorisations des conditions visant à protéger l'intérêt public — Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, les communications interceptées en vertu de ces autorisations doivent-elles être écartées en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.

Les appelants ont été accusés de complot en vue d'importer de la marijuana. La preuve du ministère public repose essentiellement sur des communications privées interceptées en vertu de trois autorisations judiciaires. L'alinéa (c) de ces autorisations permettait l'interception des communications téléphoniques aux adresses des personnes nommées dans les autorisations «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés» par ces personnes. La première autorisation visait les appelants T, A et R, et l'affidavit déposé devant le juge responsable de la délivrance de l'autorisation indiquait que les policiers avaient l'intention d'intercepter des communications dans des téléphones publics. Conformément à cette autorisation, les policiers ont installé du matériel d'interception dans plusieurs résidences et chambres d'hôtel et dans des téléphones publics. Une deuxième autorisation coïncidait avec la première autorisation pendant deux jours. Elle nommait dix personnes, y compris tous les appelants, à l'exception de M. Avant l'expiration de la deuxième autorisation, une troisième a été accordée, nommant douze personnes y compris les appelants, à l'exception de M. En vertu des deuxième et troisième autorisations, on a installé du matériel d'interception dans d'autres téléphones publics. Le matériel qui avait été installé au cours de la période visée par la première autorisation est resté en place dans la plupart des téléphones publics jusqu'à la fin de l'enquête. Ce moyen d'interception n'a pas été mentionné dans les autorisations ultérieures. À quelques reprises, les magnétophones installés dans les téléphones publics ont été laissés en «mode de fonctionnement automatique» au cours de la nuit, interceptant ainsi les conversations de personnes non visées par les autorisations. Après un voir-dire, le juge du procès a conclu que toutes les communications, à l'exception de neuf, étaient inadmissibles. Le ministère public n'a présenté aucune preuve devant jury et le juge du procès a dit au jury, dans ses directives, d'acquitter les appelants. L'appel interjeté par le ministère public a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si une autorisation qui permet l'interception de communica-

whether unsupervised electronic surveillance of public pay telephones and surreptitious entry into private dwellings constituted unreasonable searches or seizures contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held (Wilson and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.: The authorizations complied with the requirements of Part IV.1 of the *Criminal Code*. The authorizations did not permit the interception of communications of anyone anywhere within the province. They contained limitations. Paragraph (c) was limited to named persons and paragraph (d) was limited to persons who resort to or use named premises or communicated with named persons. As to place, each was limited to places resorted to by five named individuals. Paragraphs (c) and (d), therefore, did not delegate to the police the determination as to whether the interceptions would assist in the investigation. This determination was made by the authorizing judge on the basis of the connection to the target persons.

The authorizations were not invalid because they failed to list pay telephones as places where private communications could be intercepted. A more specific description could have been given in view of the fact that the police knew that the named persons intended to resort to pay telephones. However, subject to its effect on s. 8 of the *Charter*, this in itself does not render the authorizations unlawful. Section 178.13(2)(c) of the *Code* does not state that it must be the most specific description. It requires only a general description.

The police should apply to renew an existing authorization when they want to extend its term and leave its other provisions unchanged. Where the authorization has expired or where it is sought to extend the scope of surveillance, however, the proper course is to seek a new authorization. Here, the second and third authorizations widened the scope of the first authorization, adding between them nine new targets for interception. It was therefore proper for the Crown to apply, under Part IV.1 of the *Code*, for new authorizations instead of renewals.

tions privées dans tous les endroits fréquentés dans la province par des personnes nommées est légale; (2) si ces endroits peuvent comprendre un téléphone public; (3) si une nouvelle autorisation peut être acceptée au lieu d'un renouvellement; (4) si une communication interceptée peut elle-même servir de preuve qu'une personne a fréquenté un endroit où les communications ont été interceptées; et (5) si la surveillance électronique non contrôlée des téléphones publics et l'entrée clandestine dans des lieux privés constituent des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives, contrairement à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

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

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka: Les autorisations sont conformes aux exigences de la partie IV.1 du *Code criminel*. Les autorisations ne permettent pas d'intercepter les communications de n'importe qui n'importe où dans la province. Elles comportent des restrictions. L'alinéa c) est restreint aux personnes nommées. L'alinéa d) est restreint aux personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux désignés ou communiquent avec les personnes nommées. Quant aux lieux, chacun est limité aux lieux fréquentés par cinq individus nommés. Les alinéas c) et d) ne délèguent donc pas aux policiers le soin de décider si les interceptions seraient utiles à l'enquête. C'est le juge qui a donné les autorisations qui s'est prononcé à cet égard compte tenu des liens avec les personnes cibles.

Les autorisations n'étaient pas invalides du fait qu'elles n'énuméraient pas les téléphones publics comme endroits où les communications pouvaient être interceptées. Étant donné que les enquêteurs savaient que les personnes nommées avaient l'intention de fréquenter des téléphones publics, une description plus précise aurait pu être donnée. Cependant, sous réserve de son effet sur l'art. 8 de la *Charte*, cette omission en soi ne rend pas les autorisations illégales. L'alinéa 178.13(2)c) du *Code* ne dit pas qu'il doit s'agir de la description la plus précise possible. Il n'exige qu'une description générale.

Les policiers devraient demander le renouvellement d'une autorisation existante lorsqu'ils veulent en étendre la durée sans toucher aux autres dispositions. Lorsque l'autorisation est expirée ou que l'on veut étendre la portée de la surveillance, le moyen approprié est de demander une nouvelle autorisation. En l'espèce, les deuxième et troisième autorisations ont étendu la portée de la première autorisation en ajoutant dans l'ensemble neuf nouvelles cibles d'interception. Il était donc approprié que le ministère public demande, en vertu de la partie IV.1 du *Code*, de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements.

On a proper interpretation of the “resort to” clause, the police can only intercept communications of the target person at a place if they have evidence to believe, on reasonable and probable grounds, that this place was resorted to or would be resorted to by the target. An intercepted communication cannot in itself provide evidence that a person “resorted to” a particular place, bringing that interception into compliance with the authorizations. Before the evidence of the conversation can be admitted, there must be other evidence before the trial judge indicating that the location was a place resorted to or used by the accused. This can be established through a previously lawfully authorized interception. In this case, the interceptions made under paragraph (c) of the authorizations are lawful under Part IV.1 of the *Code*, provided that the police acted upon sufficient evidence that a person “resorted to” a place. The interceptions made at places for which such evidence was absent were unlawful and, therefore, inadmissible under s. 178.16(1) of the *Code*.

Electronic surveillance constitutes a “search or seizure” within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Paragraph (c) of the authorizations did not *per se* violate the s. 8 requirement of prior judicial authorization demanded under *Hunter*. The “resort to” clause did not enable the police to usurp the function of the judge. The authorizing judge’s determination as to whether there are reasonable and probable grounds to believe that the interception of an individual’s private communications will assist the investigation can be made with respect to certain classes of places under s. 178.13 of the *Code*. To require a determination by the police officers that they have reasonable and probable grounds for believing that the place complies with the general description before the authorization is acted upon is an additional safeguard to the dictates of s. 178.13. From the perspective of the rights of a person who is a target of the authorization, if it is reasonable to intercept the communication of a person at a specified address, it is equally reasonable to intercept his communication at another place to which he resorts. The nature of the invasion of a person’s privacy does not change with that person’s location.

However, while the nature of the invasion of a person’s privacy is constant, what changes with that person’s location is the possible effect on third parties. Where the police are aware, prior to seeking an authorization, that the targets make extensive use of pay telephones, the authorizations, to comply with s. 8, must at a minimum provide that conversations at a pay telephone should not be intercepted unless there are reason-

L’interprétation appropriée de la clause des «endroits fréquentés» est que les policiers ne peuvent intercepter les communications de la personne cible que dans un lieu dont ils ont des motifs raisonnables et probables de croire, compte tenu de la preuve, qu’il a été ou sera fréquenté par la cible. Une communication interceptée ne peut en elle-même apporter la preuve qu’une personne «fréquentait» un lieu particulier, faisant en sorte que l’interception soit conforme aux autorisations. Pour que la preuve de la conversation puisse être admise, le juge du procès doit disposer d’une autre preuve que le lieu était un endroit fréquenté ou utilisé par l’accusé. Cela peut être établi au moyen d’une interception préalable légalement autorisée. En l’espèce, les interceptions effectuées conformément à l’alinéa c) des autorisations sont légales en vertu de la partie IV.1 du *Code*, pourvu que les policiers aient suffisamment de preuve qu’une personne «a fréquenté» un lieu. En l’absence de cette preuve, les interceptions effectuées en ces lieux sont illégales et donc inadmissibles en vertu du par. 178.16(1) du *Code*.

La surveillance électronique constitue «une fouille, une perquisition et une saisie» au sens de l’art. 8 de la *Charte*. L’alinéa c) des autorisations ne viole pas en soi l’exigence de l’art. 8 de l’autorisation judiciaire préalable formulée dans l’arrêt *Hunter*. La clause des «endroits fréquentés» ne permet pas à la police d’usurper la fonction du juge. Le juge saisi de la demande d’autorisation peut décider s’il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l’interception des communications privées d’un individu facilitera l’enquête à l’égard de certaines catégories de lieux en vertu de l’art. 178.13 du *Code*. Exiger des policiers qu’ils décident s’ils ont des motifs raisonnables et probables de croire que le lieu est conforme à la description générale avant d’agir en vertu de l’autorisation est une garantie qui s’ajoute aux prescriptions de l’art. 178.13. Du point de vue des droits de la personne qui est visée par l’autorisation, s’il est raisonnable d’intercepter la communication d’une personne à une adresse précise, il est tout aussi raisonnable d’intercepter la communication de cette personne dans un autre lieu qu’elle fréquente. La nature de l’atteinte au droit à la vie privée d’une personne ne change pas selon le lieu où elle se trouve.

Toutefois, bien que la nature de l’atteinte à la vie privée d’une personne soit constante, ce qui varie avec les changements de lieu est l’effet possible de l’autorisation sur les tiers. Lorsque les policiers savent, avant de demander une autorisation, que les cibles font grand usage des téléphones publics, les autorisations, pour être conformes à l’art. 8, doivent prévoir à tout le moins que les conversations dans un téléphone public ne doivent

able and probable grounds for believing that a target is using the telephone at the time that the listening device is activated. The police cannot simply install a listening device and leave it running indiscriminately in hope that a target may come along. While the failure to impose conditions protecting the public interest under s. 178.13(2)(d) of the *Code* is not unlawful because the power is discretionary, the failure to do so in the present circumstances was unreasonable. Therefore, any evidence obtained as a result of interceptions at pay telephones in the absence of reasonable and probable grounds for believing that a target was using the telephone was obtained in contravention of s. 8.

Interceptions obtained by means of surreptitious entry into residential premises which were not specifically mentioned on the face of the authorizations also violated s. 8 of the *Charter*. In the absence of express mention of a private residence in the authorizations, the authorizing judge could not under s. 178.13(2)(d) of the *Code* impose conditions to safeguard the public's interest in privacy within the sanctuary of a private dwelling.

Unlawful interceptions—in the sense of non-compliance with the provisions of Part IV.1 of the *Code*—must be excluded under s. 178.16(1) of the *Code*. Interceptions which fall within the terms of the *Code* but nonetheless violate s. 8 of the *Charter* are inadmissible only if their admission would bring the administration of justice into disrepute. In this case, interceptions at places for which the Crown cannot adduce sufficient evidence of “resorting to” are unlawful and, hence, inadmissible. The interceptions obtained at pay telephones and residential premises in contravention of s. 8 of the *Charter* are admissible. The breach of s. 8 was not deliberate, wilful or flagrant. The police officers acted entirely in good faith. They were acting in accordance with what they had good reason to believe was the law at the time. The fact that the telephone number of some of the persons named in the first authorization was for a pay telephone was before the authorizing judge. The police acted in accordance with authorizations which complied with the provisions of the *Code*. The admission of evidence gathered in these circumstances would not bring the administration of justice into disrepute.

Per Wilson J. (dissenting): Because the tapping of public pay phones gives rise *per se* to massive violations

pas être interceptées sauf s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une cible utilise le téléphone au moment où le dispositif d'écoute est mis en marche. Les policiers ne peuvent pas simplement installer un dispositif d'écoute et quitter les lieux en le laissant fonctionner systématiquement dans l'espoir qu'une cible se présentera. Bien que l'omission d'imposer des conditions visant à protéger l'intérêt public en vertu de l'al. 178.13(2)d) du *Code* ne soit pas illégale parce que le pouvoir est discrétionnaire, cette omission dans les présentes circonstances est déraisonnable. En conséquence, tout élément de preuve recueilli par suite des interceptions dans les téléphones publics en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une cible utilisait le téléphone a été obtenu contrairement à l'art. 8.

Les communications interceptées grâce à une entrée clandestine dans des lieux résidentiels qui n'étaient pas précisément mentionnés dans le texte de l'autorisation ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. En l'absence de mention expresse d'une résidence privée dans les autorisations, le juge qui les a accordées ne pouvait pas, en vertu de l'al. 178.13(2)d) du *Code*, imposer des conditions pour sauvegarder l'intérêt du public en matière de vie privée dans les limites sacrées de la résidence privée.

Les interceptions illégales—en ce sens qu'elles ne respectent pas les dispositions de la partie IV.1 du *Code*—doivent être exclues en vertu du par. 178.16(1) du *Code*. Les interceptions qui sont conformes au *Code criminel* mais qui violent malgré tout l'art. 8 de la *Charte* ne sont inadmissibles que si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En l'espèce, les interceptions dans des lieux à l'égard desquels le ministère public ne peut apporter une preuve suffisante qu'ils sont «fréquentés» sont illégales et donc inadmissibles. Les communications interceptées dans des téléphones publics et dans des lieux résidentiels, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*, sont admissibles. La violation de l'art. 8 n'était ni intentionnelle, ni volontaire, ni flagrante. Les policiers ont agi entièrement de bonne foi en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme le droit applicable à l'époque. Le fait que le numéro de téléphone de certaines des personnes nommées dans la première autorisation soit celui d'un téléphone public avait été soumis au juge qui a accordé l'autorisation. Les policiers ont agi conformément à des autorisations qui étaient conformes aux dispositions du *Code*. L'utilisation de la preuve recueillie dans ces circonstances n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Wilson (dissidente): Parce que la mise sur écoute de téléphones publics donne lieu en soi à des

of the rights of third parties to be free from unreasonable searches as guaranteed by s. 8 of the *Charter*, an order made pursuant to Part IV.1 of the *Code*, which is intended by the judge to authorize the tapping of such phones, must do so expressly and not by implication under a general "resort to" clause. When the authorizing judge expressly states in the authorization precisely what he intends to permit the police to do, he shows on the face of the authorization that he has turned his mind to the extent of the invasion of privacy sought by the police and has considered whether in the particular circumstances before him such an invasion is warranted. Unless the issuing authority does this, it cannot be known under the *Wilson* regime whether the authorizing judge exercised a judicial discretion in granting the authorization or whether he intended or did not intend the "resort to" clause to cover the tapping of public pay phones. The validity of an authorization made under s. 178.13 of the *Code*, therefore, should be determined not by asking whether it can on its face conceivably be construed as authorizing what was done but by asking whether it is clear from the face of the authorization that the authorizing judge in fact authorized what was done in the exercise of a discretion based on all the relevant facts. If that question is answered in the negative, or if there is any doubt about the answer, then the authorization and the interceptions made pursuant to it are invalid and the evidence acquired is inadmissible pursuant to s. 178.16(1) of the *Code*.

La Forest J.'s reasons on the matters not specifically addressed here were agreed with.

Per La Forest J. (dissenting): Under the *Criminal Code*, the "resort to" clauses are not *ipso facto* invalid. Section 178.13(2)(c) of the *Code* gives a judge a discretion to insert such a clause in an authorization to electronically intercept private communications. This discretion, however, should not be routinely exercised. Rather, it must be exercised consistently with the purpose of Part IV.1 of the *Code*, which is to protect the privacy of individuals. The discretion must also be read to conform with the *Charter*. When an invasion of privacy becomes necessary in the course of an investigation, the police must, under Part IV.1, seek an authorization and give the judge highly specific information so that he can properly exercise his discretion to set limits on unnecessary intrusions on privacy. Section 178.13(2)(c) requires a description of the place of interceptions where possible and interceptions should accordingly be limited, in all but the narrowest of circum-

violations massives des droits des tiers à la protection contre les fouilles ou les perquisitions abusives garantis à l'art. 8 de la *Charte*, une ordonnance rendue en application de la partie IV.1 du *Code*, par laquelle le juge entend autoriser la mise sur écoute de ces téléphones publics, doit le prévoir expressément et non implicitement au moyen d'une clause générale des «endroits fréquentés». Lorsque le juge dit expressément dans l'autorisation qu'il accorde ce qu'il veut permettre à la police de faire, il montre, dans le texte de l'autorisation, qu'il a prêté attention à l'étendue de l'atteinte à la vie privée recherchée par la police et qu'il s'est demandé si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une telle atteinte était justifiée. Si le juge qui accorde l'autorisation ne le fait pas, il n'est pas possible de savoir, selon le régime de l'arrêt *Wilson*, s'il a exercé un pouvoir discrétionnaire en accordant l'autorisation ou s'il a voulu ou n'a pas voulu que la clause des «endroits fréquentés» vise la mise sur écoute de téléphones publics. En conséquence, on ne doit pas déterminer la validité d'une autorisation accordée en vertu de l'art. 178.13 du *Code* en se demandant s'il est concevable de l'interpréter comme autorisant à première vue ce qui a été fait; il faut plutôt se demander si, à la lecture de l'autorisation, il est clair que le juge a effectivement autorisé ce qui a été fait dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur tous les faits pertinents. Si la réponse est négative, ou s'il y a quelque doute quant à la réponse, l'autorisation et les interceptions qui ont été faites conformément à celle-ci sont invalides et la preuve recueillie est inadmissible en application du par. 178.16(1) du *Code*.

Il y a accord avec les motifs du juge La Forest relativement aux questions qui n'ont pas été abordées expressément ici.

Le juge La Forest (dissident): Aux termes du *Code criminel*, les clauses des «endroits fréquentés» ne sont pas *ipso facto* invalides. L'alinéa 178.13(2)c) du *Code* confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'insérer une telle clause dans une autorisation en vue d'intercepter des communications privées au moyen de dispositifs électroniques. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé systématiquement. Il doit plutôt être exercé conformément à l'objet de la partie IV.1 du *Code*, qui est de protéger la vie privée des personnes. Ce pouvoir discrétionnaire doit aussi être interprété de manière à être conforme à la *Charte*. Si une atteinte à la vie privée devient nécessaire au cours d'une enquête, la police doit, en vertu de la partie IV.1, demander une autorisation et donner au juge des renseignements très précis de façon qu'il puisse exercer régulièrement son pouvoir discrétionnaire d'imposer des restrictions aux atteintes inutiles à la vie privée. L'alinéa 178.13(2)c)

stances, to places for which information was available at the time of the application for the authorization. An authorization may properly incorporate a "resort to" clause, but only where the police are not in a position to give a general description of the places of interceptions.

Surreptitious electronic interception of private communications constitutes a "search or seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. These interceptions strike at the heart of the privacy rights s. 8 is designed to protect. While Part IV.1 of the *Code*, read as a whole, is constitutional, the granting of a particular authorization may offend s. 8. A "resort to" clause does not generally meet the standard of reasonableness set forth in *Hunter* for such a clause is effectively a delegation to the police of the discretion which under the *Hunter* standard must, where feasible, be exercised by a judge or other independent person. It is only reasonable to insert a "resort to" clause in those limited circumstances where Parliament, under Part IV.1 of the *Code*, intended that a judge could grant an authorization to intercept communications in an unspecified place. When a "resort to" clause has been properly included in an authorization, the police must themselves act reasonably to comply with the high standard set by s. 8. This includes the duty to act on the basis of reasonable and probable cause in placing intercepts under a "resort to" clause.

In the present case, the police were aware from the outset that those under investigation resorted to and made use of pay phones, and that they used a code to advise one another of the locations where they could be reached. While this type of scheme warrants the granting of an authorization that includes a "resort to" clause, in spite of the fact that interceptions could be placed at several known locations, the present authorizations did not respect the requirements of Part IV.1 of the *Code* or of s. 8 of the *Charter* and are therefore void. Interceptions of public pay phone conversations have serious implications for the privacy of third parties. The authorizing judge should have directed his mind to these considerations and exercised his discretion to limit the powers of the police by setting them out in the authorizations. Nothing in the authorizations indicates any exercise of the discretion. Simply authorizing the police,

exige une description des lieux d'interception, lorsque cela est possible, et les interceptions devraient donc être limitées, dans toutes les circonstances, sauf les circonstances exceptionnelles, aux endroits au sujet desquels des renseignements étaient disponibles à l'époque de la demande d'autorisation. Une autorisation peut comporter à bon droit une clause des «endroits fréquentés», mais seulement lorsque les policiers ne sont pas en mesure de donner une description générale des lieux d'interception.

L'interception électronique clandestine de communications privées constitue une «fouille ou perquisition» et une «saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Ces interceptions portent directement atteinte aux droits à la vie privée que vise à protéger l'art. 8. Bien que, dans l'ensemble, la partie IV.1 du *Code* soit constitutionnelle, le fait d'accorder une autorisation particulière peut contrevenir à l'art. 8. Une clause des «endroits fréquentés» ne satisfait pas généralement à la norme du caractère raisonnable établie dans l'arrêt *Hunter*, car pareille clause est en réalité une délégation aux policiers du pouvoir discrétionnaire qui, en vertu de la norme formulée dans l'arrêt *Hunter*, doit être exercé, lorsque cela est possible, par un juge ou une autre personne indépendante. Il n'est raisonnable d'inclure une clause des «endroits fréquentés» que dans les circonstances restreintes où le Parlement a voulu, en vertu de la partie IV.1 du *Code*, qu'un juge puisse accorder une autorisation d'intercepter des communications dans un lieu non précisé. Lorsqu'une clause des «endroits fréquentés» a été légitimement incluse dans une autorisation, les policiers doivent eux-mêmes agir raisonnablement s'ils veulent se conformer à la norme élevée établie par l'art. 8. Cela comprend le devoir d'agir en fonction de motifs raisonnables et probables dans l'installation de dispositifs d'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés».

En l'espèce, les policiers savaient dès le départ que les personnes faisant l'objet de l'enquête fréquentaient et utilisaient des téléphones publics et qu'elles utilisaient un code pour s'informer mutuellement des endroits où il était possible de les rejoindre. Bien que ce genre de situation justifie d'accorder une autorisation assortie d'une clause des «endroits fréquentés», malgré le fait que les dispositifs d'interception pouvaient être installés dans plusieurs endroits connus, les autorisations en cause en l'espèce ne respectaient pas les exigences de la partie IV.1 du *Code* ou de l'art. 8 de la *Charte* et elles sont donc nulles. L'interception de conversations dans les téléphones publics a de graves incidences sur la vie privée des tiers. Le juge qui a accordé l'autorisation aurait dû tenir compte de ces considérations, et exercer son pouvoir discrétionnaire de limiter les pouvoirs des policiers en les énonçant dans l'autorisation. Rien dans

in their sole discretion, to use any electronic means of interception anywhere the suspects may go is incompatible with the *Code* and unreasonable under the *Charter*. This effectively amounts to a failure on the judge's part to exercise his discretion and a delegation of that discretion to the police. The authorizations should have made specific reference to pay phones. What the authorizations permit must not be left to guesswork or interpretation by the police.

An intercepted communication cannot in itself provide evidence that a person "resorted to" a particular place, bringing that interception into compliance with the authorizations. The existence of extrinsic evidence is always necessary.

The police should have applied for renewals instead of fresh authorizations with respect to the persons and addresses stated in the first authorization. On a proper interpretation of s. 178.13 of the *Code*, an application for renewal should be made if continued surveillance is contemplated and fresh authorizations should be sought only with respect to persons or places added to the investigation. Section 178.13(3) has been carefully tailored to permit a judge to assess whether the electronic search should continue or whether it has become overly prolonged and unwarranted. Accordingly, as regards the persons and places contemplated in the first authorization, any evidence gained during the course of the subsequent authorizations is inadmissible. The second and third authorizations may be severed, however, and, if otherwise lawfully obtained, are valid in respect of the persons and places therein added.

The information obtained from the pay phones known at the time of the second and third authorizations is inadmissible. A "resort to" clause cannot cover specific locations that are already known by the police. Under s. 178.13(2)(c) of the *Code*, Parliament requires that a description of the place of interception must be given to the judge authorizing the interception where this is possible at the time. To ignore this requirement defeats Parliament's intention that electronic invasions of privacy, necessary in the interests of law enforcement, be authorized by a judge. Further, for an authorization to comply with s. 8 of the *Charter*, all the proposed places of interception known to the police when the application is made must be described in reasonably specific terms. If a place is intercepted under a "resort to" clause following that authorization, it must similarly be described in any subsequent authorization or renewal. It

les autorisations n'indique que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé. Autoriser simplement les policiers à utiliser, à leur seule discrétion, tout dispositif d'interception électronique dans tout lieu que peuvent fréquenter les suspects est incompatible avec le *Code* et abusif en vertu de la *Charte*. En réalité, c'est comme si le juge omettait d'exercer son pouvoir discrétionnaire et le délèguait aux policiers. Les autorisations auraient dû mentionner précisément les téléphones publics. Ce qu'une autorisation permet ne doit pas être laissé à l'appréciation ou à l'interprétation des policiers.

Une communication interceptée ne peut elle-même apporter la preuve qu'une personne «fréquentait» un lieu particulier, faisant en sorte que l'interception soit conforme à l'autorisation. L'existence d'une preuve extrinsèque est toujours nécessaire.

Les policiers auraient dû demander des renouvellements au lieu de nouvelles autorisations quant aux personnes et aux adresses mentionnées dans la première autorisation. Selon la bonne façon d'interpréter l'art. 178.13 du *Code*, une demande de renouvellement devrait être faite si on envisage de poursuivre la surveillance électronique et de nouvelles autorisations ne devraient être demandées que pour les personnes ou lieux ajoutés à l'enquête. Le paragraphe 178.13(3) a été soigneusement conçu pour permettre à un juge de déterminer si la surveillance électronique devrait se poursuivre ou si elle s'est prolongée indûment et est devenue injustifiée. Par conséquent, en ce qui concerne les personnes et les lieux envisagés dans la première autorisation, tout élément de preuve recueilli au cours des autorisations ultérieures est inadmissible. Cependant, les deuxième et troisième autorisations peuvent être divisées et, à la condition d'avoir par ailleurs été légalement obtenues, elles sont valides à l'égard des personnes et des lieux qui y ont été ajoutés.

Les renseignements obtenus dans les téléphones publics connus à l'époque de la deuxième et de la troisième autorisations respectivement, sont inadmissibles. Une clause des «endroits fréquentés» ne peut viser des lieux précis qui sont déjà connus de la police. En vertu de l'al. 178.13(2)c) du *Code*, le Parlement exige qu'une description du lieu de l'interception soit donnée au juge qui autorise l'interception lorsque cela est possible au moment de l'autorisation. Faire fi de cette exigence contrecarre l'intention du Parlement que les atteintes à la vie privée au moyen de dispositifs électroniques, qui sont nécessaires pour appliquer la loi, soient autorisées par un juge. De plus, pour qu'une autorisation soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*, tous les lieux connus où les policiers se proposent d'intercepter des communications lorsqu'une demande est présentée doivent être décrits en des termes raisonnablement précis.

is incumbent on the police, as agents of the state, to supply this information. There is no question that it was feasible in this case for the police to supply the information regarding the pay phones they had already "bugged" when they applied for the second and third authorizations. These authorizations fail to meet the *Hunter* requirement that a search and seizure requires pre-authorization by a judicial officer where this is feasible, and are therefore unreasonable.

Interceptions obtained by means of surreptitious entry into residential premises which were not specifically mentioned on the face of the authorizations also violated s. 8 of the *Charter*. There is a clear distinction between a breach of privacy occasioned by an interception accompanied by surreptitious entry and one that is not. Surreptitious entry strikes at a right that, though bound up to some degree with the privacy rights protected by Part IV.1 of the *Code*, is nevertheless an independent and distinct right. Given that two distinct constitutionally protected interests are engaged when surreptitious entry is effected pursuant to an authorization to intercept private communications under s. 178.13(1) of the *Code*, it follows that invasion of either right should be countenanced solely on the basis of the *Hunter* standard. Accordingly, the authorizing judge must be placed in a position to consider the matter.

Since the evidence in this case was obtained in violation of the provisions of Part IV.1 of the *Code*, it is inadmissible under s. 178.16 of the *Code*. It is thus unnecessary to consider whether the admission of this evidence would be also inadmissible for breach of the *Charter* under circumstances that would bring the administration of justice into disrepute as provided by s. 24 of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C. (2d) 512; *R. v. Papalia*, [1988] 2 S.C.R. 137, aff'g (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.); **distinguished:** *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; **considered:** *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; **referred to:** *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C. (3d) 173; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238

Si, à la suite de cette autorisation, un lieu est visé par l'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés», ce lieu doit de même être décrit dans toute autorisation ultérieure ou tout renouvellement. Il incombe aux policiers, comme mandataires de l'État, de fournir ces renseignements. Il est incontestable, en l'espèce, qu'il était possible aux policiers de fournir les renseignements au sujet des téléphones publics qu'ils avaient déjà mis sur écoute lorsqu'ils ont demandé les deuxième et troisième autorisations. Ces autorisations ne satisfont pas à l'exigence de l'arrêt *Hunter* selon laquelle une fouille, une perquisition et une saisie nécessitent préalablement l'autorisation d'un officier de justice lorsque cela est possible, et elles sont donc abusives.

Les communications interceptées grâce à une entrée clandestine dans des lieux résidentiels qui n'étaient pas précisément mentionnés dans le texte de l'autorisation ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Il existe une nette distinction entre la violation de la vie privée par suite d'une interception assortie d'une entrée clandestine et la violation qui n'est pas assortie d'une entrée clandestine. L'entrée clandestine porte atteinte à un droit qui, bien que relié d'une certaine façon aux droits à la vie privée protégés par la partie IV.1 du *Code*, est néanmoins un droit indépendant et distinct. Puisque deux droits distincts protégés par la Constitution sont en cause lorsqu'il y a une entrée clandestine en application d'une autorisation d'intercepter des communications privées, en vertu du par. 178.13(1) du *Code*, il s'ensuit que la violation de l'un ou l'autre de ces droits ne devrait être admise qu'en fonction de la norme de l'arrêt *Hunter*. En conséquence, le juge qui accorde l'autorisation doit être en mesure d'examiner la question.

Puisque la preuve en l'espèce a été obtenue en violation des dispositions de la partie IV.1 du *Code*, elle est inadmissible en vertu de l'art. 178.16 du *Code*. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si cette preuve serait également inadmissible pour cause de violation de la *Charte* dans des circonstances qui seraient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice, tel que prévu par l'art. 24 de la *Charte*.

Jurisprudence

i Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C. (2d) 512; *R. c. Papalia*, [1988] 2 R.C.S. 137, conf. (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.); **distinction d'avec l'arrêt:** *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; **arrêts examinés:** *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; **arrêts mentionnés:** *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C.

(1979); *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103; *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (Ont. C.A.), aff'd [1987] 2 S.C.R. 291; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546 (Que. C.A.), aff'g (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (Que. Sup. Ct.); *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325.

By Wilson J. (dissenting)

Wilson v. The Queen, [1983] 2 S.C.R. 594; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

By La Forest J. (dissenting)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; *R. v. Papalia*, [1988] 2 S.C.R. 137, aff'g (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.); *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1973-74, c. 50, s. 2], ss. 178.11(2)(a), 178.12(1)(e) [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 8(1)], 178.13 [am. *idem*, s. 9], 178.15(1), (2), 178.16(1) [rep. & sub. *idem*, s. 10], 618(2) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18].
Protection of Privacy Act, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2.
 18 U.S.C. § 2518(5) (1988).

(3d) 173; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979); *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103; *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (C.A. Ont.), conf. [1987] 2 R.C.S. 291; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546 (C.A. Qué.), conf. (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (C.S. Qué.); *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325.

c Citée par le juge Wilson (dissidente)

Wilson c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 594; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

d Citée par le juge La Forest (dissident)

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; *R. c. Papalia*, [1988] 2 R.C.S. 137, conf. (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.); *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194; *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14; *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

h Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34 [mod. 1973-74, ch. 50, art. 2], art. 178.11(2)a), 178.12(1)e) [abr. & rempl. 1976-77, ch. 53, art. 8(1)], 178.13 [mod. *idem*, art. 9], 178.15(1), (2), 178.16(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 10], 618(2) [mod. 1974-75-76, ch. 105, art. 18].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la protection de la vie privée, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2.
 18 U.S.C. § 2518(5) (1988).

Authors Cited

- Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, 2nd ed. New York: Clark Boardman Co., 1986 (loose-leaf).
- Rauf, M. Naeem. "Recent Developments in Wire-tap Law" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208.
- Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56, allowing the Crown's appeal from an acquittal of the accused on a charge of conspiracy to import marijuana. Appeal dismissed, Wilson and La Forest JJ. dissenting.

Sidney B. Simons, for the appellants Thompson and Cromwell.

Barry L. Long, for the appellants Rosen and McDonald.

Patrick A. Good, for the appellant Auld.

S. David Frankel and *Ian J. McKinnon*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises several issues concerning the requirements for authorizations for the interception of private communications pursuant to Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34: whether an authorization permitting the interception of private communications at all places resorted to by named persons within the province is lawful; whether such places can include public pay telephones; whether an intercepted communication can itself provide evidence that a person resorted to a place at which communications were intercepted; and whether a fresh authorization is permissible rather than a renewal. The appeal further raises the question whether unsupervised electronic surveillance of public pay telephones and surreptitious entry into private dwellings constitute unreasonable searches or sei-

Doctrines citées

- Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, 2nd ed. New York: Clark Boardman Co., 1986 (loose-leaf).
- ^a Rauf, M. Naeem. «Recent Developments in Wire-tap Law» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208.
- Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'acquiescement des accusés relativement à une accusation de complot en vue d'importer de la marijuana. ^c Pourvoi rejeté, les juges Wilson et La Forest sont dissidents.

^d *Sidney B. Simons*, pour les appelants Thompson et Cromwell.

Barry L. Long, pour les appelants Rosen et McDonald.

^e *Patrick A. Good*, pour l'appellant Auld.

S. David Frankel et *Ian J. McKinnon*, pour l'intimée.

^f Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé et Sopinka rendu par

^g LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi soulève plusieurs questions concernant les exigences pour obtenir l'autorisation d'intercepter des communications privées conformément à la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, à savoir: si ^h une autorisation qui permet l'interception de communications privées dans tous les endroits fréquentés dans la province par des personnes nommées est légale, si ces endroits peuvent comprendre un téléphone public, si une communication interceptée ⁱ peut elle-même servir de preuve qu'une personne a fréquenté un endroit où les communications ont été interceptées, et si une nouvelle autorisation peut être acceptée au lieu d'un renouvellement. Le pourvoi soulève également la question de savoir si la surveillance électronique non ^j contrôlée des téléphones publics et l'entrée clan-

zures contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The appellants were charged with conspiracy to import marijuana between March 1, 1983 and September 12, 1983. The Crown's case consisted principally of one hundred thirty-six intercepted communications. At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the interceptions. At its conclusion, the trial judge held all but nine inadmissible. The Crown called no evidence before the jury and the trial judge directed the jury to acquit the appellants. The Crown's appeal was allowed and a new trial was ordered: (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56. This appeal is made as of right under s. 618(2) of the *Criminal Code*.

The case involved an intensive police investigation which was carried out in widely separated areas of the province of British Columbia, and resulted on September 11, 1983 in a seizure of 278 lbs. of marijuana in a vehicle driven by the appellant, McDonald, in which Rosen was a passenger. The police were aware from the outset that those under investigation resorted to and made wide use of pay telephones as a means of communication, and that in doing so they used a code to advise each other of the locations at which they could be reached. During the investigation, the police installed and operated interception devices upon several pay telephones, private residential premises and hotel rooms occupied by the appellants or some of them.

Three authorizations were procured by the authorities during the investigation. The authorizations are identical except for the dates, the agent applying for the authorization, the names of the affiants, and the identities of the persons whose private communications may be intercepted (targets) in paragraph (c) in each authorization. The

destine dans des lieux privés constituent des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives, contrairement à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^a Les faits

Les appelants ont été accusés de complot en vue d'importer de la marijuana entre le 1^{er} mars 1983 et le 12 septembre 1983. La preuve du ministère public repose essentiellement sur cent trente-six communications interceptées. Au procès, un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l'admissibilité des communications interceptées. À la fin du *voir-dire*, le juge du procès a conclu que toutes les communications, à l'exception de neuf, étaient inadmissibles. Le ministère public n'a présenté aucune preuve devant jury et le juge du procès a dit au jury, dans ses directives, d'acquitter les appelants. L'appel interjeté par le ministère public a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné: (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, [1986] 5 W.W.R. 131, 29 C.C.C. (3d) 516, 53 C.R. (3d) 56. Ce pourvoi est formé de plein droit en vertu du par. 618(2) du *Code criminel*.

L'affaire découle d'une très longue enquête policière qui a été menée en des endroits très éloignés les uns des autres en Colombie-Britannique et qui a abouti, le 11 septembre 1983, à la saisie de 278 livres de marijuana dans un véhicule conduit par l'appellant McDonald et dans lequel Rosen prenait place. Dès le départ, les policiers savaient que les personnes visées par l'enquête faisaient grand usage des téléphones publics comme moyen de communication et qu'ils utilisaient alors un code pour s'informer mutuellement de l'endroit où il était possible de les rejoindre. Au cours de l'enquête, les policiers ont installé et utilisé des dispositifs d'interception dans plusieurs téléphones publics, résidences privées et chambres d'hôtel occupées par les appelants ou certains d'entre eux.

Au cours de l'enquête, les policiers ont obtenu trois autorisations. Celles-ci sont identiques sauf pour les dates, le policier demandant l'autorisation, le nom des déposants et l'identité des personnes dont les communications privées pourront être interceptées (les cibles) à l'alinéa c) de chaque autorisation. La première autorisation s'appliquait

first authorization ran from March 23, 1983 to May 21, 1983. It included appellants Thompson, Rosen and Auld. It permitted interception of telephone communications at the addresses of the appellants "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to by the said Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN . . .". The affidavit filed before the authorizing judge revealed that the police authorities intended to intercept communications at public pay telephones. Acting under this authorization, intercepting equipment was installed at several residences and hotel rooms and six public pay telephones. For ease of reference, paragraphs (c) and (d) of the first authorization are reproduced below.

(c) The identities of the known persons whose private communications may be intercepted and the places at which private communications may be intercepted are:

Perry Gordon THOMPSON
171-1st Avenue
Cultis Lake, B.C. (tel. no. 858-9276)

Beebe AULD
171-1st Avenue
Cultis Lake, B.C. (tel. no. 858-9276)

Ross Allen ROSEN
3968 A Columbia Valley Highway
Cultus Lake, B.C. (tel. no. 858-6254)

Miron Renoldo KRULL
1601-Columbia Valley Highway
Cultus Lake, B.C. (tel. no. 858-9992)

Lori Christine MARSHALL
1601-Columbia Valley Highway
Cultus Lake, B.C. (tel. no. 858-9992)

or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to by the said Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN, Miron Renoldo KRULL and Lori Christine MARSHALL.

(d) The persons whose identities are not known as of the date hereof whose private communications may be intercepted and the places at which private communications may be intercepted are:

(i) those persons who resort to or use the premises described in sub-paragraph (c) hereof, or

du 23 mars 1983 au 21 mai 1983. Elle visait les appelants Thompson, Rosen et Auld. Elle permettait l'interception des communications téléphoniques aux adresses des appelants [TRADUCTION] «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés par lesdits Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN . . .». L'affidavit déposé devant le juge responsable de la délivrance de l'autorisation indiquait que les autorités policières avaient l'intention d'intercepter des communications par téléphone public. Conformément à cette autorisation, ils ont installé du matériel d'interception dans plusieurs résidences et chambres d'hôtel et dans six téléphones publics. Pour faciliter les renvois, les alinéas c) et d) de la première autorisation sont reproduits ci-après.

[TRADUCTION]

c) Les personnes dont l'identité est connue et dont les communications privées peuvent être interceptées ainsi que les endroits où les communications privées peuvent être interceptées sont:

Perry Gordon THOMPSON
171, 1^{re} avenue
Cultis Lake (C.-B.) (tél.: 858-9276)

Beebe AULD
171, 1^{re} avenue
Cultis Lake (C.-B.) (tél.: 858-9276)

Ross Allen ROSEN
3968 A, Columbia Valley Highway
Cultus Lake (C.-B.) (tél.: 858-6254)

Miron Renoldo KRULL
1601, Columbia Valley Highway
Cultus Lake (C.-B.) (tél.: 858-9992)

Lori Christine MARSHALL
1601, Columbia Valley Highway
Cultus Lake (C.-B.) (tél.: 858-9992)

ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés par lesdits Perry Gordon THOMPSON, Beebe AULD, Ross Allen ROSEN, Miron Renoldo KRULL et Lori Christine MARSHALL.

d) Les personnes dont l'identité n'est pas connue actuellement et dont les communications privées peuvent être interceptées ainsi que les endroits où les communications privées peuvent être interceptées sont:

(i) les personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux décrits à l'alinéa c), ou

(ii) those persons who are in communication with the persons described in sub-paragraph (c) hereof apparently with respect to an offence mentioned in paragraph (a) hereof;

which private communications may be intercepted at any of the premises hereinbefore described and any place or premises in the Province of British Columbia resorted to or used by the persons described in sub-paragraph (c) hereof.

On May 19, 1983 a second authorization was granted. It ran from May 19, 1983 to July 17, 1983, overlapping the first authorization by two days. It named ten persons, including all appellants except McDonald. A third authorization was granted on July 15, 1983, again overlapping its predecessor. It named twelve persons, including all appellants except McDonald. The equipment installed during the first authorization remained in place in most of the pay telephones until the end of the investigation. This interception capability was not mentioned in the second authorization. During the second authorization interception equipment was installed with respect to an additional five pay telephones. These eleven pay telephones were not mentioned in the third authorization. Before the conclusion of the investigation, interception equipment was installed in nine more pay telephones, making a total of twenty. Likewise there was no mention in the second and third authorizations of a listening device having been installed during the currency of the first authorization at the business premises of 1721 Harvey Avenue, Kelowna, British Columbia.

On approximately twenty occasions tape recorders were left on "automatic play mode" overnight with respect to certain pay phones. This resulted in interception of conversations of persons not covered by the authorizations. This is apparently contrary to R.C.M.P. policy with respect to monitoring pay telephones. On such occasions the procedure was to rewind the tape, and play enough of the intercepted conversation to determine if a "target" was speaking. Only if a target was speaking would the whole conversation be listened to and noted. Otherwise, the conversation would be

(ii) les personnes qui sont en communication avec les personnes décrites à l'alinéa c) concernant, selon toute apparence, une infraction mentionnée à l'alinéa a);

lesquelles communications privées peuvent être interceptées dans tout lieu décrit précédemment et dans tout endroit ou lieu de la province de la Colombie-Britannique fréquemment ou utilisé par les personnes décrites à l'alinéa c).

Le 19 mai 1983, une deuxième autorisation a été accordée. Elle s'appliquait du 19 mai 1983 au 17 juillet 1983 et coïncidait avec la première autorisation pendant deux jours. Elle nommait dix personnes, y compris tous les appelants, à l'exception de McDonald. Le 15 juillet 1983, on a accordé une troisième autorisation qui recouvrait encore la précédente. Elle nommait douze personnes, y compris les appelants, à l'exception de McDonald. Le matériel qui avait été installé au cours de la période visée par la première autorisation est resté en place dans la plupart des téléphones publics jusqu'à la fin de l'enquête. Ce moyen d'interception n'a pas été mentionné dans la deuxième autorisation. Au cours de la période visée par la deuxième autorisation, on a installé du matériel d'interception dans cinq autres téléphones publics. Ces onze téléphones publics n'ont pas été mentionnés dans la troisième autorisation. Avant la fin de l'enquête, on a installé du matériel d'interception dans neuf autres téléphones publics, ce qui porte le total à vingt. De même, rien n'a été dit dans les deuxième et troisième autorisations au sujet d'un dispositif d'écoute installé pendant la période de validité de la première autorisation à l'adresse commerciale du 1721, avenue Harvey, Kelowna, en Colombie-Britannique.

À une vingtaine de reprises, les magnétophones ont été laissés en «mode de fonctionnement automatique» au cours de la nuit dans certains téléphones publics. Il y a donc eu interception de conversations de personnes non visées par les autorisations. Cela est apparemment contraire à la politique de la GRC quant à l'interception de communications dans les téléphones publics. Dans ces cas, la procédure consistait à rembobiner la bande et à écouter la conversation interceptée suffisamment longtemps pour déterminer si une «cible» parlait. Ce n'est que si une cible parlait que

played forward at a fast speed and a low volume so that it was unintelligible. If, however, no targets were speaking but early in the conversation it became apparent that the conversation related to other criminal activity, the entire conversation would be listened to.

Decisions Below

County Court

McMorran Co. Ct. J. opened the sealed packet for the first authorization because one of the telephone numbers listed for Thompson and Auld was actually for a public telephone. After examining the affidavits he concluded there was no misrepresentation before the issuing judge. He neither opened the sealed packet nor considered the validity of the material behind the face of the second and third authorizations, for there was no application to do so.

He next considered the fact that public telephones were not specifically mentioned in the first authorization, or that interceptions made under the first authorization were not mentioned in subsequent authorizations. He ruled that these omissions struck at the heart of the validity of the authorizations and meant that the interceptions were not "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1)(a). Interceptions of public pay telephones without specific authority vests the police with a discretion to intercept private communications wherever they thought it might be of assistance in obtaining evidence. This constitutes, in McMorran Co. Ct. J.'s opinion, a delegation of the judge's function to the police. He held any such interceptions inadmissible.

McMorran Co. Ct. J. also held that there is no provision in the *Code* to permit a so-called "basket clause" particularly with respect to the absence of any reference to pay telephones. He also expressed concern that automatic monitoring took place on public pay telephones; when no authorization is specifically granted for pay telephones, the result

toute la conversation était écoutée et prise en note. Autrement, on faisait avancer le ruban à grande vitesse et à bas volume pour rendre la conversation inintelligible. Cependant, si aucune cible ne parlait mais qu'on constatait assez tôt dans la conversation que celle-ci portait sur d'autres activités criminelles, toute la conversation était écoutée.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

b La Cour de comté

Le juge McMorran de la Cour de comté a ouvert le paquet scellé concernant la première autorisation parce que l'un des numéros de téléphone inscrits pour Thompson et Auld était en réalité celui d'un téléphone public. Après avoir examiné les affidavits, il a conclu qu'il n'y avait eu aucune présentation inexacte des faits devant le juge qui a donné l'autorisation. Il n'a pas ouvert le paquet scellé ni examiné la validité de la documentation relative aux deuxième et troisième autorisations parce qu'on ne lui avait pas demandé de le faire.

Il a ensuite constaté que les téléphones publics n'étaient pas mentionnés précisément dans la première autorisation et que les interceptions effectuées en vertu de la première autorisation n'étaient pas mentionnées dans les autorisations ultérieures. Il a décidé que ces omissions portaient directement atteinte à la validité des autorisations et signifiaient que les interceptions n'avaient pas été «faites légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a). L'interception de communications dans les téléphones publics sans autorisation expresse confère aux policiers le pouvoir discrétionnaire d'intercepter des communications privées lorsqu'ils estiment qu'elles peuvent les aider à obtenir des éléments de preuve. De l'avis du juge McMorran, cela constitue une délégation de la fonction du juge aux policiers. Il a conclu que ces interceptions étaient inadmissibles.

Le juge McMorran a également conclu qu'aucune disposition du *Code* ne permet ce qu'on appelle une «clause omnibus», surtout en l'absence de toute mention des téléphones publics. Il s'est également dit préoccupé par le fait que l'enregistrement automatique a eu lieu dans des téléphones publics en l'absence d'autorisation expresse relative

is a dragnet type of investigation not contemplated by the *Criminal Code*.

McMorran Co. Ct. J. also held that Part IV.1 of the *Criminal Code* does not permit new authorizations to be used in the place of renewals when some of the same people are involved and there was to be an overlap. An application for a renewal requires supporting material not required for an earlier authorization. To permit a subsequent authorization instead of a renewal undermines the policy of Part IV.1.

McMorran Co. Ct. J. next held that an intercepted call may not be the sole basis to prove that the person whose call was intercepted "resorted to" the place in question, following *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C. (2d) 512 (Ont. C.A.).

Turning to the issue of surreptitious entry, McMorran Co. Ct. J. found that the provisions of the *Criminal Code* clearly contemplated surreptitious installations of bugging devices. He held that the authorizations need not specifically authorize the use of audio-bugging devices, and necessarily entailed entry into the premises. Following *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, he held that surreptitious entry violated neither the *Criminal Code* nor the *Charter*.

Lastly, McMorran Co. Ct. J. considered the defence argument that some of the interceptions violated s. 8 of the *Charter* and should be excluded under s. 24(2). In view of his earlier decision that the *Criminal Code* did not authorize the "resort to" clauses of the authorizations, he did not find it necessary to deal with the constitutional arguments.

Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal reversed the trial judge's decision in a unanimous judgment of Macdonald, Macfarlane and Cheffins J.J.A. It first rejected the argument that the *Criminal Code* does not permit a "resort to" clause. It held that this Court's decision in *Grabowski v. The Queen*,

vement aux téléphones publics, ce qui revient à une sorte d'enquête à la seine non prévue par le *Code criminel*.

^a Le juge McMorran a également conclu que la partie IV.1 du *Code criminel* ne permet pas de demander de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements lorsque certaines des mêmes personnes sont visées et qu'il doit y avoir chevauchement. Une demande de renouvellement doit être appuyée par de la documentation non requise pour l'autorisation antérieure. Donner une autorisation ultérieure au lieu d'un renouvellement sape les principes de la partie IV.1.

^e Le juge McMorran a conclu ensuite qu'il est possible qu'un appel intercepté ne soit pas le seul moyen d'établir qu'une personne dont l'appel a été intercepté [TRADUCTION] «fréquentait» l'endroit en question, conformément à l'arrêt *R. v. Niles* (1978), 40 C.C.C. (2d) 512 (C.A. Ont.).

^e Quant à la question de l'entrée clandestine, le juge McMorran a conclu que les dispositions du *Code criminel* prévoyaient clairement l'installation clandestine de dispositifs d'écoute. Il a conclu que les autorisations n'ont pas à permettre expressément l'utilisation de dispositifs acoustiques et comportent forcément l'entrée dans les lieux. Conformément à l'arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, il a conclu que l'entrée clandestine ne violait ni le *Code criminel* ni la *Charte*.

^h Enfin, le juge McMorran a considéré l'argument présenté en défense selon lequel certaines des interceptions violaient l'art. 8 de la *Charte* et devraient être écartées en vertu du par. 24(2). Compte tenu de sa décision antérieure que le *Code criminel* ne permettait pas l'insertion de clauses des [TRADUCTION] «endroits fréquentés» dans les autorisations, il n'a pas jugé nécessaire d'examiner les arguments constitutionnels.

ⁱ *La Cour d'appel*

Dans un jugement unanime rendu par les juges Macdonald, Macfarlane et Cheffins, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du juge du procès. Elle a d'abord rejeté l'argument portant que le *Code criminel* ne permet pas l'insertion d'une clause des «endroits fréquen-

[1985] 2 S.C.R. 434, which held part of an authorization invalid because it contained no limitation as to persons or place, was based on the construction of the particular authorization at issue in that case. The authorizations in this case were limited to named persons, named addresses, and the places resorted to by those persons. Following its earlier decision in *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C. (3d) 173, the Court of Appeal held that the authorizations were not defective on this ground.

Next, the Court of Appeal rejected arguments based on s. 8 of the *Charter*. The respondents argued that while Part IV.1 is constitutional, "the granting of a particular authorization in the circumstances may be unreasonable and hence infringe s. 8": *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), at p. 78. The Court of Appeal accepted this proposition but found that absolute specificity of persons and places is not constitutionally required. It is reasonable for a judge to recognize that a named person may hold conversations in several different places and to authorize interceptions of the communications at these places.

The Court of Appeal also rejected the argument that surreptitious entry to place a listening device violated s. 8. *Lyons v. The Queen, supra*, and *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, held, prior to the *Charter*, that ss. 178.12 and 178.13 implicitly authorize entry to place listening devices. *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), held that the Fourth Amendment did not prohibit *per se* covert entry when a warrant to search or place a device had been obtained. The Court of Appeal held that until the Supreme Court of Canada decides otherwise, there is no constitutional requirement for specific authorization for surreptitious entry.

tés». Elle a conclu que l'arrêt *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, dans lequel notre Cour a jugé invalide une partie de l'autorisation parce qu'elle ne contenait aucune restriction quant aux personnes ou aux endroits, était fondé sur l'interprétation de l'autorisation particulière visée dans cet arrêt. En l'espèce, les autorisations étaient restreintes à des personnes nommées, à des adresses identifiées et à des lieux fréquentés par ces personnes. Conformément à son arrêt antérieur *R. v. LeClerc* (1985), 20 C.C.C. (3d) 173, la Cour d'appel a conclu que les autorisations n'étaient pas entachées d'un vice à cet égard.

Ensuite, la Cour d'appel a rejeté les arguments fondés sur l'art. 8 de la *Charte*. Les intimés ont soutenu que bien que la partie IV.1 soit constitutionnelle, [TRADUCTION] «la délivrance d'une autorisation particulière dans les circonstances peut être abusive et donc contrevenir à l'art. 8»: *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), à la p. 78. La Cour d'appel a accepté cette affirmation, mais elle a conclu que la précision absolue dans la description des personnes et des lieux n'est pas obligatoire du point de vue constitutionnel. Il est raisonnable qu'un juge reconnaisse qu'une personne nommée puisse avoir des conversations en plusieurs lieux différents et qu'il autorise l'interception des communications en ces lieux.

La Cour d'appel a également rejeté l'argument que l'entrée clandestine pour installer un dispositif d'écoute violait l'art. 8. Dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, précité, et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, deux affaires non visées par la *Charte*, la Cour a décidé que les art. 178.12 et 178.13 autorisent implicitement l'entrée pour installer des dispositifs d'écoute. L'arrêt *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), a conclu que le Quatrième amendement n'interdisait pas en soi l'entrée clandestine lorsqu'un mandat de perquisition ou un mandat pour installer un dispositif avait été obtenu. La Cour d'appel a conclu que jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada en décide autrement, il n'y a aucune obligation constitutionnelle d'obtenir une autorisation précise en matière d'entrée clandestine.

The Court of Appeal also rejected that there should have been renewals rather than new authorizations. The investigation was expanded when new parties were included. Therefore, a new authorization was appropriate.

The Court of Appeal further rejected the argument that the authorizations were invalid because the failure to list pay telephones as places where private communications could be intercepted amounted to a failure to state "the place at which private communications may be intercepted" as required by s. 178.13(2)(c), or because the failure to prescribe limiting conditions with respect to privacy of third parties using pay telephones constitutes a delegation to the police of the function of the issuing judge. Following *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.), the Court of Appeal held that the authorizations were valid on their face. The respondents' argument was really a collateral attack on the validity of the authorizations which was a matter to be decided on a *Wilson*-type review.

Finally, the Court of Appeal considered what proof was necessary to show that a person "resorted to" a particular place. Indiscriminate monitoring in the hope that a suspect will use a particular telephone would violate the *Criminal Code* provisions; indeed invasion of the privacy of others prior to the lawful interception is a matter for criminal sanction. But if the trial judge is satisfied that it was a named person's voice which was recorded, then the person must have resorted to that place. In this case, for many of the interceptions, the police monitored conversations at pay telephones because of authorized interceptions of earlier conversations that referred to them. This is evidence that justifies concluding that the later interception came within the "resort to" clause.

Having rejected all of the respondents' arguments, the Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial.

La Cour d'appel a également rejeté l'idée qu'on aurait dû accorder des renouvellements plutôt que de nouvelles autorisations. L'enquête a pris des proportions plus importantes lorsque de nouvelles parties ont été ajoutées. Par conséquent, une nouvelle autorisation était appropriée.

La Cour d'appel a rejeté en outre l'argument portant que les autorisations étaient invalides parce que l'omission de dresser la liste des téléphones publics comme endroits où les communications privées pouvaient être interceptées équivalait à ne pas indiquer «le lieu où les communications privées pourront être interceptées» comme l'exige l'al. 178.13(2)c), ou parce que l'omission d'établir des conditions restrictives quant à la vie privée des tiers utilisant les téléphones publics constituait une délégation aux policiers de la fonction du juge qui accorde l'autorisation. Conformément à l'arrêt *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a conclu que les autorisations étaient valides à première vue. L'argument des intimés constituait véritablement une contestation indirecte de la validité des autorisations qui doit être déterminée au moyen d'un examen de type *Wilson*.

Enfin, la Cour d'appel a examiné le type de preuve nécessaire pour établir qu'une personne «fréquentait» un endroit particulier. L'écoute systématique dans l'espoir qu'un suspect utilise un téléphone particulier violerait les dispositions du *Code criminel*; en effet, l'atteinte à la vie privée des tiers avant l'interception légale est matière à sanction criminelle. Mais si le juge du procès est convaincu que c'était la voix d'une personne nommée qui a été enregistrée, il faut alors que cette personne ait fréquenté cet endroit. En l'espèce, dans le cas de plusieurs interceptions, les policiers ont écouté les conversations dans les téléphones publics parce que l'interception autorisée de conversations antérieures en faisait mention. Il s'agit d'une preuve qui justifie de conclure que la dernière interception relevait de la clause des «endroits fréquentés».

Ayant rejeté tous les arguments des intimés, la Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Issues on Appeal

The appellants state six issues on appeal. It was asserted that the Court of Appeal erred in law in holding that:

1. Section 178.13(2)(c) of the Criminal Code permits as a term in an authorization language such as "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to" by named persons;
2. it is permissible to include in an authorization a term such as "or elsewhere in the Province of British Columbia resorted to" by named persons and that such term does not violate Section 8 of the Charter;
3. Section 178.13(2)(c) does not require an authorization to state the place at which private communications may be intercepted where a general description of the place can be given;
4. an intercepted private communication in itself could afford evidence that a person "resorted to" a place without the condition precedent of "resorting to" being established by extrinsic evidence;
5. it was permissible to obtain fresh authorizations instead of renewals with respect to the same persons and offences as stated in the preceding authorizations;
6. Section 8 of the . . . Charter . . . is not violated by [a] surreptitious entry into residential premises to install audio intercepts where an authorization . . . is silent as to express judicial authorization and that such entry and installation is lawful.

I will deal with the first four issues together because they each concern the extent to which Part IV.1 of the *Criminal Code* and s. 8 of the *Charter* demand conditions limiting the scope of surveillance on the face of an authorization. I will refer to this issue in general terms as the issue of minimization. I will then deal with issues 5 and 6 separately.

Minimization

To understand the issue of minimization it is useful to begin by examining the role it plays in the American law of electronic surveillance. Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 to 2520 (1988),

Les questions du pourvoi

Les appelants ont formulé six questions en appel. Ils ont affirmé que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en décidant que:

[TRADUCTION]

1. l'alinéa 178.13(2)c) du Code criminel permet d'utiliser dans la rédaction d'une autorisation des termes comme «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés» par les personnes nommées;
2. il est permis d'inclure dans une autorisation des termes comme «ou dans les autres lieux de la province de la Colombie-Britannique fréquentés» par les personnes nommées sans que ces termes violent l'art. 8 de la Charte;
3. l'alinéa 178.13(2)c) n'exige pas qu'une autorisation précise le lieu où les communications privées pourront être interceptées lorsqu'une description générale du lieu peut être donnée;
4. une communication privée interceptée peut en soi apporter la preuve qu'une personne «fréquentait» un lieu sans qu'il faille établir préalablement par preuve extrinsèque que le lieu était «fréquenté»;
5. il était possible d'obtenir de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements en ce qui concerne les mêmes personnes et infractions indiquées dans les autorisations antérieures;
6. on ne viole pas [. . .] l'art. 8 de la Charte lorsqu'on entre clandestinement dans des lieux résidentiels pour installer des dispositifs d'écoute lorsqu'une autorisation [. . .] est silencieuse quant à l'autorisation judiciaire expresse et que cette entrée et cette installation sont légales.

Je vais d'abord traiter les quatre premières questions ensemble parce que chacune concerne la mesure dans laquelle la partie IV.1 du *Code criminel* et l'art. 8 de la *Charte* exigent des conditions qui limitent la portée de l'écoute dans le texte de l'autorisation. C'est ce que j'appellerai en termes généraux la question de la minimisation. Je vais ensuite traiter des questions 5 et 6 séparément.

La minimisation

Pour comprendre la question de la minimisation, il est utile de commencer par examiner son rôle dans le droit américain relatif à l'écoute électronique. Le titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 à 2520

specifically provides for minimization on the face of an authorization. Section 2518(5) reads in part:

Every order and extension thereof shall contain a provision that the authorization to intercept shall be executed as soon as practicable, shall be conducted in such a way as to minimize the interception of communications not otherwise subject to interception under this chapter, and must terminate upon attainment of the authorized objective, or in any event in thirty days.

The constitutional importance of this minimization requirement is discussed by J. G. Carr, *The Law of Electronic Surveillance* (2nd ed. 1986), at pp. 5-27 and 5-28:

In light of the [Supreme] Court's condemnation in *Berger* [v. *New York* 388 U.S. 41 (1967)] of completely open-ended surveillance, it was necessary for Title III to include a regulatory mechanism to avoid indiscriminate, unlimited, uncontrolled surveillance. That mechanism is the requirement that the order contain the minimization directive, which is a shorthand method of instructing the executing officers to remain within the authority granted by the terms of the eavesdropping order and to heed the constitutional proscription against general searches

Despite suggestions to the contrary, and occasional expressions of uncertainty, the minimization duty under § 2518(5) implements a constitutional prerequisite to the validity of all court-ordered electronic surveillance. Minimization embodies the constitutional obligation of avoiding, to the greatest possible extent, seizure of conversations which have no relationship to the crimes being investigated or the purpose for which electronic surveillance has been authorized. Furthermore, the constitutional principle that all invasions of privacy must be limited in scope to the minimal intrusion necessary to fulfill their purpose is related to minimization, with particular reference to the problems of duration and termination.

Canadian legislation, although based on the American model, does not specifically mandate minimizing conditions. Section 178.13(2)(d) reads:

178.13 . . .

(2) An authorization shall

(1988), prévoit spécifiquement la minimisation dans le texte d'une autorisation. Le paragraphe 2518(5) se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Toute ordonnance et sa prorogation doivent contenir une disposition portant que l'autorisation d'intercepter sera exécutée le plus tôt possible et sera effectuée de manière à minimiser l'interception des communications qui ne sont pas par ailleurs assujetties à l'interception en vertu de cette section, et qu'elle prendra fin au moment de la réalisation de l'objectif autorisé ou, en tout état de cause, dans un délai de trente jours.

L'importance constitutionnelle de cette condition de minimisation est analysée par J. G. Carr dans *The Law of Electronic Surveillance* (2^e éd. 1986), aux pp. 5-27 et 5-28:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'arrêt *Berger* [v. *New York* 388 U.S. 41 (1967)] dans lequel la Cour [suprême] condamne la surveillance électronique faite sans aucune réserve, il était nécessaire que le titre III prévoit un mécanisme de réglementation pour prévenir la surveillance systématique, illimitée et incontrôlée. Ce mécanisme est la condition que l'ordonnance contienne une directive de minimisation, qui est un moyen simple d'enjoindre aux agents qui l'exécutent d'agir conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés par les termes de l'ordonnance d'écoute et de respecter la proscription constitutionnelle des perquisitions générales

Malgré les arguments en sens contraire et les manifestations occasionnelles d'incertitude, l'obligation de minimisation en vertu du par. 2518(5) met à exécution une condition constitutionnelle préalable à la validité des ordonnances judiciaires en matière de surveillance électronique. La minimisation comporte l'obligation constitutionnelle de prévenir, le plus possible, l'interception de conversations qui n'ont aucun rapport avec les crimes qui font l'objet de l'enquête ou avec le but dans lequel la surveillance électronique a été autorisée. En outre, le principe constitutionnel que toutes les atteintes à la vie privée doivent être restreintes dans leur portée à l'atteinte minimale nécessaire à la réalisation de leur but est lié à la minimisation, en ce qui concerne particulièrement les problèmes de durée et d'expiration.

La loi canadienne, bien qu'elle s'inspire du modèle américain, ne prescrit pas expressément de conditions de minimisation. L'alinéa 178.13(2)d) se lit comme suit:

178.13 . . .

(2) Une autorisation doit

(d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest;

The importance of this section in the legislative scheme was emphasized by Estey J. in *Lyons v. The Queen, supra*, at pp. 671-72:

Having regard to the pattern of Part IV.1, the breadth of authority granted to the court, the importance of the subject matter, and the vitality of the role of the court in the legislative plan as the guardian of the public interest, explicit response by the court to the application for authority to intercept in many cases will require the prescription of "terms and conditions advisable in the public interest" pursuant to para. (2)(d) of s. 178.13.

The courts responsible for these orders of authorization must be ever concerned with the impact of these orders on members of the community who will obviously be directly affected by them. An order in general terms following the wording of the appropriate subsection of Part IV.1 will not invalidate the order or affect the admissibility of the evidence gathered. Much to be preferred, however, in many circumstances, would be a specific description of the apparatus to be employed, the manner of interception, and the terms and conditions appropriate to the action as revealed by the information contained in the application for authority to intercept.

Thus, while the importance of s. 178.13(2)(d) in the legislative scheme is recognized, it is the case that the section merely permits rather than demands minimizing conditions. This has been criticized; for instance M. Naeem Rauf, in "Recent Developments in Wire-tap Law" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208, at p. 216, wrote:

The protection offered by that paragraph appears to be a hollow one: if the authorizing judge does *not* impose conditions even where it is clear he ought to have done so, nothing very much happens because, as Estey J. also said in the *Lyons* case:

"An order in general terms following the wording of the appropriate subsection of Part IV.1 will not invalidate the order or affect the admissibility of the evidence gathered."

While s. 178.13(2)(d) is permissive, it should be noted that of course other sections in Part IV.1 serve to place limitations on the types of communications which can be intercepted. Counsel refer in

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public;

Le juge Estey a souligné l'importance de cette disposition du régime législatif dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, précité, aux pp. 671 et 672:

Compte tenu de l'économie de la partie IV.1, de l'ampleur du pouvoir accordé à la cour, de l'importance du sujet et du rôle vital joué par la cour dans le plan législatif à titre de gardien de l'intérêt public, la réponse explicite donnée par la cour à la demande d'autorisation de l'interception exige, dans bien des cas, que celle-ci prescrive les «modalités [qu'elle] estime opportunes dans l'intérêt public» conformément à l'al. 178.13(2)d).

Les tribunaux chargés de rendre ces ordonnances d'autorisation doivent se préoccuper constamment de leur incidence sur les membres de la collectivité qui seront de toute évidence directement touchés par celles-ci. Une ordonnance formulée en termes généraux conformes au texte de la disposition applicable de la partie IV.1 n'est pas nulle et n'a pas pour effet de rendre inadmissibles les éléments de preuve recueillis. Toutefois, il est de beaucoup préférable, dans bien des cas, de donner une description précise du dispositif à utiliser, de la façon de procéder à l'interception et des modalités qui conviennent en fonction des renseignements contenus dans la demande d'autorisation de procéder à une interception.

Ainsi, bien que l'importance de l'al. 178.13(2)d) du régime législatif soit reconnue, la disposition prévoit simplement que des conditions de minimisation peuvent être apportées au lieu de l'exiger. Cela a fait l'objet de critiques; par exemple, M. Naeem Rauf, dans son article intitulé «Recent Developments in Wire-tap Law» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 208, à la p. 216, écrit:

[TRADUCTION] La protection qu'offre cet alinéa semble trompeuse: si le juge qui autorise l'interception n'impose *pas* de conditions même lorsqu'il est clair qu'il aurait dû le faire, les conséquences ne sont pas très sérieuses parce que, comme le juge Estey l'a dit également dans l'arrêt *Lyons*:

«Une ordonnance formulée en termes généraux conformes au texte de la disposition applicable de la partie IV.1 n'est pas nulle et n'a pas pour effet de rendre inadmissibles les éléments de preuve recueillis.»

Bien que l'al. 178.13(2)d) exprime une faculté, il convient de souligner que les autres dispositions de la partie IV.1 apportent évidemment des restrictions quant aux types de communications qui

particular to ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c). The former requires that an affidavit in support of an application for an authorization must state:

178.12 (1) ...

(e) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted and a general description of the manner of interception proposed to be used;

The latter requires that the authorization on its face shall:

178.13 ...

(2) ...

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

It was argued that these requirements were not met in the case at hand. The appellants argue first that the "resort to" clause creates no limitation on the persons or places subject to interception, and second that the absence of mention in the second and third authorizations of the installation of listening devices at pay telephones fails to meet the requirement of a general description of the place at which private communications may be intercepted.

An initial observation, when dealing with the "resort to" clause, is that the *Code* appears to envisage circumstances in which there will be authorization of intercepts at places unknown at the time of authorization. Section 178.12(1)(e) requires that the application for authorization include "a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted". (Emphasis added.) Likewise 178.13(2)(c) requires

peuvent être interceptées. Les avocats mentionnent en particulier les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c). Le premier alinéa exige qu'un affidavit à l'appui d'une demande d'autorisation indique:

^a **178.12 (1) ...**

e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

Le deuxième alinéa précise que le texte de l'autorisation doit:

^d **178.13 ...**

(2) ...

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

^f On a soutenu que ces conditions n'avaient pas été respectées en l'espèce. Les appelants prétendent premièrement que la clause des «endroits fréquentés» n'apporte aucune restriction quant aux personnes ou aux lieux visés par l'interception et, ^g deuxièmement, que l'absence d'une mention, dans les deuxième et troisième autorisations, de l'installation de dispositifs d'écoute dans les téléphones publics ne satisfait pas à l'exigence d'une description générale du lieu où les communications privées pourront être interceptées. ^h

La première remarque qui s'impose dans l'examen de la clause des «endroits fréquentés» est que le *Code* semble envisager des circonstances où il y aura autorisation d'intercepter dans des lieux inconnus au moment où l'autorisation est donnée. L'alinéa 178.12(1)e) exige que la demande d'autorisation comporte «une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées». (Je souligne.) De même, l'al. 178.13(2)c)

a general description "if a general description of that place can be given".

The principal case in the discussion of the issue of whether the "resort to" clause is nonetheless improper is *Grabowski v. The Queen, supra*. In that case the authorization took the following form:

[TRANSLATION] 3. The persons whose communications may be intercepted are:

- (a) William MURPHY (building caretaker); and
- (b) certain other persons whose identity is at present unknown, but who have acted, are acting or may act in concert or in collusion with a person named in subparagraph (a) or with a person found in one of the places named in paragraph 4, and whose private communications may be intercepted by means of authorization.

4. The places or localities where the private communications of the persons mentioned on paragraph 3 may be intercepted are:

- (a) 620 St-Jacques West, Montréal, Que. (underground garage); and/or
- (b) any other place or locality, stationary or mobile, where the persons named in paragraph 3 could be found, but the nature and location of which are at present impossible to specify.

Chouinard J. said of s. 178.13(2)(c), at p. 444:

It is apparent from para. (c) above, and the courts have consistently held, that an authorization must contain limitations on the persons whose communications may be intercepted, the place where they may be intercepted and the method of interception.

At pages 445-46, he concluded that when paragraphs 3(b) and 4(b) of the authorization were read together, the authorization on its face would permit the interception of anyone's communication anywhere. He therefore held the authorization to be unlawful. However, he took the view that if paragraph 4(b) were excluded, the authorization would be valid. Therefore, interceptions authorized by paragraph 4(b) would be unlawful but, because the offending paragraph had not been used and all interceptions were made at the address specified in the authorization, he concluded that the evidence so obtained was admissible and dismissed the appeal.

exige une description générale «s'il est possible de donner une description générale de ce lieu».

L'arrêt *Grabowski c. La Reine*, précité, est le principal arrêt dans lequel on examine la question de savoir si la clause des «endroits fréquentés» est néanmoins irrégulière. Dans cet arrêt, l'autorisation prenait la forme suivante:

3° les personnes dont les communications peuvent être interceptées sont:

- (a) William MURPHY (Gardien d'immeuble); et
- (b) certaines autres personnes dont l'identité est actuellement inconnue, mais qui ont agi, qui agissent ou qui pourraient agir de concert ou de connivence avec une personne mentionnée au sous-paragraphe (a) ou avec une personne se trouvant à l'un des endroits mentionnés au paragraphe 4, et dont les communications privées pourraient être interceptées à l'occasion de la présente autorisation.

4° Les endroits ou lieux où les communications privées des personnes mentionnées au paragraphe 3 pourront être interceptées sont:

- (a) 620 St-Jacques O., Montréal, P.Q. (Garage souterrain); et/ou
- (b) tout autre endroit ou lieu, fixe ou mobile, où pourraient se trouver les personnes mentionnées au paragraphe 3, mais dont la nature et la situation sont actuellement impossible à préciser.

Le juge Chouinard a dit de l'al. 178.13(2)c), à la p. 444:

Il découle de l'al. c) ci-dessus et il est de jurisprudence constante qu'une autorisation doit contenir des limites quant aux personnes dont les communications peuvent être interceptées, quant au lieu où elles peuvent l'être et quant au mode d'interception.

Aux pages 445 et 446, il a conclu que lorsque les alinéas 3b) et 4b) de l'autorisation sont lus ensemble, l'autorisation permet à première vue d'intercepter les communications de n'importe qui n'importe où. Il a donc jugé que l'autorisation était illégale. Il a cependant émis l'avis que si l'alinéa 4b) était exclu, l'autorisation serait valide. Par conséquent, les interceptions autorisées par l'alinéa 4b) seraient illégales mais, parce que l'alinéa fautif n'avait pas été utilisé et que toutes les interceptions avaient été faites à l'adresse mentionnée dans l'autorisation, il a conclu que les éléments de preuve ainsi recueillis étaient admissibles et il a rejeté le pourvoi.

In this case it was argued by the appellants that paragraph (c) in each of the three authorizations before the Court is unlawful and that evidence obtained thereunder is inadmissible. The Crown argued that the "resort to" provisions complied with Part IV.1 of the *Criminal Code*. Reliance was placed on *R. v. LeClerc, supra*, in which an attack on the validity of "resort to" clause was rejected, and *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103 (C.A.), at p. 107, *per* Stratton J.A. It was also argued that *Grabowski, supra*, was distinguishable, turning on the particular provisions of the authorization in issue in that case, as were the other cases cited by the appellants. It was argued as well that Part IV.1 of the *Criminal Code*, having been modelled on the American Title III but departing from it on this point, demonstrates that Parliament did not attach the same importance to a fixed location for interception as had the Congress of the United States. Thus, it is argued, Parliament did not intend a prohibition of "resort to" clauses.

Unlike the authorization in *Grabowski*, the authorizations at issue do not permit the interception of communications of anyone anywhere within the province. It is limited in location to places resorted to by certain named individuals. A basket clause which would permit interception of any persons unknown to the police at the time of the application for the authorization and which would permit the police to intercept such communications at any place provided that there are reasonable and probable grounds to believe that the interception may assist in the investigation has been held to be invalid. The basis for that decision is that such a clause vests in the police the discretion to intercept the private communications of any or all persons if there are reasonable or probable grounds to believe that the interceptions would assist in the investigations, which is the function given by statute to the issuing judge: see *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (Ont. C.A.), *aff'd* [1987] 2 S.C.R. 291. Neither paragraph (c) nor (d) of the authorizations in this case is in that category. Each

En l'espèce, les appelants ont fait valoir que l'alinéa c) de chacune des trois autorisations soumises à la Cour est illégal et que les éléments de preuve ainsi recueillis sont inadmissibles. Le ministre public a soutenu que les dispositions relatives aux «endroits fréquentés» étaient conformes à la partie IV.1 du *Code criminel*. On a invoqué l'arrêt *R. v. LeClerc*, précité, dans lequel la contestation de la validité de la clause des «endroits fréquentés» a été rejetée, et l'arrêt *R. v. McLeod*, [1988] N.W.T.R. 103 (C.A.), à la p. 107, le juge Stratton. On a également prétendu que l'arrêt *Grabowski*, précité, pouvait être distingué de la présente espèce, compte tenu des dispositions particulières de l'autorisation en cause dans cette affaire, tout comme les autres décisions mentionnées par les appelants. On a également prétendu que la partie IV.1 du *Code criminel*, inspirée du titre III de la loi américaine mais différente de celui-ci sur ce point, démontre que le Parlement n'a pas attaché la même importance que le Congrès américain à un lieu fixe pour intercepter les communications. Ainsi, on prétend que le Parlement n'a pas eu l'intention d'interdire les clauses des «endroits fréquentés».

Contrairement à l'autorisation en cause dans l'arrêt *Grabowski*, les autorisations visées en l'espèce ne permettent pas d'intercepter les communications de n'importe qui n'importe où dans la province. Elles sont limitées aux lieux et aux endroits fréquentés par certains individus nommés. Les tribunaux ont déclaré invalide une clause omnibus qui permettrait l'interception des communications de toute personne inconnue des policiers au moment de la demande d'autorisation et qui permettrait aux policiers d'intercepter ces communications n'importe où, pourvu qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception pourra être utile à l'enquête. Le fondement de cette décision est qu'une telle clause confère aux policiers le pouvoir discrétionnaire d'intercepter les communications privées de toute personne s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que les interceptions seraient utiles aux enquêtes; ce qui relève de la fonction que la loi attribue au juge qui accorde l'autorisation: voir les arrêts *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (C.A. Ont.),

contains limitations. Paragraph (c) is limited to named persons. Paragraph (d) is limited to persons who resort to or use named premises or communicate with named persons. As to place, each is limited to places resorted to by five named individuals. It cannot therefore be said to delegate to the police the determination as to whether the interceptions would assist in the investigation. That was determined by the authorizing judge on the basis of the connection to the targets detailed above.

Second, there is the argument that the legislation demanded specific reference to the pay telephones. The appellants did not abandon this claim in oral argument, but stressed instead the constitutional aspects of the issue. They did, however, maintain this submission as a fall-back argument. It is, therefore, appropriate to deal with it here.

In my view, the submission that Part IV.1 required that the pay telephones be mentioned on the face of the authorizations must fail, under the authority of *R. v. Papalia*, [1988] 2 S.C.R. 137. In that case, the interceptions at issue were made in automobiles. These locations were not specifically included in the locations described on the face of the authorizations, even though the police knew at the time of application that they intended to make these interceptions. The relevant parts of the authorization providing that the private communications of the appellants could be intercepted read as follows:

4. . . .

- (a) By the use of audio transmitter and receiver, an electromagnetic, acoustic device sometimes referred to as a microphone and amplifier installed at or near the addresses described in paragraph five (5) of the Authorization, or at or near such further other locations, both stationary or mobile, for which there are reasonable and probable grounds to believe such locations may be used by any person or persons described in paragraph three (3) of this Authorization for the purpose of carrying out private communications

conf. [1987] 2 R.C.S. 291. En l'espèce, ni l'alinéa c) ni l'alinéa d) des autorisations ne relèvent de cette catégorie. Chacun contient des restrictions. L'alinéa c) est restreint aux personnes nommées. L'alinéa d) est restreint aux personnes qui fréquentent ou utilisent les lieux désignés ou communiquent avec les personnes nommées. Quant aux lieux, chacun est limité aux lieux fréquentés par cinq individus nommés. On ne peut donc dire que les alinéas délèguent aux policiers le soin de décider si les interceptions seraient utiles à l'enquête. C'est le juge qui a donné les autorisations qui s'est prononcé à cet égard compte tenu des liens avec les cibles mentionnées précédemment.

Deuxièmement, il y a l'argument selon lequel la loi exige de mentionner précisément les téléphones publics. Les appelants n'ont pas abandonné cette prétention dans les plaidoiries, mais ont insisté plutôt sur les aspects constitutionnels de la question. Ils ont cependant maintenu cette prétention comme argument de réserve. Il est donc approprié d'en traiter ici.

À mon avis, la prétention que la partie IV.1 exige que les téléphones publics soient mentionnés dans le texte des autorisations doit échouer en vertu de l'arrêt *R. c. Papalia*, [1988] 2 R.C.S. 137. Dans cette affaire, les interceptions visées ont été faites dans des automobiles. Ces endroits n'avaient pas été mentionnés spécifiquement parmi les lieux décrits dans le texte des autorisations même si les policiers savaient au moment de la demande qu'ils avaient l'intention de faire ces interceptions. Les parties pertinentes de l'autorisation prévoyant que les communications privées des appelants pouvaient être interceptées se lisent ainsi:

h [TRADUCTION] 4. . . .

- a) Par l'utilisation d'un émetteur-récepteur audio, un dispositif électromagnétique, appelé aussi microphone et amplificateur, installé aux adresses indiquées au paragraphe cinq (5) de l'autorisation ou en tous autres lieux, fixes ou mobiles, ou près de ces adresses ou lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils peuvent être utilisés par toute personne décrite au paragraphe trois (3) de la présente autorisation pour avoir des communi-

for the purposes as specified in paragraph one (1) of this Authorization . . .

tions privées aux fins précisées au paragraphe premier (1) de la présente autorisation . . .

Clause 5 specified various addresses, and provided that interceptions could be made:

La clause 5 précisait les diverses adresses et prévoyait que les interceptions pouvaient être faites:

5. . . .

[TRADUCTION] 5. . . .

(n) . . . at or near such further other locations for which there are reasonable and probable grounds to believe that the persons described in paragraph three (3) of this Authorization may carry on private communications in respect of the offences as set out in paragraph one (1) of this Authorization.

n) . . . en tous autres lieux, ou près de ces lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire que les personnes décrites au paragraphe trois (3) de la présente autorisation peuvent avoir des communications privées relativement aux infractions énumérées au paragraphe premier (1) de la présente autorisation.

McIntyre J. first held that an automobile is a "place" within the meaning of s. 178.13(2)(c) of the *Criminal Code*. He then held (at pp. 145-46):

c Le juge McIntyre a d'abord conclu qu'une automobile est un «lieu» au sens de l'al. 178.13(2)c) du *Code criminel*. Il a ensuite ajouté (aux pp. 145 et 146):

Section 178.13(2)(c) requires that the authorization generally describe the locations or places of interception. This was done in the case at bar and paragraphs 4 and 5, reproduced above, give an adequate general description of the places of interception.

d L'alinéa 178.13(2)c) exige que l'autorisation décrive de manière générale les lieux de l'interception. On l'a fait en l'espèce et les paragraphes 4 et 5, déjà cités, donnent une description générale suffisante des lieux d'interception.

The cars of the two appellants who were specifically named in the authorizations were covered, in my view, by clauses 4 and 5 of the authorizations, and the interceptions were, therefore, lawful under Part IV.1 of the *Code* and admissible in evidence.

e Les automobiles des deux appelants qui ont été spécifiquement nommés dans les autorisations étaient incluses, à mon avis, dans les paragraphes 4 et 5 des autorisations et les interceptions étaient donc régulières en vertu de la partie IV.1 du *Code* et admissibles en preuve.

In view of the fact that the investigators knew that the named persons intended to resort to pay telephones, a more specific description could have been given. In my view, however, subject to its effect on s. 8 of the *Charter*, this in itself does not render the authorizations unlawful. The section does not state that it must be the most specific description. It requires only a general description.

f Étant donné que les enquêteurs savaient que les personnes nommées avaient l'intention de fréquenter des téléphones publics, une description plus précise aurait pu être donnée. Cependant, sous réserve de son effet sur l'art. 8 de la *Charte*, j'estime que cette omission en soi ne rend pas les autorisations illégales. L'alinéa ne dit pas qu'il doit s'agir de la description la plus précise possible. Il n'exige qu'une description générale.

On the basis of the foregoing, neither of the three authorizations is unlawful within the meaning of s. 178.16.

g Pour les motifs qui précèdent, aucune des trois autorisations n'est illégale au sens de l'art. 178.16.

Minimization and Section 8

La minimisation et l'article 8

I therefore turn to the constitutional issues raised with respect to minimization. As a preliminary matter I note that recent decisions of this Court leave no doubt that electronic surveillance constitutes a "search or seizure" within the mean-

i J'examine maintenant les questions constitutionnelles relatives à la minimisation. À titre préliminaire, je constate que les arrêts récents de notre Cour ne laissent planer aucun doute que la surveillance électronique constitue «une fouille, une per-

ing of s. 8 of the *Charter: R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

Analysis of the current law in Canada with respect to minimization, Part IV.1 of the *Criminal Code*, and s. 8 of the *Charter*, begins with the decision of the Ontario Court of Appeal in *Finlay and Grellette*, *supra*. As noted above, it appears that in the United States the minimization requirement in s. 2518(5) of Title III is a constitutional prerequisite to the validity of court-ordered electronic surveillance. One argument raised by the appellants in *Finlay and Grellette*, *supra*, was that the absence of a minimization requirement in the Canadian legislation renders it unconstitutional. Martin J.A., while recognizing the absence of any counterpart to s. 2518(5), noted that s. 178.13(1.1) and (1.2) of Part IV.1 provide that where an authorization is granted in relation to the interception of private communications at the office or residence of a solicitor, or at any place ordinarily used by a solicitor and by other solicitors, the judge shall include such terms and conditions as he deems advisable to protect privileged communications between solicitors and clients. He noted too that s. 178.13(2)(d) provides that an authorization shall contain terms and conditions which the judge considers advisable in the public interest. The authorization in that case provided that if private communications were to be intercepted at a public pay telephone, such interception was to be accompanied by visual surveillance to ensure that the interception is made only while the telephone is used by a person named in the order. Also in that case the police terminated the wiretap following the appellants' arrest, even though the authorization did not expire until more than a month afterwards.

Martin J.A. concluded (at p. 75):

I find myself in accord with the view expressed by Professor Stanley A. Cohen [*Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983)], at p. 174:

Because the minimization requirement precludes open-ended, "indiscriminate" interception of private

quisition ou une saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte: R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

a L'examen de l'état actuel du droit au Canada en matière de minimisation, de la partie IV.1 du *Code criminel* et de l'art. 8 de la *Charte* commence par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Finlay and Grellette*, précité. Comme je l'ai déjà souligné, il b appert qu'aux États-Unis l'exigence de minimisation contenue au par. 2518(5) du titre III est une condition constitutionnelle préalable à la validité des ordonnances judiciaires en matière de surveillance électronique. L'un des arguments soulevés c par les appelants dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, était que l'absence d'exigence de minimisation dans la loi canadienne rend celle-ci inconstitutionnelle. Le juge Martin de la Cour d'appel, d tout en reconnaissant l'absence d'une disposition équivalente au par. 2518(5), a souligné que les par. 178.13(1.1) et (1.2) de la partie IV.1 prévoient que lorsqu'une autorisation est accordée en vue d'intercepter des communications privées au bureau ou à e la résidence d'un avocat, ou à tout autre endroit utilisé ordinairement par un avocat ou par d'autres avocats, le juge doit inclure les modalités qu'il estime opportunes pour protéger les communications privilégiées entre les avocats et leurs clients. f Il a souligné également que l'al. 178.13(2)d prévoit qu'une autorisation doit énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public. Dans cette affaire, l'autorisation prévoyait que si g les communications privées devaient être interceptées dans un téléphone public, il devrait également y avoir surveillance visuelle pour veiller à ce que l'interception ne soit faite que lorsque le téléphone serait utilisé par une personne nommée dans l'ordonnance. En outre, dans cette affaire, les policiers h ont mis fin à l'écoute à la suite de l'arrestation des appelants même si l'autorisation n'expirait que plus d'un mois plus tard.

i Le juge Martin a conclu (à la p. 75):

[TRADUCTION] Je partage l'opinion du professeur Stanley A. Cohen [*Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983)], à la p. 174:

j Parce que l'exigence de minimisation empêche l'interception de communications privées sans réserve et

communications, resort to the use of automatic, voice-activated taping systems unattended by on-site monitoring personnel is effectively foreclosed. This naturally has the effect of substantially increasing the expense of electronic surveillance investigations. It is therefore submitted that a general requirement of minimization for all such investigations is too onerous a burden and is one that should not be imposed upon Canadian law enforcement officials. *Judges should not, however, be precluded from inserting minimization clauses into authorization orders, where, in their discretion, circumstances so warrant.* [Emphasis added by Martin J.A.]

I am of the view that, having regard to the provisions of s. 178.13(2)(d), which may and should be resorted to by the authorizing judge to impose a minimization requirement when the circumstances of the interception warrant the imposing of such a term, the absence of an express minimization requirement such as that contained in Title III does not render Part IV.1 unconstitutional.

The parties in the case at bar do not, as I understand them, dispute Martin J.A.'s finding that the absence of a minimization requirement does not render Part IV.1 unconstitutional as a whole. However, Martin J.A. adds in *Finlay and Grellette, supra*, at p. 78:

It is scarcely necessary to add that although the legislative scheme of Part IV.1 is constitutional, the granting of a particular authorization in the circumstances may be unreasonable and hence infringe s. 8.

The issue, then, is whether in the present circumstances, the scope of authorized surveillance or the absence of minimizing conditions on the face of any of the authorizations render them unreasonable and hence unconstitutional. The appellants argue that both the "resort to" clause, and the absence of minimizing conditions with respect to the interception of communications at public pay telephones are sufficient to render any interceptions so authorized unconstitutional under s. 8 of the *Charter*, which is sufficient to render any evidence thereby obtained inadmissible pursuant to s. 24(2).

The appellants say that changes in location during an investigation should be dealt with under s. 178.15(2), which deals with the power to author-

de façon «systématique», l'emploi de systèmes d'enregistrement automatique commandés par la voix sans personnel de surveillance sur les lieux est en réalité interdit. Naturellement, cela a pour effet d'augmenter considérablement les coûts des enquêtes par écoute électronique. On prétend donc qu'une exigence générale de minimisation pour toutes les enquêtes est une obligation trop onéreuse et ne devrait pas être imposée aux responsables de l'application de la loi canadienne. *Les juges ne devraient cependant pas être empêchés d'insérer des clauses de minimisation dans les ordonnances d'autorisation lorsqu'ils estiment que les circonstances le justifient.* [Les italiques sont du juge Martin.]

Je suis d'avis que, compte tenu des dispositions de l'al. 178.13(2)d), auxquelles le juge qui donne l'autorisation peut et doit recourir pour imposer une condition de minimisation lorsque les circonstances de l'interception le justifient, l'absence d'une condition expresse de minimisation comme celle contenue au titre III ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle.

Si je les comprends bien, les parties en l'espèce ne contestent pas la conclusion du juge Martin que l'absence d'une exigence de minimisation ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle dans son ensemble. Cependant, le juge Martin ajoute dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, à la p. 78:

[TRADUCTION] Il est à peine nécessaire d'ajouter que bien que le régime législatif de la partie IV.1 soit constitutionnel, le fait d'accorder une autorisation particulière dans les circonstances peut être abusif et donc porter atteinte à l'art. 8.

La question est donc de savoir si, dans les présentes circonstances, la portée de l'écoute autorisée ou l'absence de conditions de minimisation dans le texte des autorisations les rend abusives et donc inconstitutionnelles. Les appelants prétendent que la clause des «endroits fréquentés» et l'absence de conditions de minimisation quant à l'interception des communications dans les téléphones publics suffisent à rendre les interceptions ainsi autorisées inconstitutionnelles en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, ce qui suffit à rendre tout élément de preuve ainsi obtenu inadmissible en vertu du par. 24(2).

Les appelants affirment que la question des changements de lieu au cours d'une enquête doit être examinée en vertu du par. 178.15(2) qui traite

ize electronic surveillance in emergency situations, and should not be written right into the original authorization itself. The argument with respect to the “resort to” clause is that it violates the s. 8 requirement of prior judicial authorization demanded under *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, by delegating the function of authorization from a judge to the officers conducting the surveillance. In that case Dickson J. (as he then was) wrote (at p. 160):

That purpose [of s. 8] is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

In my view, the “resort to” clause *per se* does not offend this principle. To determine this issue one must first determine exactly what has been authorized by the court order. The answer to the appellants’ argument lies, in my view, with the answer to the fourth issue on appeal, which I repeat for ease of reference.

[Can] an intercepted private communication in itself . . . afford evidence that a person “resorted to” a place without the condition precedent of “resorting to” being established by extrinsic evidence”[?]

In my view, the proper interpretation of the “resort to” clause is that the police can only intercept communications of the target at a place to which, based on evidence, they believe on reasonable and probable grounds the target has resorted or will resort. To this extent there is prior authorization. Before dealing with whether the *Hunter v. Southam* requirement of prior authorization is met, I canvass the issue of what evidence is required to prove “resorting to”.

The decision of the Court of Appeal in this case was that the intercepted communication could itself provide evidence that a person “resorted to” a particular place, bringing that interception into

du pouvoir d’autoriser la surveillance électronique dans des situations d’urgence, et que ces changements ne devraient pas être inscrits directement sur l’autorisation initiale elle-même. L’argument relatif à la clause des «endroits fréquentés» est qu’elle viole l’exigence de l’art. 8 de l’autorisation judiciaire préalable formulée dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, en déléguant la fonction d’autorisation du juge aux policiers qui procèdent à la surveillance. Dans cet arrêt, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit (à la p. 160):

Comme je l’ai déjà dit, cet article [l’art. 8] a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système de d’autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l’original.]

À mon avis, la clause des «endroits fréquentés» ne porte pas en soi atteinte à ce principe. Pour répondre à cette question, il faut d’abord déterminer précisément ce que le tribunal a autorisé dans l’ordonnance. À mon avis, la réponse à l’argument des appelants dépend de la réponse à la quatrième question du pourvoi que je répète par souci de commodité.

[U]ne communication privée interceptée peut[-elle] en soi apporter la preuve qu’une personne «fréquentait» un lieu sans qu’il faille établir préalablement par preuve extrinsèque que le lieu était «fréquenté»[?]

À mon avis, l’interprétation appropriée de la clause des «endroits fréquentés» est que les policiers ne peuvent intercepter les communications de la cible que dans un lieu dont ils ont des motifs raisonnables et probables de croire, compte tenu de la preuve, qu’il a été ou sera fréquenté par la cible. En ce sens, il y a autorisation préalable. Avant de décider si l’exigence d’autorisation préalable établie dans l’arrêt *Hunter c. Southam* est respectée, j’examine soigneusement la question du type de preuve nécessaire pour établir le lieu «fréquenté».

En l’espèce, la Cour d’appel a décidé que la communication interceptée pouvait elle-même apporter la preuve qu’une personne «fréquentait» un lieu particulier, faisant en sorte que l’intercep-

compliance with the authorization. This ruling is in direct conflict with the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Niles, supra*. Dubin J.A. (as he then was), in holding that the evidence was inadmissible, wrote (at p. 514):

Before the evidence of the conversation was admitted into evidence, there was no evidence before the trial Judge that [the location] was a place resorted to or used by the appellant.

There was no evidence that at the time that the monitoring of this telephone was commenced, such monitoring was being carried out in the manner provided for in the authorization, and therefore there was no evidence that it was lawful. The condition precedent to the admissibility of the telephone conversation not having been shown, it follows that the intercepted communication was inadmissible. Such communication could not in turn be used, as was urged by Crown counsel, to supply the evidence first required to be established before the communication became admissible. [Emphasis added.]

I agree with the approach taken by Dubin J.A. Identification of the targeted person's voice cannot alone be sufficient to comply with the authorization. To hold otherwise in this case would encourage the police to monitor communications indiscriminately, with the foreknowledge that any relevant communications that happen to turn up would be found, in a sense retroactively, to have been justified. It is exactly that sort of indiscriminate surveillance that Part IV.1 of the *Criminal Code* was designed to prevent.

Of course, this does not end the inquiry in the case at bar. One must then ask whether there is other evidence that the target person "resorted to" a particular location. The level of evidence required, in my view, is that which would lead the police to believe on reasonable and probable grounds that a person will resort to a particular location. The Crown submits, and I agree, that "resorting to" can be established through a previously lawfully authorized interception. For instance, if a target says that he or she is going to use a particular telephone, this would provide reasonable and probable grounds to believe that a person "resorted to" a particular location. The evidence need not in my opinion take a particular

tion soit conforme à l'autorisation. Cet arrêt entre directement en conflit avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Niles*, précité. Le juge Dubin (maintenant Juge en chef de l'Ontario), en décidant que la preuve était inadmissible, a écrit (à la p. 514):

[TRADUCTION] Avant que la preuve de la conversation soit admise, le juge du procès n'avait aucune preuve que [le lieu] était un endroit fréquenté ou utilisé par l'appellant.

Il n'y avait aucune preuve qu'au moment où l'écoute de la conversation téléphonique a commencé celle-ci était faite de la manière prévue dans l'autorisation et il n'y avait donc aucune preuve qu'elle était légale. La condition préalable à l'admissibilité de la conversation téléphonique n'ayant pas été remplie, il s'ensuit que la communication interceptée était inadmissible. Cette communication ne pouvait à son tour servir, comme l'a fait valoir le substitut du procureur général, à fournir la preuve qu'il fallait d'abord établir pour que la communication devienne admissible. [Je souligne.]

Je partage l'interprétation du juge Dubin. La seule identification de la voix de la personne cible ne suffit pas pour être conforme à l'autorisation. En l'espèce, prétendre le contraire encouragerait les policiers à écouter les communications systématiquement en sachant d'avance que toute communication qui s'avérerait pertinente serait jugée, en un sens rétroactivement, avoir été justifiée. C'est exactement cette sorte d'écoute systématique que la partie IV.1 du *Code criminel* vise à prévenir.

Cela ne met évidemment pas fin à l'examen en l'espèce. Il faut ensuite déterminer s'il existe d'autres éléments de preuve que la personne cible «a fréquenté» un lieu particulier. À mon avis, le type de preuve requis doit amener les policiers à croire, pour des motifs raisonnables et probables, qu'une personne fréquentera un endroit particulier. Le ministère public soutient, et je partage son opinion, que la preuve de «l'endroit fréquenté» peut être établie au moyen d'une interception préalable légalement autorisée. Par exemple, si une cible déclare qu'elle va utiliser un téléphone en particulier, il y aurait des motifs raisonnables et probables de croire que la personne «a fréquenté» un endroit particulier. À mon avis, il n'est pas nécessaire que

form, e.g. visual surveillance, so long as it is probative of the fact in issue. In the absence of evidence to the contrary, the trial judge would be justified in concluding that the authorization had been complied with. The contents of the intercepted communication would simply confirm that conclusion. If, of course, the target did not resort in fact, then the issue would not arise because the evidence would not be tendered.

The case at bar provides examples of situations in which the police obviously proceeded with sufficient evidence of "resorting to" and a situation equally obviously without sufficient evidence. There is evidence that the targets made use of public telephones and employed a code to inform one another of where they could be reached. In several cases the police placed taps on telephones because the numbers of the telephones were referred to in other calls. In my view this is sufficient evidence to act upon, and amounts to reasonable and probable grounds that the target will resort to that place. This is subject to its being established that the private communication relied on is itself the product of a lawful interception. In another situation, however, the police placed taps on four public telephones because of their proximity to where one of the targets was staying. In my view, this is insufficient evidence to act upon, and amounts to little more than indiscriminate monitoring based on a hunch.

I now return to the issue of whether this is sufficient to meet the constitutional requirement of prior authorization in accordance with *Hunter v. Southam, supra*. The authorizations permit surveillance at places resorted to by certain persons. But it is argued that this usurps the function of the issuing judge who is required by statute and by s. 8 to decide whether reasonable and probable grounds exist for believing that evidence will be obtained as to the commission of an offence. In my view, that key determination by the authorizing judge can be made with respect to certain classes of places. Section 178.13 permits this determination to be made with respect to places that can

la preuve revête une forme particulière, comme par exemple une surveillance visuelle, dans la mesure où elle est probante quant au fait en cause. En l'absence de preuve contraire, le juge du procès serait justifié de conclure qu'on s'est conformé à l'autorisation. Le contenu de la communication interceptée viendrait simplement confirmer cette conclusion. Évidemment, si la cible n'a pas réellement fréquenté le lieu, la question ne se poserait pas parce que la preuve ne serait pas produite.

La présente affaire fournit des exemples de situations où les policiers ont évidemment agi en ayant une preuve suffisante de «endroit fréquenté» mais aussi d'une situation où ils ont évidemment agi sans preuve suffisante. Il y a une preuve que les cibles utilisaient des téléphones publics et un code pour s'informer mutuellement de l'endroit où il était possible de les rejoindre. Dans plusieurs cas, les policiers avaient mis des appareils téléphoniques sur écoute parce que leurs numéros avaient été mentionnés dans d'autres appels. À mon avis, il s'agit d'une preuve suffisante pour agir et elle équivaut à des motifs raisonnables et probables de croire que la cible fréquentera ce lieu, sous réserve de la preuve que la communication privée invoquée est elle-même le résultat d'une interception faite légalement. Toutefois, dans une autre situation, les policiers ont mis sur écoute les appareils de quatre téléphones publics parce que ceux-ci étaient situés près de l'endroit où l'une des cibles demeurait. À mon avis, il ne s'agit pas d'une preuve suffisante pour agir et elle n'équivaut à rien de plus qu'une surveillance systématique fondée sur une intuition.

Je reviens maintenant à la question de savoir si cela suffit pour respecter l'exigence constitutionnelle de l'autorisation préalable conformément à l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité. Les autorisations permettent de surveiller les endroits fréquentés par certaines personnes. Mais on prétend que c'est usurper la fonction du juge qui accorde l'autorisation et qui est tenu par la loi et par l'art. 8 de décider s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'on recueillera des éléments de preuve relatifs à la perpétration d'une infraction. À mon avis, le juge qui accorde l'autorisation peut prendre cette décision-clé à l'égard de certaines catégories de lieux. L'article 178.13 permet de

only be described in general terms. To require a determination by the police officers that they have reasonable and probable grounds for believing that the place complies with the general description before an authorization is acted upon is an additional safeguard to the dictates of the section. This and the fact that the section is not attacked is conclusive against the contention that the "resort to" clause is, *per se*, contrary to the requirements of s. 8 of the *Charter* as laid down in *Hunter v. Southam*, *supra*.

Hunter v. Southam concerned a search warrant, whereas this case concerns electronic interception. A physical search is a single event, which admits of prior authorization in its entirety. A wiretap on a telephone "resorted to" by a target is not analogous to the police taking it upon themselves to undertake a second and different search under a search warrant. It is more closely analogous to the "plain view" doctrine, whereby seizure of evidence in plain view under the scope of the search as authorized but not itself authorized is justified. In a related manner, the appellants' submission appears to me to ignore Dickson J.'s reasoning in *Hunter v. Southam* where he adopts with respect to s. 8 the opinion of Stewart J. of the United States Supreme Court in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 351, that "the Fourth Amendment protects people, not places". From the perspective of the rights of a person who is a target of the authorization, if it is reasonable to intercept the communication of a person at a specified address, it seems equally reasonable to intercept that person's communication at another place to which he resorts. Subject to what will be said about residences and pay telephones, the nature of the invasion of that person's privacy does not change with that person's location. It is the issuing judge's function to determine whether there are grounds sufficient to justify this invasion. If the judge is so satisfied, it is no invalid shirking or delegation of his or her function to permit the police to conduct this surveillance at places for

prendre cette décision quant à des lieux qui ne peuvent être décrits qu'en termes généraux. Exiger des policiers qu'ils décident s'ils ont des motifs raisonnables et probables de croire que le lieu est conforme à la description générale avant d'agir en vertu d'une autorisation est une garantie qui s'ajoute aux prescriptions de la disposition. Cette garantie et le fait que la disposition ne soit pas contestée écartent de façon concluante la prétention que la clause des «endroits fréquentés» est en soi contraire aux exigences de l'art. 8 de la *Charte* formulées dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, il s'agissait d'un mandat de fouille ou de perquisition alors qu'en l'espèce il s'agit d'écoute électronique. Une fouille ou perquisition est un événement unique qui se prête à une autorisation préalable dans son ensemble. L'écoute électronique d'un téléphone «utilisé» par une cible ne se compare pas à la décision unilatérale des policiers d'entreprendre une deuxième fouille ou perquisition différente en vertu d'un mandat de fouille ou de perquisition. La situation ressemble davantage à la théorie des objets «bien en vue» où l'on est justifié de saisir des éléments de preuve bien en vue en vertu de la portée de la fouille ou de la perquisition autorisée, mais où ces éléments ne sont pas eux-mêmes spécifiés dans l'autorisation. D'une manière connexe, l'argument des appelants me semble ignorer le raisonnement du juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam* où il adopte, en ce qui concerne l'art. 8, l'opinion exprimée par le juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 351, que [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Du point de vue des droits de la personne qui est visée par l'autorisation, s'il est raisonnable d'intercepter la communication d'une personne à une adresse précise, il semble tout aussi raisonnable d'intercepter la communication de cette personne dans un autre lieu qu'elle fréquente. Sous réserve de ce qui sera dit au sujet des résidences et des téléphones publics, la nature de l'atteinte au droit à la vie privée de cette personne ne change pas selon le lieu où elle se trouve. Il appartient au juge qui accorde l'autorisation de déterminer s'il existe des motifs suffisants pour justifier cette atteinte. Si le juge en

which there is sufficient evidence to believe the target resorts to.

The appellants' other submission is that the *Charter* demands that the public telephones which are to be tapped in the course of the investigation must be specifically mentioned on the face of subsequent authorizations. In my view, this submission raises different concerns than the "resort to" clause discussed above. While the nature of the invasion of the target's privacy is constant, what does change with changes in location is the possible effect of the authorization on the rights of third parties. The Court of Appeal held in the case at bar that the appellants have no standing to raise the rights of third parties which might be affected by interception of communications at public pay telephones. This holding was followed in *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33 (P.E.I.S.C.). In my view, the extent of invasion into the privacy of these third parties is constitutionally relevant to the issue of whether there has been an "unreasonable" search or seizure. To hold otherwise would be to ignore the purpose of s. 8 of the *Charter* which is to restrain invasion of privacy within reasonable limits. A potentially massive invasion of the privacy of persons not involved in the activity being investigated cannot be ignored simply because it is not brought to the attention of the court by one of those persons. Since those persons are unlikely to know of the invasion of their privacy, such invasions would escape scrutiny, and s. 8 would not fulfill its purpose.

In any authorization there is the possibility of invasion of privacy of innocent third parties. For instance a wiretap placed on the home telephone of a target will record communications by other members of the household. This is an unfortunate cost of electronic surveillance. But it is one which Parliament has obviously judged is justified in

est convaincu, ce n'est pas une usurpation ni une délégation invalide de sa fonction que de permettre aux policiers d'effectuer cette surveillance aux lieux à l'égard desquels il y a suffisamment d'éléments de preuve permettant de croire qu'ils sont fréquentés par la cible.

L'autre argument des appelants est que la *Charte* exige que les téléphones publics dont les appareils seront mis sur écoute au cours de l'enquête soient précisément mentionnés dans le texte des autorisations ultérieures. À mon avis, cet argument soulève des questions différentes de celles de la clause des «endroits fréquentés» examinée précédemment. Bien que la nature de l'atteinte à la vie privée de la cible soit constante, ce qui change avec les changements de lieu est l'effet possible de l'autorisation sur les droits des tiers. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que les appelants n'avaient pas qualité pour soulever les droits des tiers qui peuvent être touchés par l'interception des communications dans les téléphones publics. Cette décision a été suivie dans l'arrêt *Mead and Ford v. R. (No. 2)* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 33 (C.S.Î.-P.-É.). À mon avis, l'étendue de l'atteinte à la vie privée de ces tiers est pertinente sur le plan constitutionnel à la question de savoir s'il y a eu fouille, perquisition ou saisie «abusive». Affirmer le contraire reviendrait à ignorer l'objet de l'art. 8 de la *Charte* qui est de restreindre l'atteinte à la vie privée dans des limites raisonnables. Le risque qu'il y ait de graves atteintes à la vie privée des personnes non concernées par les activités qui font l'objet de l'enquête ne peut être ignoré pour la simple raison qu'il n'est pas porté à l'attention de la cour par l'une d'entre elles. Puisqu'il est peu probable que ces personnes sachent qu'on a porté atteinte à leur vie privée, ces atteintes échapperaient à tout examen et l'objet de l'art. 8 ne serait pas réalisé.

Dans toute autorisation, il peut y avoir atteinte à la vie privée de tiers innocents. Par exemple, le dispositif d'écoute installé sur le téléphone de la résidence d'une cible enregistrera les communications des autres occupants de la maison. C'est l'un des inconvénients malheureux de la surveillance électronique. Mais il s'agit d'un inconvénient que

appropriate circumstances in the investigation of serious crime.

In my view, in some cases the possibility of invasion of privacy of innocent persons may become so great that it requires explicit recognition along with the interests of the investigation of crime. A "resort to" clause creates just this possibility if among the places resorted to are telephones frequently used by the general public or other such places. I do not mean to suggest that there should be a constitutional prohibition of intercepting communications at places frequented by the public; in that case drug importing conspiracies could virtually insulate themselves from perhaps the only effective investigative technique against them merely by using public places to conduct their business.

In this case, public telephones were involved and the discussion concentrates on them. This should not be taken, however, as a finding that public telephones are to be distinguished from other places frequented by the public. The police knew prior to seeking the first authorization that the persons named in the authorization resorted to public pay telephones. The affidavit contained in the sealed packet relating to the first authorization showed that one of the suspects was using a pay telephone "situated at the Cultus Lake Plaza, Cultus Lake, Province of British Columbia." Furthermore, the affidavit indicates that this was one of the types of private communications intended to be intercepted. This fact was known to the authorizing judge. The other packets were not opened but it is apparent from the record that the police were fully aware that the targets made extensive use of public pay telephones. Whether or not this was disclosed to the authorizing judge on the second and third authorizations is not in the record. There is nothing in the authorizations to indicate that public pay telephones were to be wiretapped nor that the slightest consideration was given to protection of the public interest under s. 178.13(2)(d).

le Parlement a évidemment estimé justifié dans des circonstances appropriées au cours d'une enquête portant sur un crime grave.

À mon avis, la possibilité d'atteinte à la vie privée de personnes innocentes peut prendre des proportions tellement importantes dans certains cas qu'elle doit être reconnue expressément au même titre que les intérêts qu'il y a à enquêter sur un crime. Une clause des «endroits fréquentés» est justement à l'origine de cette possibilité si parmi les lieux fréquentés on retrouve des téléphones publics utilisés par le grand public ou d'autres lieux semblables. Je ne dis pas qu'il devrait y avoir une interdiction constitutionnelle d'intercepter les communications dans les lieux fréquentés par le public; dans ce cas, les auteurs de complots en vue d'importer des stupéfiants pourraient pratiquement se soustraire à ce qui est peut-être le seul moyen d'enquête efficace contre eux simplement en utilisant des lieux publics pour faire leurs affaires.

En l'espèce, il est question de téléphones publics et la discussion porte sur ceux-ci. Cependant, il ne faut pas considérer cela comme une conclusion que les téléphones publics doivent être distingués des autres lieux fréquentés par le public. Les policiers savaient, avant de demander la première autorisation, que les personnes nommées dans l'autorisation utilisaient des téléphones publics. L'affidavit contenu dans le paquet scellé concernant la première autorisation indiquait que l'un des suspects utilisait un téléphone public [TRADUCTION] «situé dans la Cultus Lake Plaza, à Cultus Lake, en Colombie-Britannique». En outre, l'affidavit indique qu'il s'agissait de l'un des types de communications privées que l'on voulait intercepter. Le juge qui a accordé l'autorisation connaissait ce fait. Les autres enveloppes n'ont pas été ouvertes mais il ressort du dossier que les policiers savaient très bien que les cibles faisaient grand usage des téléphones publics. Le dossier n'indique pas si ce fait a été porté à la connaissance du juge qui a accordé les deuxième et troisième autorisations. Rien n'indique dans les autorisations que les téléphones publics devaient être mis sur écoute ni qu'on a prêté le moindre attention à la protection de l'intérêt public en vertu de l'al. 178.13(2)d).

On these facts, given the breadth of the authorizations, hundreds of private conversations may have been intercepted when not one target was involved. In *Finlay and Grellette, supra*, the authorization required physical surveillance of the public pay telephone to ensure that conversations were intercepted only when a target was using the telephone at the time. There is no such provision here, nor any other such limitation. At minimum, I would think that such an authorization would provide that conversations at a public telephone not be intercepted unless there were reasonable and probable grounds for believing that a target was using the telephone at the time that the listening device was activated. The police cannot simply install a listening device and leave it running indiscriminately in the hope that a target may come along. In some instances, that is what occurred here.

Is what occurred an “unreasonable search or seizure”? In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. (as he then was) stated (at. p. 278):

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

I have not found the “resort to” clause to be unlawful under the relevant provisions of the *Code*. To that extent, the authorizations are valid. While failure to impose conditions under s. 178.13(2)(d) is not unlawful because the power is wholly discretionary, failure to do so may in certain circumstances be unreasonable. This is one of those cases. In my view, given the extent of the invasion of privacy authorized in this case, a total absence of any protection for the public created a potential for the carrying out of searches and seizures that were unreasonable.

Interceptions which were made pursuant to these authorizations, which were simply fishing expeditions and not based on reasonable and probable grounds for believing the target would be utilizing the pay telephones at the time, were, in my opinion, unreasonable. In most instances, it would be preferable to have actual physical sur-

Compte tenu de ces faits et étant donné la large portée des autorisations, des centaines de conversations privées ont pu être interceptées en l’absence d’aucune cible. Dans l’arrêt *Finlay and Grellette*, précité, l’autorisation exigeait la surveillance physique du téléphone public pour veiller à ce que les conversations ne soient interceptées que lorsqu’une cible l’utilisait. En l’espèce, il n’y a aucune disposition semblable ni aucune autre restriction. J’aurais cru à tout le moins qu’une telle autorisation prévoirait que les conversations dans un téléphone public ne seraient pas interceptées à moins qu’il n’existe des motifs raisonnables et probables de croire qu’une cible utilisait le téléphone au moment où le dispositif d’écoute a été mis en marche. Les policiers ne peuvent pas simplement installer un dispositif d’écoute et quitter les lieux en le laissant fonctionner systématiquement dans l’espoir qu’une cible se présentera. Dans certains cas, c’est ce qui s’est produit ici.

Ce qui s’est produit constitue-t-il une «fouille, perquisition ou saisie abusive»? Dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme (à la p. 278):

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

Je n’ai pas conclu que la clause des «endroits fréquentés» est illégale en vertu des dispositions pertinentes du *Code*. Dans cette mesure, les autorisations sont valides. Bien que l’omission d’imposer des conditions en vertu de l’al. 178.13(2)d) ne soit pas illégale parce que le pouvoir est tout à fait discrétionnaire, cette omission peut dans certaines circonstances être déraisonnable. Il en est ainsi en l’espèce. À mon avis, compte tenu de l’étendue de l’atteinte à la vie privée autorisée en l’espèce, l’absence de toute protection du public a entraîné un risque que des fouilles, perquisitions et saisies abusives soient effectuées.

À mon avis, les interceptions effectuées conformément à ces autorisations, qui étaient simplement des recherches à l’aveuglette non fondées sur des motifs raisonnables et probables de croire que la cible utiliserait alors les téléphones publics, étaient abusives. Dans la plupart des cas, il serait préférable qu’il y ait une véritable surveillance

veillance of the public telephone to ensure that it is being used by the target. This is said to be normal police practice. I am, however, in agreement with Martin J.A. and Professor Stanley A. Cohen that to make this an absolute requirement would impose too heavy a burden on Canadian law enforcement officials.

I do not consider that s. 1 of the *Charter* has any application. The law relating to this matter is s. 178.13(2)(d). It is not itself under attack, and in any event is not unreasonable. What is unreasonable is the manner of its application by the authorities in this case. Their conduct does not constitute a law to which s. 1 can apply. Accordingly, since what I have said applies to all three authorizations, any evidence obtained as a result of interceptions at pay telephones in the absence of reasonable and probable grounds for believing that a target was using the telephone was obtained in contravention of s. 8.

Renewals

This issue is stated as follows:

[Is it] permissible to obtain fresh authorizations instead of renewals with respect to the same persons and offences as stated in the preceding authorizations [?]

The case at bar involved three "fresh" authorizations. There were no applications for renewals. The appellants argue that where an authorization has not expired, Part IV.1 requires that an application for renewal be made if continued surveillance is contemplated. It is said that the requirements to procure a renewal are more onerous than those required for an authorization, and the Crown should not be able to avoid such requirements by applying for a new authorization. The Crown, on the other hand, points out that parties have been added to each subsequent authorization and that some locations for interception have been changed. Therefore a new authorization was required in each case.

In *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65, at p. 70, the Ontario Court of Appeal held that

physique du téléphone public pour s'assurer qu'il est utilisé par la cible. On dit qu'il s'agit de la pratique policière normale. Je partage cependant l'opinion du juge Martin et du professeur Stanley A. Cohen que d'en faire une exigence absolue imposerait un fardeau trop lourd aux responsables de l'application de la loi canadienne.

J'estime que l'article premier de la *Charte* ne s'applique pas. C'est l'al. 178.13(2)d) qui est la disposition législative pertinente en l'espèce. Cet alinéa n'est pas lui-même contesté, et, quoi qu'il en soit, il n'est pas abusif. Ce qui est abusif, c'est la manière dont les autorités l'ont appliqué en l'espèce. Leur conduite ne constitue pas une règle de droit à laquelle peut s'appliquer de l'article premier. Par conséquent, puisque ce que j'ai dit s'applique aux trois autorisations, tout élément de preuve recueilli par suite des interceptions dans les téléphones publics en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une cible utilisait le téléphone a été obtenu contrairement à l'art. 8.

Les renouvellements

Cette question est formulée de la façon suivante:

[Est-il] possible d'obtenir de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements en ce qui concerne les mêmes personnes et infractions indiquées dans les autorisations antérieures [?]

Il est question en l'espèce de trois «nouvelles» autorisations. Il n'y a eu aucune demande de renouvellement. Les appelants prétendent que tant qu'une autorisation n'est pas expirée, la partie IV.1 exige qu'une demande de renouvellement soit faite si on envisage de poursuivre la surveillance électronique. On affirme que les conditions pour obtenir un renouvellement sont plus sévères que celles requises pour une autorisation et que le ministère public ne devrait pas pouvoir échapper à ces conditions en demandant une nouvelle autorisation. D'autre part, le ministère public souligne que, dans chacune des autorisations ultérieures, des parties ont été ajoutées et certains lieux d'interception ont été changés. Par conséquent, une nouvelle autorisation était requise dans chaque cas.

Dans l'arrêt *R. v. Badovinac* (1977), 34 C.C.C. (2d) 65, à la p. 70, la Cour d'appel de l'Ontario a

“[t]here is no power in the statute to extend, modify, add to or otherwise deal with any feature of the authorization beyond simply extending the period of time within which it is effective”. On this reasoning, new applications rather than renewals were properly sought in the case at bar because in addition to extending the period of time of the surveillance, each new authorization expanded the investigation to include different targets for surveillance.

In this case, the appellants submit that the proper approach should have been for a renewal to have been sought with respect to those persons common between the different authorizations, and a new authorization sought with respect to persons added to the investigation. They cite as authority *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (Ont. C.A.). In that case Morden J.A. held, after a careful reading of the statutory provisions, that Parliament must be taken to have intended separate procedures for procuring an authorization and for the renewal of an authorization. It followed that when a renewal could be made, i.e. during the currency of an authorization, the correct procedure would be to seek a renewal. Morden J.A. also wrote (at p. 213):

Before concluding this part of my reasons, I would note that it is not relevant that two names in addition to that of the appellant were included in the second authorization. While this would not have been valid with respect to the added persons if done by way of renewal rather than authorization (*R. v. Badovinac, supra*), this circumstance would not have precluded a renewal being given with respect to the appellant and new authorizations respecting the two new persons.

The appellants also rely on *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (Que. Sup. Ct.) in which Boilard J. held that a new authorization was valid only in respect of new locations set forth in it but was invalid in respect of locations mentioned in a previous authorization “because a renewal of the previous authorization was the only way to keep it alive” (p. 216). (He rejected, however, an argument that the new locations should have been subject to a renewal because they were covered by the basket clause in the original author-

conclu que [TRADUCTION] «[l]a loi ne confère aucun pouvoir d'étendre, de modifier, d'ajouter ou de changer autrement les aspects de l'autorisation au-delà du simple pouvoir de proroger sa période de validité». Compte tenu de ce raisonnement, c'est à bon droit que des nouvelles autorisations ont été demandées en l'espèce plutôt que des renouvellements parce qu'en plus de proroger le délai de la surveillance électronique, chacune des nouvelles autorisations étendait la portée de l'enquête pour inclure différentes cibles à surveiller.

En l'espèce, les appelants soutiennent que la bonne façon de procéder eût été de demander un renouvellement pour les mêmes personnes visées dans les différentes autorisations et une nouvelle autorisation pour celles ajoutées à l'enquête. Ils s'appuient en cela sur l'arrêt *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (C.A. Ont.). Dans cet arrêt, le juge Morden a conclu, après avoir examiné minutieusement les dispositions législatives en cause, qu'il faut tenir pour acquis que le Parlement a voulu qu'il y ait des procédures séparées pour obtenir une autorisation et le renouvellement de celle-ci. Il s'ensuit que lorsqu'un renouvellement peut être demandé, c'est-à-dire au cours de la période de validité d'une autorisation, la procédure appropriée serait de demander un renouvellement. Le juge Morden a également écrit (à la p. 213):

[TRADUCTION] Avant de conclure cette partie de mes motifs, je soulignerais qu'il est sans importance que deux noms aient été ajoutés à celui de l'appelant dans la deuxième autorisation. Bien qu'il n'eût pas été valide d'ajouter les deux personnes au moyen d'un renouvellement plutôt que d'une autorisation (*R. v. Badovinac, précité*), cela n'aurait pas empêché d'obtenir un renouvellement quant à l'appelant et de nouvelles autorisations concernant les deux nouvelles personnes.

Les appelants invoquent également la décision *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 (C.S. Qué.), dans laquelle le juge Boilard a conclu qu'une nouvelle autorisation n'était valide qu'à l'égard des nouveaux lieux indiqués dans celle-ci, mais qu'elle était invalide quant aux lieux mentionnés dans une autorisation antérieure [TRADUCTION] «parce qu'un renouvellement de l'autorisation antérieure était la seule façon de la garder en vigueur» (p. 216). (Il a cependant rejeté l'argument que les nouveaux lieux auraient dû faire

ization.) I note that since the case at bar was argued, the Quebec Court of Appeal held in *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546, at p. 550, that:

... there is nothing unlawful in seeking a fresh authorization rather than a renewal where the proposed interception of private communications targets new locations not contemplated under the original authorization ...

Some degree of overlapping does not make a fresh authorization unlawful or inappropriate.

The Crown points out that, if the appellants' submission is accepted, there is a possibility of a multiplicity of different forms of authorization in respect of a single investigation. In itself this is not a bad thing, for it is possible to combine in a single order both a renewal and a fresh authorization, as recognized in *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (Ont. C.A.). However, there would be nothing to prevent the applications for new authorization and the renewal to be made before different judges. In my view, it is preferable that one judge have all the facts of the whole investigation before him or her than that the application be fragmented. For these reasons, Morden J.A. (who wrote the decision in *Pleich*) in *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (Ont. C.A.), at p. 336, in which a new authorization was issued which expanded the investigation by adding new offences but was obtained during the currency of an existing authorization, decided that it was neither necessary to seek a renewal, nor to bifurcate the application, nor to seek separate court orders for authorization and renewal. His words were cited by the Court of Appeal in the case at bar and bear repeating in part (at p. 335):

The appellant also relies upon the ruling of Mr. Justice Boilard of the Superior Court of Quebec in *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 ...

With respect, I think that this is an unduly rigid approach to the legislation, at least on the facts of the case before us, and one that is not necessary to afford

l'objet d'un renouvellement parce qu'ils étaient visés par la clause omnibus de l'autorisation initiale.) Je souligne que depuis l'audition du pourvoi, la Cour d'appel du Québec a conclu dans l'arrêt *R. v. Nicolucci* (1989), 53 C.C.C. (3d) 546, à la p. 550, que:

[TRADUCTION] ... il n'y a rien d'illégal à demander une nouvelle autorisation plutôt qu'un renouvellement lorsque l'interception des communications privées envisagée doit se faire en de nouveaux endroits non prévus dans l'autorisation initiale ...

Une certaine mesure de chevauchement ne rend pas une nouvelle autorisation illégale ou inadéquate.

Le ministère public souligne que, si l'argument des appelants est accepté, il y a possibilité d'une multiplicité de formes différentes d'autorisations pour une seule enquête. Ce n'est pas en soi une mauvaise chose, car il est possible de combiner à la fois dans une seule ordonnance un renouvellement et une nouvelle autorisation, comme on le reconnaît dans l'arrêt *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (C.A. Ont.). Cependant, rien n'empêcherait de présenter les demandes de nouvelle autorisation et de renouvellement devant des juges différents. À mon avis, qu'un seul juge soit saisi de tous les faits de l'enquête est préférable à une fragmentation de la demande. Pour ces motifs, le juge Morden (qui a rédigé les motifs de l'arrêt *Pleich*), dans l'arrêt *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Ont.), à la p. 336, portant sur une nouvelle autorisation qui étendait la portée de l'enquête par l'ajout de nouvelles infractions, mais qui a été obtenue au cours de la période de validité d'une autorisation existante, a décidé qu'il n'était pas nécessaire de demander un renouvellement, ni de diviser la demande, ni de demander des ordonnances judiciaires distinctes pour l'autorisation et le renouvellement. Ses propos ont été cités par la Cour d'appel en l'espèce et méritent d'être répétés en partie (à la p. 335):

[TRADUCTION] L'appellant invoque également la décision que le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec a rendue dans l'affaire *R. v. Nicolucci and Papier* (1985), 22 C.C.C. (3d) 207 ...

En toute déférence, j'estime qu'il s'agit d'une interprétation trop stricte de la loi, à tout le moins en ce qui concerne les faits devant nous, et qui n'est pas nécessaire

reasonable protection to the object of the surveillance. As was noted in *Pleich* at p. 31:

... on balance, the requirements of s. 178.13(1) and (2) (which relate to original authorizations) are more onerous than those of s. 178.13(3) and (4) (which relate to renewals). The substantive standard which is imposed by s. 178.13(4) for renewals is clearly less onerous than those of s. 178.13(1) relating to original applications.

Dubois was also followed by the Quebec Court of Appeal in *Nicolucci*, *supra*, which wrote at p. 551, "I do not think the form of the application was of critical importance in this case where the existence of the prior authorization was in fact disclosed, where new locations were targeted and where no prejudice could have occurred".

Although the appellants at bar argue strenuously that the requirements for a renewal are in fact more stringent than for an original authorization, I find myself in agreement with Morden J.A. I will not repeat his able analysis of the provisions, although I would note that the requirements are onerous with respect either to an original application or a renewal and, in the end, one's assessment of which is more onerous need not be a consideration of the first magnitude in arriving at the outcome of the case.

The following two propositions can be gleaned from the foregoing discussion. Where an authorization is in existence and where it is desired to extend its term and leave its other provisions unaltered, an application for its renewal is the proper step for the authorities to take. Where the authorization has expired or where it is sought to extend the scope of surveillance, the proper course is to seek a new authorization. In the case at bar, the second and third authorizations widened the scope of the first authorization, between them adding nine new targets for interception. It was therefore proper for the Crown to apply for new authorizations. I would reject this ground of appeal.

I therefore turn to the final issue.

pour accorder une protection raisonnable à l'objet de la surveillance. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Pleich*, à la p. 31:

... dans l'ensemble, les conditions des par. 178.13(1) et (2) (qui portent sur les autorisations initiales) sont plus sévères que celles des par. 178.13(3) et (4) (qui portent sur les renouvellements). La norme de fond qui est imposée par le par. 178.13(4) pour les renouvellements est nettement moins sévère que celles du par. 178.13(1) concernant les demandes initiales.

À la suite de l'arrêt *Dubois*, la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Nicolucci*, précité, a écrit, à la p. 551, [TRADUCTION] «Je ne crois pas que la forme de la demande soit d'une importance cruciale dans la présente affaire où l'existence de l'autorisation antérieure a été réellement divulguée, où de nouveaux endroits étaient visés et où il n'aurait pu y avoir aucun préjudice».

Bien que les appelants en l'espèce prétendent énergiquement que les conditions d'un renouvellement sont en réalité plus sévères que dans le cas d'une autorisation initiale, je partage l'opinion du juge Morden. Sans répéter l'analyse habile qu'il fait des dispositions, je soulignerais que les conditions sont sévères tant pour une demande initiale que pour un renouvellement et qu'en définitive, ce qu'on estime être plus sévère n'a pas à être une considération de première importance pour trancher la question.

Les deux propositions suivantes peuvent être tirées de l'analyse précédente. Lorsqu'une autorisation existe et que l'on veut en étendre la durée sans toucher aux autres dispositions, la démarche appropriée des autorités consiste à en demander le renouvellement. Lorsque l'autorisation est expirée ou que l'on veut étendre la portée de la surveillance, le moyen approprié est de demander une nouvelle autorisation. En l'espèce, les deuxième et troisième autorisations ont étendu la portée de la première autorisation en ajoutant dans l'ensemble neuf nouvelles cibles d'interception. Il était donc approprié que le ministère public demande de nouvelles autorisations. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

J'examine maintenant la dernière question.

Dwellings—Surreptitious Entry

[Is] Section 8 of the ... Charter ... violated by [a] surreptitious entry into residential premises to install audio intercepts where an authorization ... is silent as to express judicial authorization and that such entry and installation is lawful [?]

Pre-*Charter* authorities hold that under the legislation an authorization of electronic surveillance which is silent as to surreptitious entry to plant listening devices impliedly confers such power on the authorities: *Lyons* and the *Wiretap Reference, supra*.

In *Lyons*, the police had entered the residence of one of the appellants to install a room monitoring device. Estey J., after carefully reviewing the legislation and the sorts of intercepting devices it contemplates, concluded that Parliament could not have authorized the use of certain sorts of devices which involve some sort of entry in the sense of a trespass, without granting the power to authorize such entry. In that particular case he held that the authorization was sufficiently broad that it impliedly authorized surreptitious entry to put in place a listening device. In the *Wiretap Reference*, which was released concurrently with *Lyons*, Estey J. followed this decision. He held in response to the stated questions: (i) that an authorization under Part IV.1 authorizes by necessary implication any person acting under the authorization to enter any place at which private communications are to be intercepted to install or to service a permitted listening device—provided such entry is required to implement the particular authorization—unless the authorization includes limitations on or prohibitions of such entry, and (ii) that an issuing judge has authority explicitly to authorize entry to any place at which private communications are proposed to be intercepted—provided that such entry is required to implement the particular authorization.

Les habitations—L'entrée clandestine

[Y a-t-il violation de] l'art. 8 de la Charte lorsqu'on entre clandestinement dans des lieux résidentiels pour installer des dispositifs d'écoute lorsqu'une autorisation [...] est silencieuse quant à l'autorisation judiciaire expresse et que cette entrée et cette installation sont légales [?]

Selon la jurisprudence antérieure à la *Charte*, la loi confère implicitement aux autorités le pouvoir d'entrer clandestinement dans des lieux pour installer des dispositifs d'écoute lorsque l'autorisation de surveillance électronique est silencieuse à cet égard: l'arrêt *Lyons* et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, précités.

Dans l'arrêt *Lyons*, les policiers étaient entrés dans la résidence de l'un des appelants pour installer un dispositif d'écoute. Le juge Estey, après avoir examiné avec soin la loi et les types de dispositifs d'interception qu'elle prévoit, a conclu que le Parlement ne pouvait pas avoir autorisé l'emploi de certains types de dispositifs qui comportent une certaine forme d'entrée comportant une violation de propriété sans accorder le pouvoir d'autoriser cette entrée. Dans ce cas particulier, il a conclu que l'autorisation était suffisamment générale pour autoriser implicitement l'entrée clandestine en vue d'installer un dispositif d'écoute. Dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, rendu en même temps que l'arrêt *Lyons*, le juge Estey a suivi cette décision. Il a conclu en réponse aux questions formulées: (i) qu'il découle nécessairement d'une autorisation accordée conformément à la partie IV.1 que quiconque agit en vertu de cette autorisation a le pouvoir d'entrer dans tous les lieux où des communications privées doivent être interceptées pour mettre en place ou entretenir un appareil d'écoute autorisé—à la condition que cette entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée—sauf si l'autorisation comporte des limites ou une interdiction relativement à cette entrée, et (ii) que le juge qui accorde l'autorisation a compétence pour autoriser expressément l'entrée dans des lieux où des communications privées doivent être interceptées—à la condition que cette entrée soit requise pour exécuter l'autorisation donnée.

In the course of his reasons in *Lyons*, Estey J. recognized the special place which a dwelling occupies when considering invasion of privacy. He states (at p. 657):

It is generally an acceptable starting point in examining legislation involving the invasion of individual rights to restate *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a. The invasion here is of privacy and this concerns both the personal aspects and the property aspects of privacy.

He found, however, that even this bastion of the privacy interest must yield where the public interest demands. He concluded that the importance of the legislation in Part IV.1 of the *Criminal Code* in "bringing under positive control" the practice of eavesdropping warranted the interpretation which he reached. In coming to this conclusion, he relied heavily on the power of the authorizing judge under s. 178.13(2)(d) to impose conditions to safeguard the public's interest in privacy within the sanctuary of a private dwelling. He stated (at p. 695):

The *Code* goes on to require the order of authorization to specify a manner of interception as was done in the orders here. I believe that a court, in issuing an authorization under Part IV.1, should, in the exercise of its supervisory function, designate the type of device or devices which may be employed and the procedures and conditions which, in the circumstances revealed in the application, are necessary or advisable in the public interest. The absence of such detail does not go to the validity of the order because in many circumstances only the general clauses of the subsections themselves will be appropriate. My observation is intended to give emphasis to the importance of the judicial role in the program of privacy regulation as prescribed by Parliament in these provisions. [Emphasis added.]

The question in this case, which was not before the Court in *Lyons*, is whether surreptitious entry into residential premises is reasonable having regard to the following.

The authorizations under review apparently make no mention of 8 of 11 of the residential premises which were entered surreptitiously. We are not aware whether they are described in the material before the judge. They may simply be embraced within the "resort to" clause. With

Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'affaire *Lyons*, le juge Estey a reconnu la place particulière qu'une résidence occupe lorsqu'il est question d'atteinte à la vie privée. Il affirme (à la p. 657):

Il est généralement acceptable de commencer l'examen des lois qui portent atteinte aux droits individuels en rappelant l'affaire *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a. Il s'agit ici de l'atteinte à la vie privée, aussi bien à l'égard de la personne qu'à l'égard des biens.

Il a cependant conclu que même ce bastion de la vie privée doit tomber lorsque l'intérêt public l'exige. Il a conclu que l'importance que revêtent les dispositions législatives de la partie IV.1 du *Code criminel* en «soumettant à un contrôle réel» la pratique de l'écoute clandestine justifiait l'interprétation qu'il avait donnée. En parvenant à sa conclusion, il s'est fortement appuyé sur le pouvoir du juge qui accorde l'autorisation en vertu de l'al. 178.13(2)d d'imposer des conditions pour sauvegarder l'intérêt du public en matière de vie privée dans les limites sacrées de la résidence privée. Il a dit (à la p. 695):

Le *Code* exige en outre que l'ordonnance d'autorisation énonce un mode d'interception, ce qui a été fait dans les ordonnances dont il est question en l'espèce. Je crois qu'un tribunal qui accorde une autorisation en vertu de la partie IV.1 doit, dans l'exercice de son rôle de surveillance, mentionner le type de dispositif qui pourra être employé, ainsi que la procédure et les conditions qui, selon les circonstances mentionnées dans la demande, sont nécessaires ou opportunes dans l'intérêt public. L'absence de ces détails ne porte pas atteinte à la validité de l'ordonnance parce que, dans un bon nombre de cas, les conditions générales des paragraphes eux-mêmes suffisent. Ma remarque vise à faire ressortir l'importance du rôle des tribunaux dans le programme de réglementation de la vie privée que le Parlement prescrit dans ces dispositions. [Je souligne.]

La question en l'espèce, que la Cour n'avait pas à trancher dans l'arrêt *Lyons*, est de savoir si l'entrée clandestine dans des lieux résidentiels est raisonnable compte tenu de ce qui suit.

Les autorisations qui font l'objet de l'examen ne mentionnent apparemment pas huit des onze lieux résidentiels où l'on est entré clandestinement. Nous ne savons pas s'ils ont été décrits dans les documents dont disposait le juge. Ils sont peut-être simplement compris dans la clause des «endroits

respect to any residences named specifically, the authorizing judge would be obliged to consider what conditions, if any, are required in the public interest; for example, if the dwelling is not owned by a target whether consent of the owner or occupant is a feasible alternative. In order to ensure that the authorizing judge has at least considered these matters, the authorization should at minimum refer specifically to each place that is a private residence and designate the type or types of devices that may be employed. In the absence of express mention of a private residence in the authorization, and hence this minimal protection, the safeguards provided by the judicial role envisaged by Estey J. are illusory. In these circumstances, the surreptitious entry of a private dwelling is, in my view, unreasonable and contrary to s. 8 of the *Charter*. Accordingly, any interception which has occurred in this case in contravention of the foregoing constitutes an unreasonable search and seizure.

Remedy and Disposition

With the trial judge's finding that the intercepted communications were inadmissible, the Crown tendered no further evidence and the trial judge directed the jury to acquit the accused. The Court of Appeal allowed the appeal and since all the evidence was held to be admissible, a new trial was ordered. I must consider the effect of the determination which I have made on the admissibility of the evidence and whether a new trial is still warranted.

The admissibility of evidence in the form of intercepted communications is governed by two legal regimes. First, s. 178.16(1) of the *Criminal Code* provides:

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

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

fréquentés». En ce qui concerne chacune des résidences mentionnées précisément, le juge qui a accordé l'autorisation serait tenu d'examiner quelles sont, s'il en est, les conditions requises dans l'intérêt public; par exemple, si l'habitation n'appartient pas à une cible, l'obtention du consentement du propriétaire ou de l'occupant est-elle une solution possible. Pour s'assurer que le juge qui a accordé l'autorisation a au moins examiné ces questions, l'autorisation devrait au moins mentionner précisément chaque endroit qui est une résidence privée et préciser le ou les types de dispositifs qui peuvent être employés. En l'absence de mention expresse d'une résidence privée dans l'autorisation, et donc de cette protection minimale, les garanties que procure le rôle judiciaire envisagé par le juge Estey sont illusoirs. Dans ces circonstances, l'entrée clandestine dans une habitation privée est, à mon avis, abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, toute interception qui a eu lieu en l'espèce contrairement à ce qui précède constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive.

Réparation et dispositif

Puisque le juge du procès a conclu que les communications interceptées étaient inadmissibles, le ministère public n'a présenté aucune autre preuve et le juge du procès a dit au jury, dans ses directives, d'acquitter les accusés. La Cour d'appel a accueilli l'appel et, puisqu'elle a décidé que toute la preuve était admissible, elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Je dois examiner l'effet de la décision que j'ai prise sur l'admissibilité de la preuve et sur la question de savoir si un nouveau procès est encore justifié.

L'admissibilité de la preuve sous forme de communications interceptées est régie par deux régimes juridiques. Premièrement, le par. 178.16(1) du *Code criminel* prévoit:

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

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

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

Second, s. 24(2) of the *Charter* reads:

24. (1) ...

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

In this context it is extremely important to carefully distinguish between findings of "unlawfulness," in the sense of non-compliance with the *Criminal Code*, and findings of "unreasonableness" in the sense of non-compliance with s. 8 of the *Charter*. Unreasonableness is obviously the wider of the two categories; all unlawful interceptions will be unreasonable but not all unreasonable interceptions will be unlawful. A search can be authorized by a valid law, but nonetheless offend s. 8.

While the distinction between unlawfulness and unreasonableness may appear unduly semantic or conceptual, it is a necessary one to make. In the context of wiretaps, the subset of unreasonable interceptions which are unlawful in the sense of not being authorized by the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code* are subject to the rule of absolute exclusion in s. 178.16(1). Those interceptions which are within the terms of the *Criminal Code* but are nonetheless in violation of s. 8 of the *Charter* are inadmissible if their admission would bring the administration of justice into disrepute.

To summarize, I have reached the following conclusions in this case.

(i) Interceptions authorized by paragraph (c) are lawful, provided that the police acted upon sufficient evidence that a person "resorted to" a place. Interceptions at places for which such evidence is absent are unlawful.

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

^a Deuxièmement, le par. 24(2) de la *Charte* se lit ainsi:

24. (1) ...

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

Dans ce contexte, il est extrêmement important de distinguer soigneusement les conclusions relatives au caractère «illégal», au sens du non-respect du *Code criminel*, et les conclusions relatives au caractère «abusif», au sens du non-respect de l'art. 8 de la *Charte*. La notion du caractère abusif constitue évidemment la catégorie la plus large; toutes les interceptions illégales seront abusives ^e mais toutes les interceptions abusives ne seront pas illégales. Une fouille ou une perquisition peut être autorisée par une loi valide mais porter malgré tout atteinte à l'art. 8.

^f Bien que la distinction entre le caractère illégal et le caractère abusif puisse sembler trop sémantique ou conceptuelle, il est nécessaire de la faire. En matière d'écoute électronique, la sous-catégorie des interceptions abusives qui sont illégales en ce ^g sens qu'elles ne sont pas permises par les dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel* sont assujetties à la règle de l'exclusion absolue du par. 178.16(1). Les interceptions qui sont conformes au *Code criminel* mais qui violent malgré tout l'art. 8 ^h de la *Charte* sont inadmissibles si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

ⁱ En résumé, voici les conclusions auxquelles je suis parvenu en l'espèce.

(i) Les interceptions permises par l'alinéa c) sont légales pourvu que les policiers aient suffisamment de preuve qu'une personne «a fréquenté» un lieu. En l'absence de cette preuve, les interceptions effectuées en ces lieux sont illégales.

(ii) Interceptions obtained at public pay telephones in the absence of reasonable and probable grounds for believing that the telephone was in use by a target at the time the listening device was activated were obtained contrary to s. 8 of the *Charter*.

(iii) Interceptions obtained by means of surreptitious entry into residential premises which were not specifically mentioned on the face of the authorization were obtained contrary to s. 8 of the *Charter*.

Thus, the interceptions characterized as unlawful in (i) are subject to the absolute exclusionary rule of s. 178.16(1), and are therefore inadmissible. Interceptions characterized as unreasonable in (ii) and (iii) are not properly characterized as unlawful. In the latter case s. 178.13(2)(d) permits an issuing judge to impose limiting conditions but does not mandate them; it is only the additional test of unreasonableness under the *Charter* which brings their admissibility into question. Therefore one must inquire whether their admission in these proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Many factors enter into the determination of whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, for which the onus is upon the person seeking exclusion. Lamer J. sets out the following factors in *R. v. Collins*, *supra*, at pp. 283-84:

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

(ii) Les communications interceptées dans des téléphones publics en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que les téléphones étaient utilisés par une cible au moment de la mise en marche du dispositif d'écoute ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*.

(iii) Les communications interceptées grâce à une entrée clandestine dans des lieux résidentiels qui n'étaient pas précisément mentionnés dans le texte de l'autorisation ont été interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*.

Ainsi, les interceptions qualifiées d'illégales au sous-alinéa (i) sont assujetties à la règle d'exclusion absolue du par. 178.16(1), et sont donc inadmissibles. Les interceptions qualifiées d'abusives aux sous-alinéas (ii) et (iii) ne sont pas à proprement parler illégales. Dans le dernier cas, l'al. 178.13(2)d) permet au juge qui accorde l'autorisation d'imposer des conditions restrictives, mais ne l'oblige pas à le faire; ce n'est que le critère additionnel du caractère abusif au sens de la *Charte* qui vient mettre leur admissibilité en question. Il faut donc se demander si leur utilisation dans les présentes procédures est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Plusieurs facteurs entrent en jeu pour déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et il appartient à la personne qui en demande l'exclusion de le démontrer. Le juge Lamer énonce les facteurs suivants dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, aux pp. 283 et 284:

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

— is the evidence essential to substantiate the charge?

— les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?

— are other remedies available?

— existe-t-il d'autres recours?

This Court, in *R. v. Duarte, supra*, has recently held that "participant surveillance" carried out by the state is an unreasonable search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* in the absence of prior judicial authorization. Under the *Criminal Code*, however, gathering evidence in such a manner is not unlawful (by virtue of s. 178.11(2)(a)) and evidence gathered in such a manner is not inadmissible (by virtue of s. 178.16(1)(b)). La Forest J. therefore turned to the question of admissibility pursuant to s. 24(2), at pp. 59-60:

But what strikes one here is that the breach was in no way deliberate, wilful or flagrant. The police officers acted entirely in good faith. They were acting in accordance with what they had good reason to believe was the law—as it had been for many years before the advent of the *Charter* . . . In short, the *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event. Under these circumstances, I hold that the appellant has not established that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

I find his comments applicable to the case at bar, except to observe that there were no other practical investigative means by which the evidence could have been obtained (which is indeed a prerequisite for issuing an authorization by reason of s. 178.13(1)(b)). The pre-*Charter* authority of *Papalia, supra*, and *Lyons, supra*, would have placed no obligation on the police to disclose the installation of interception capability at pay telephones, nor would it have placed limits on the right of surreptitious entry. The fact that the telephone number of some of the persons named in the first authorization was for a pay telephone was before the issuing judge. The police acted in accordance with authorizations which I have found comply with the provisions of the *Criminal Code*. I would hold that the admission of evidence gath-

^a Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, notre Cour a affirmé récemment que la «surveillance participative» pratiquée par l'État est une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* en l'absence d'autorisation judiciaire préalable. Cependant, en vertu du *Code criminel*, recueillir des éléments de preuve de cette manière n'est pas illégal (en vertu de l'al. 178.11(2)a)) et les éléments de preuve ainsi recueillis ne sont pas inadmissibles (en vertu de l'al. 178.16(1)b)). Le juge La Forest s'est donc penché sur la question de l'admissibilité en application du par. 24(2), aux pp. 59 et 60:

^d Mais ce qui frappe en l'espèce, c'est le fait que la violation n'était aucunement intentionnelle, volontaire ou flagrante. Les agents de police ont agi entièrement de bonne foi en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme la règle de droit applicable—celle qui avait existé pendant bien des années avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. [. . .] Bref, la violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l'accusé soit reconnu coupable. Dans ces circonstances, je conclus que l'appelant n'a pas établi que l'utilisation de ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

^g J'estime que ses remarques s'appliquent en l'espèce, mais je souligne qu'il n'y avait aucune autre méthode d'enquête pratique qui aurait permis de recueillir les éléments de preuve (ce qui est en réalité une condition préalable à la délivrance d'une autorisation en vertu de l'al. 178.13(1)b)). Les affaires *Papalia* et *Lyons*, précitées, antérieures à la *Charte*, n'auraient imposé aux policiers aucune obligation de divulguer l'installation des dispositifs d'interception dans les téléphones publics ni n'auraient imposé de limites au droit d'entrer clandestinement dans les lieux. Le fait que le numéro de téléphone de certaines des personnes nommées dans la première autorisation soit celui d'un téléphone public avait été soumis au juge qui a accordé l'autorisation. Les policiers ont agi conformément aux autorisations que j'estime être con-

ered in these circumstances would not bring the administration of justice into disrepute.

I have concluded that all of the evidence is admissible with the exception of evidence obtained by means of interception under paragraph (c) where no reasonable and probable grounds existed for concluding that a place was resorted to. With respect to the latter category, the Crown is entitled to adduce evidence to seek to establish that the evidence was lawfully obtained and, therefore, is admissible. In these circumstances there must be a new trial. The appeal is therefore dismissed.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Sopinka and, on the matters dealt with by La Forest J. and not specifically addressed in these reasons, I agree with him. I also agree with his proposed disposition of the appeal.

The issue I am addressing is the proper interpretation of s. 178.13(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

My disagreement with my colleague Sopinka J. stems from my view that the tapping of public pay phones gives rise *per se* to massive violations of the rights of third parties to be free from unreasonable searches as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I have come to the conclusion that an order made pursuant to Part IV.1 of the *Criminal Code* which is intended by the authorizing judge to authorize the tapping of such pay phones, must do so expressly and not by implication under a general "resort to" clause as was done here.

I base my conclusion both on the principles enunciated by this Court in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, and on what I believe to be the proper interpretation of s. 178.13(2) of the *Criminal Code* in light of our prevailing *Charter*

formes aux dispositions du *Code criminel*. Je suis d'avis de conclure que l'utilisation de la preuve recueillie dans ces circonstances n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

^a J'ai conclu que toute la preuve est admissible sous réserve de la preuve obtenue au moyen de l'interception en vertu de l'alinéa c) alors qu'il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de conclure qu'il s'agissait d'un endroit fréquenté. Quant ^b à la dernière catégorie, le ministère public peut présenter des éléments de preuve pour tenter d'établir que la preuve a été obtenue légalement et est donc admissible. Dans ces circonstances, un nouveau procès doit être tenu. Le pourvoi est donc ^c rejeté.

Version française des motifs rendus par

^a LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Sopinka, et je suis d'accord avec le juge La Forest sur les points qu'il a examinés et dont je ne traite pas spécifiquement dans les ^e présents motifs. Je suis également d'accord avec la façon dont il propose de trancher le pourvoi.

La question que j'aborde est celle de l'interprétation qui doit être donnée au par. 178.13(2) du ^f *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

Mon désaccord avec mon collègue le juge Sopinka vient de mon opinion que la mise sur écoute de téléphones publics donne lieu en soi à ^g des violations massives des droits des tiers à la protection contre les fouilles ou les perquisitions abusives garantis à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, j'en suis venue à la conclusion qu'une ordonnance rendue ^h en application de la partie IV.1 du *Code criminel*, par laquelle le juge entend autoriser la mise sur écoute de ces téléphones publics, doit le prévoir expressément et non implicitement au moyen d'une clause générale des «endroits fréquentés» comme ⁱ cela a été fait en l'espèce.

Je fonde ma conclusion à la fois sur les principes que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, et sur l'interprétation ^j qui, selon moi, doit être donnée au par. 178.13(2) du *Code criminel* dans le contexte de nos valeurs

values. Those values, I believe, require that any violation of the rights of third parties to be free from unreasonable searches should be expressly authorized and not arise by implication or by the police exercising a discretion which can only be appropriately exercised by the authorizing judge.

In *Wilson, supra*, this Court upheld the fundamental rule which prohibits a collateral attack on an order of a court which has not been set aside or varied on appeal. The rule was enunciated in the context of Part IV.1 of the *Criminal Code* and its effect is that a trial judge *qua* trial judge cannot go behind a wiretap authorization since such a procedure would involve a collateral attack on it. The practical result of *Wilson* is that the sealed packet, which forms the basis of the authorization and discloses what the authorizing judge was told on the application, remains sealed and unavailable for appellate review. In those circumstances it is virtually impossible to determine what general wording in an authorization was intended by the authorizing judge to cover. This can only be discerned, where general wording is used, by an examination of the material the authorizing judge had before him or her on the application.

This procedural limitation has a number of important ramifications. As my colleague La Forest J. stresses throughout his reasons the result of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, is that in most cases a search is only constitutionally valid if properly authorized by a judicial or other independent authority. This in turn means that in order for the authorizing judge to act judicially and exercise the discretion which only he can exercise, he must have before him all the information upon which the police base their request for the authorization.

As a practical consequence of the principle in *Hunter* and the procedural limitations in *Wilson* it

dominantes consacrées par la *Charte*. Je crois que ces valeurs exigent que toute violation des droits des tiers à la protection contre les fouilles ou les perquisitions abusives fasse l'objet d'une autorisation expresse; elle ne peut découler d'une autorisation implicite ou de l'exercice, par la police, d'un pouvoir discrétionnaire réservé au juge qui accorde l'autorisation.

Dans l'arrêt *Wilson*, précité, notre Cour a confirmé la règle fondamentale qui interdit la contestation indirecte d'une ordonnance judiciaire qui n'a été ni infirmée ni modifiée en appel. La règle a été formulée dans le contexte de la partie IV.1 du *Code criminel* et elle a pour conséquence qu'un juge du procès, en tant que juge du procès, ne peut pas vérifier une autorisation d'écoute électronique puisque cette procédure comporterait une contestation indirecte de cette autorisation. L'arrêt *Wilson* a comme conséquence pratique que le paquet scellé, qui constitue le fondement de l'autorisation et qui révèle ce qu'on a dit au juge qui a accordé l'autorisation au moment de la demande en ce sens, reste scellé et ne peut pas servir à des fins de révision en appel. Il est alors pratiquement impossible de déterminer ce que le juge qui a accordé l'autorisation a voulu viser par les termes généraux employés dans cette autorisation. On ne peut y arriver, quand des termes généraux ont été employés, que par un examen des documents présentés au juge à l'appui de la demande d'autorisation.

Cette restriction procédurale comporte un certain nombre de ramifications importantes. Comme le fait valoir mon collègue le juge La Forest tout au long de ses motifs, l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, a comme résultat que, dans la plupart des cas, une fouille ou perquisition n'est valide du point de vue constitutionnel que si elle fait dûment l'objet d'une autorisation judiciaire ou autre qui soit indépendante. Cela signifie, en outre, que, pour agir judiciairement et exercer le pouvoir discrétionnaire que lui seul peut exercer, le juge qui accorde l'autorisation doit avoir devant lui tous les renseignements sur lesquels la police fonde sa demande d'autorisation.

Le principe dégagé dans l'arrêt *Hunter* et les restrictions procédurales établies dans l'arrêt

becomes essential, in my view, for the authorizing judge to expressly state in the authorization precisely what he intends to permit the police to do. When he does so, he shows on the face of the authorization that he has turned his mind to the extent of the invasion of privacy sought by the police and has considered whether in the particular circumstances before him such an invasion is warranted. Unless the issuing authority does this, it cannot be known under the *Wilson* regime whether the authorizing judge exercised a judicial discretion in granting the authorization or whether he intended or did not intend the "resort to" clause to cover the tapping of public pay phones.

I am of the view that the proper interpretation of not only s. 178.13(2)(c) but the whole of Part IV.1 of the *Criminal Code* supports this view. I start from the premise that the *Criminal Code*, like all legislation, ought to be interpreted in light of the *Charter* and the values it enshrines. Such an interpretive principle is, in my view, entirely appropriate given the supremacy of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Moreover, I would also note that the discretion allowed the authorizing judge must itself be read to conform with the *Charter*: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

The *Charter* values in issue in the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code* include, *inter alia*, privacy and the rule of law. When Parliament enacted the amendments to the *Criminal Code* to establish Part IV.1, they did so through the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2. This legislation, in my view, was enacted to do just that, protect privacy. It provided therefore that, should an invasion of privacy become necessary in the course of a criminal investigation, the police are obliged to seek proper authorization. The legislative regime established under Part IV.1 clearly requires the police to act according to the rule of law in order to intercept communications. The rule of law here requires that the authorizing judge exercise a discretion in granting the application. The exercise of such discretion is entirely in accord

Wilson ont pour conséquence pratique qu'il devient essentiel, à mon avis, que le juge dise expressément dans l'autorisation qu'il accorde ce qu'il veut permettre à la police de faire. Quand il le fait, il montre, dans le texte de l'autorisation, qu'il a prêté attention à l'étendue de l'atteinte à la vie privée recherchée par la police et qu'il s'est demandé si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une telle atteinte était justifiée. Si le juge qui accorde l'autorisation ne le fait pas, il n'est pas possible de savoir, selon le régime de l'arrêt *Wilson*, s'il a exercé un pouvoir discrétionnaire en accordant l'autorisation ou s'il a voulu ou n'a pas voulu que la clause des «endroits fréquentés» vise la mise sur écoute de téléphones publics.

Je suis d'avis que l'interprétation qu'il convient de donner non seulement à l'al. 178.13(2)c) mais à l'ensemble de la partie IV.1 du *Code criminel* appuie cette opinion. Je pars de la prémisse que le *Code criminel*, comme toutes les lois, doit être interprété dans le contexte de la *Charte* et des valeurs qu'elle consacre. À mon avis, ce principe d'interprétation est tout à fait approprié vu la suprématie affirmée au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De plus, je tiens à souligner que le pouvoir discrétionnaire accordé au juge qui accorde l'autorisation doit lui-même être interprété de manière à être conforme à la *Charte*: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Les valeurs consacrées par la *Charte* que fait intervenir l'interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel* comprennent notamment le respect de la vie privée et la primauté du droit. C'est par l'art. 2 de la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, que le Parlement a adopté les modifications du *Code criminel* qui ont établi la partie IV.1. Cette mesure législative, à mon avis, a été adoptée exactement pour cela, pour protéger le droit à la vie privée. Elle a donc prévu que, si une atteinte à la vie privée devient nécessaire au cours d'une enquête criminelle, la police est tenue de demander l'autorisation voulue. Le régime législatif établi à la partie IV.1 exige clairement que la police respecte la primauté du droit pour intercepter des communications. La règle de droit exige, en l'espèce, que le juge exerce un pouvoir discrétion-

with the wording and plain intention of Parliament. Section 178.13(1) begins: "An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied . . ." (Emphasis added.) The criteria which the section then goes on to list can only be objectively considered if the authorizing judge has all the information which forms the basis of the police request. Unless such information is present, the judge cannot meet the requirements of s. 178.13 of the *Criminal Code*.

I am of the view that the validity of an authorization made under the section is not to be determined by asking whether it can on its face conceivably be construed as authorizing what was done but whether it is clear from the face of the authorization that the authorizing judge in fact authorized what was done in the exercise of a discretion based on all the relevant facts. If that question is answered in the negative, or if there is any doubt about the answer, then the authorization and the interceptions made pursuant to it are, in my view, invalid and the evidence acquired is inadmissible pursuant to s. 178.16(1) of the *Code*. I believe that to be the case here.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal raises many important issues in the law relating to the obtaining of wiretap evidence.

I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Sopinka who sets forth the facts, the judicial history and the issues in the case, to which I refer. Though I agree with him on a few of the issues, I respectfully disagree with him on others as well as with his proposed disposition of the appeal.

"Resorted To" Clauses and the Act

I agree with my colleague that "resorted to" clauses are not *ipso facto* invalid. As he notes, s. 178.13(2)(c) of Part IV.1 of the *Criminal Code*,

naire quand il accueille une demande d'autorisation. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est tout à fait conforme au langage et à l'intention claire du Parlement. Le paragraphe 178.13(1) commence par les mots: «Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu . . .» (je souligne). Les critères que le paragraphe énumère ensuite ne peuvent être examinés objectivement que si le juge qui accorde l'autorisation dispose de tous les renseignements sur lesquels la police fonde sa demande d'autorisation, faute de quoi le juge ne peut respecter les exigences de l'art. 178.13 du *Code criminel*.

c Je suis d'avis qu'on ne peut pas déterminer la validité d'une autorisation accordée en vertu de l'article en se demandant s'il est concevable de l'interpréter comme autorisant à première vue ce qui a été fait; il faut plutôt se demander si, à la lecture de l'autorisation, il est clair que le juge a effectivement autorisé ce qui a été fait dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur tous les faits pertinents. Si la réponse est négative, ou s'il y a quelque doute quant à la réponse, l'autorisation et les interceptions qui ont été faites conformément à celle-ci sont à mon avis invalides et la preuve recueillie est inadmissible en application du par. 178.16(1) du *Code*. Je crois que c'est le cas en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

g LE JUGE LA FOREST (dissident)—Ce pourvoi soulève plusieurs questions importantes relativement au droit applicable à l'obtention d'éléments de preuve par écoute électronique.

h J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka qui expose les faits, l'histoire judiciaire et les questions que soulève l'affaire et je m'en remets à cette partie de ses motifs. Bien que je partage son opinion sur quelques questions, en toute déférence, je ne partage pas son avis sur les autres ainsi que sur la façon dont il propose de trancher le pourvoi.

Les clauses des «endroits fréquentés» et la Loi

i Je partage l'avis de mon collègue que les clauses des «endroits fréquentés» ne sont pas *ipso facto* invalides. Comme il le souligne, en matière d'inter-

R.S.C. 1970, c. C-34, as a matter of statutory construction, gives a judge a discretion to insert such a clause in an authorization to electronically intercept private communications. But that does not carry one very far, and I think it is important to discuss in a general way the circumstances in which, in my view, Parliament must have intended the discretion to be exercised, as well as the *Charter* implications that arise out of the statutory scheme.

I begin by stating that, in my view, it was never intended that the discretion was one to be routinely exercised. This is clear from the whole thrust of the Act, including s. 178.13(2)(c) which requires place specificity where this is possible. The primary purpose of the Act, as is evident from its original name (the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50), is to protect the privacy of individuals from electronic interceptions of their private communications, except only as permitted by a superior court judge for purposes of law enforcement. And that exception, by virtue of s. 178.13(1), in Goodman J.A.'s phrase, is "treated as a last resort investigative mechanism the requirements for the obtaining of which are much more stringent than for a search warrant under s. 443(1)"; see *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101 (Ont. C.A.), at p. 143. The Act imposes on a person seeking an authorization requirements that are highly specific as to the information to be presented to the judge. In addition to s. 178.13(2)(c), Parliament has underscored the fact that the Act predominantly contemplates site-specific authorizations by requiring that such information be contained in the affidavits (s. 178.12(1)(e)). This is, of course, to enable the judge to impose such terms and conditions as may limit unnecessary intrusions on privacy.

The discretion given to a judge under s. 178.13(2)(c) was intended to be exercised in accordance with the purpose of the statute taken as a whole. It was not intended, for example, that

prétation législative, l'al. 178.13(2)c) de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, confère au juge le pouvoir discrétionnaire d'insérer une telle clause dans une autorisation en vue d'intercepter des communications privées au moyen de dispositifs électroniques. Mais cela ne nous conduit pas très loin et je pense qu'il est important d'examiner de manière générale les circonstances dans lesquelles j'estime que le Parlement doit avoir voulu que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé ainsi que les incidences qui ressortent de ce régime législatif quant à la *Charte*.

Je commence par affirmer qu'à mon avis on n'a jamais voulu que le pouvoir discrétionnaire soit exercé systématiquement. Cela ressort clairement de l'ensemble de la Loi, y compris de l'al. 178.13(2)c) qui exige de préciser les lieux lorsque cela est possible. L'objet premier de la Loi, comme son titre original l'indique (la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50), est de protéger la vie privée des personnes contre les interceptions électroniques de leurs communications privées, sous réserve seulement de ce qu'un juge d'une cour supérieure permet aux fins de l'application de la loi. Et en vertu du par. 178.13(1), cette exception est, selon les propos du juge Goodman de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «considérée comme un mécanisme d'enquête de dernier ressort dont les conditions d'obtention sont beaucoup plus sévères que pour un mandat de perquisition en vertu du par. 443(1)»; voir *R. v. Playford* (1987), 61 C.R. (3d) 101 (C.A. Ont.), à la p. 143. La Loi impose à l'auteur d'une demande d'autorisation des conditions qui sont très précises quant aux renseignements qui doivent être présentés au juge. En plus de l'al. 178.13(2)c), le Parlement a souligné le fait que la Loi envisage de façon prédominante des autorisations précises quant aux lieux en exigeant que ces renseignements soient contenus dans les affidavits (al. 178.12(1)e)). Le but est évidemment de permettre au juge d'établir les modalités qui peuvent limiter les atteintes inutiles à la vie privée.

Le pouvoir discrétionnaire conféré au juge en vertu de l'al. 178.13(2)c) devait être exercé conformément à l'objet de la Loi dans son ensemble. Par exemple, on n'a pas voulu qu'une clause des

a “resorted to” clause should be added simply because other places might in the course of the investigation be found where it might be profitable to place intercepts, though such places are, of course, unknown in the sense that they cannot be predicted. In such cases, a new authorization can be obtained. That Parliament has mandated a precise procedure for emergencies (s. 178.15(1)) fully accords with this approach.

In a word, as I see it, s. 178.13(2)(c), by requiring a description of the place of interception where possible, was concerned that intercepts be limited, in all but the narrowest of circumstances, to places for which information was available at the time of the application for the authorization. I note that this place-specific requirement for known persons was added to the original Act by the 1976-77 amendment: S.C. 1976-77, c. 53, s. 9(2). The police under the previous provision were free to select the place; for a discussion, see *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (P.E.I.S.C.), per McQuaid J. It will be evident that Parliament came to recognize that granting the police power to intercept calls of a suspect, wherever made, ran counter to the reasonable expectations of privacy held by Canadians. It would, therefore, be odd indeed if, by the granting of a discretion to a judge to include “resorted to” clauses in authorizations, Parliament should be taken to have intended that the discretion be routinely used to nullify the purpose it sought to effect.

But the situation may be such that the police may not be in a position to give a general description of the nature and location of the places they propose to intercept private communications. Their investigations may reveal that the persons under surveillance, acutely sensitive to the danger of having their private communications overheard, have adopted a strategy to rule out this possibility. There may be no premises, no specific telephones, no vehicles for which the police can provide a description in the application for an authorization:

«endroits fréquentés» soit ajoutée simplement parce qu’au cours de l’enquête il est possible qu’on découvre d’autres endroits où il pourrait être utile d’installer des dispositifs d’interception bien que ces endroits soient évidemment inconnus en ce sens qu’ils ne peuvent être prévus. Dans ces cas, une nouvelle autorisation peut être obtenue. Que le Parlement ait prescrit une procédure précise dans les cas d’urgence (par. 178.15(1)) est tout à fait conforme avec cette interprétation.

En un mot, j’estime qu’en exigeant, à l’al. 178.13(2)c), une description des lieux d’interception lorsque cela est possible, on a voulu que les interceptions soient limitées dans toutes les circonstances, sauf les circonstances exceptionnelles, aux endroits au sujet desquels des renseignements étaient disponibles à l’époque de la demande d’autorisation. Je souligne que cette exigence de précision quant aux lieux d’interception relatifs aux personnes connues a été ajoutée à la loi originale par une modification apportée en 1976-77: S.C. 1976-77, ch. 53, par. 9(2). En vertu de l’ancienne disposition, les policiers étaient libres de déterminer l’endroit; pour une analyse, voir l’arrêt *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (C.S.Î.-P.-É.), le juge McQuaid. Il est évident que le Parlement a reconnu qu’accorder aux policiers le pouvoir d’intercepter les appels d’un suspect, peu importe où ils sont faits, est contraire aux attentes raisonnables des Canadiens en matière de vie privée. Il serait donc très étrange de considérer qu’en accordant au juge le pouvoir discrétionnaire d’inclure des clauses des «endroits fréquentés» dans des autorisations, le Parlement ait voulu que ce pouvoir discrétionnaire soit utilisé systématiquement pour annihiler l’objet qu’il visait à réaliser.

Mais la situation peut être telle que les policiers ne soient pas en mesure de donner une description générale de la nature et de la situation des lieux où ils comptent intercepter des communications privées. Leurs enquêtes peuvent révéler que les personnes sous surveillance, très conscientes du danger que leurs communications privées soient entendues, ont adopté une stratégie pour écarter cette possibilité. Il est possible qu’il n’y ait aucun lieu, aucun téléphone spécifique ni aucun véhicule qui puisse être décrit par les policiers dans leur

In such circumstances, the knowledge in possession of the police at the time of applying for an authorization will effectively preclude them from giving a general description of the nature and location of the place where they propose to intercept private communications.

In my view, it is to meet eventualities of that kind that Parliament has included the qualifying words "if known" in s. 178.12(1)(e) and "if a general description of that place can be given" in s. 178.13(2)(c). It would be a startling result if the investigative arm of the state had been left with no means of coping with a highly sophisticated criminal enterprise that counted on unpredictability to shield it from electronic surveillance. It is only in contexts of this kind that I conclude that an authorization may properly incorporate a "resorted to" clause.

In the present case, we are informed (and it would appear that the authorizing judge was adequately apprised of the situation), the police were aware from the outset that those under investigation resorted to and made use of pay phones, and that in doing so they used a code to advise one another of each of the locations at which they could be reached. This type of scheme would seem to be one that invites the granting of an authorization that includes a "resorted to" clause, in spite of the fact that interceptions could be placed at several known locations.

The situation as revealed by the affidavits examined by the trial judge under the *Wilson* rule (see *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594) would, in my view, justify a "resorted to" clause that permitted even interceptions of pay phone conversations. The interception of telephone conversations will always, as I will describe later, have serious implications for the privacy not only of the suspect but others as well. But it must not be forgotten that the interception of public pay phone conversations impacts to an even greater degree than the interception of private telephone conversations on the privacy of third persons. Here, on the facts, the bugging of pay phones in a busy

demande d'autorisation. Dans ces circonstances, les renseignements que possèdent les policiers au moment de la demande d'autorisation vont en réalité les empêcher de donner une description générale de la nature et de la situation des lieux où ils comptent intercepter des communications privées.

À mon avis, c'est pour parer à ce genre d'éventualités que le Parlement a inclus la réserve «s'il est connu» à l'al. 178.12(1)e) et «s'il est possible de donner une description générale de ce lieu» à l'al. 178.13(2)c). Il serait étonnant que les services d'enquête de l'État se retrouvent dépourvus des moyens de faire face aux entreprises criminelles hautement sophistiquées qui s'appuient sur l'imprévisibilité pour se protéger de la surveillance électronique. Ce n'est que dans ce genre de contextes que je conclus qu'une autorisation peut comprendre à bon droit une clause des «endroits fréquentés».

En l'espèce, on nous avise (et il semblerait que le juge qui a accordé l'autorisation était bien au courant de la situation) que les policiers savaient dès le départ que les personnes faisant l'objet de l'enquête fréquentaient et utilisaient des téléphones publics et que ce faisant elles utilisaient un code pour s'informer mutuellement des endroits où il était possible de les rejoindre. Ce genre de situation semblerait inciter à accorder une autorisation assortie d'une clause des «endroits fréquentés», malgré le fait que les dispositifs d'interception pouvaient être installés dans plusieurs endroits connus.

La situation exposée dans les affidavits que le juge du procès a examinés en vertu de la règle de l'arrêt *Wilson* (voir *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594) justifierait à mon avis une clause des «endroits fréquentés» qui permettrait même d'intercepter des conversations dans les téléphones publics. Comme je le mentionnerai plus loin, l'interception de conversations téléphoniques aura toujours de graves incidences non seulement sur la vie privée du suspect mais sur celle des tiers également. Il ne faut cependant pas oublier que l'interception de conversations dans les téléphones publics a un effet encore plus important sur la vie privée des tiers que l'interception de conversations

summer resort may have drawn within the ambit of the police's investigation literally hundreds of people who had nothing to do with the conspiracy.

Under these circumstances, one would expect the authorizing judge not only to direct his mind to these considerations, but to make the interception of pay phone conversations a matter of express authorization. I can fully understand the trial judge's expressed discomfort at the "meagre particulars" in all three authorizations. The authorizations simply permit everything that can be permitted under the Act, i.e., the interception by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device at any place or premises where the accused may resort to in the province, and they impose no terms or conditions on the exercise of these powers. Nothing indicates any exercise of the discretion granted to the authorizing judge under the Act. Effectively, all discretion is delegated to the police. The authorizations have virtually all the trappings of a blanket search warrant.

I must confess to feeling more than discomfort with this way of doing things; while the issue was not directly argued (the appellants being content to rely on the unlawfulness of "resorted to" clauses generally), this broad kind of authorization seems to me to run counter to what the Act requires. The Act (s. 178.13(1)) provides that an authorization may be given by a judge if he is satisfied that it would be in the best interests of justice and that other investigative procedures have failed or are unlikely to succeed or the urgency of the matter makes resort to these impractical. In short, the Act requires the exercise of discretion, and in the case of "resorted to" clauses, as noted, it is a very narrow discretion. It can scarcely have been the intention of Parliament to permit judges by this exceptional discretion to circumvent all the privacy safeguards spelled out in the Act. Even if it were possible to read the Act so as to permit this broad type of authorization, such authorization would, as

téléphoniques privées. D'après les faits de l'espèce, l'installation de dispositifs d'écoute électronique dans les téléphones publics d'une station estivale achalandée peut avoir littéralement assujéti à l'enquête des policiers des centaines de personnes qui n'avaient rien à voir avec le complot.

Compte tenu de ces circonstances, on s'attendrait à ce que le juge qui a accordé l'autorisation ne tienne pas seulement compte de ces considérations, mais à ce qu'il fasse de l'interception des conversations dans les téléphones publics une question d'autorisation expresse. Je comprends très bien le malaise exprimé par le juge du procès devant le [TRADUCTION] «peu de détails» contenus dans les trois autorisations. Les autorisations permettent simplement tout ce que la Loi peut permettre, c'est-à-dire l'interception au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, en tout endroit ou lieu que l'accusé peut fréquenter dans la province, et elles n'imposent aucune condition à l'exercice de ces pouvoirs. Rien n'indique que le juge qui a accordé l'autorisation a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi. En réalité, toute discrétion est déléguée aux policiers. Les autorisations ont pratiquement toutes les apparences d'un mandat de perquisition général.

J'avoue que cette façon de procéder m'inspire plus qu'un simple malaise; bien que la question n'ait pas été débattue directement (les appelants se contentant d'invoquer l'illégalité des clauses des «endroits fréquentés» en général), ce genre d'autorisation large me semble contraire à ce que la Loi exige. La Loi (le par. 178.13(1)) prévoit qu'une autorisation peut être donnée par un juge s'il est convaincu que cela servirait au mieux l'administration de la justice et que d'autres méthodes d'enquête ont échoué ou ont peu de chances de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique d'y recourir. Bref, la Loi exige l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et, comme je l'ai dit dans le cas des clauses des «endroits fréquentés», c'est un pouvoir discrétionnaire très restreint. Le Parlement ne peut vraiment pas avoir eu l'intention de permettre aux juges de contourner par ce pouvoir discrétionnaire exceptionnel toutes les garanties en matière de vie privée établies par la

I will indicate later, violate the *Charter* requirement that the individual be secure from unreasonable search or seizure. Accordingly, pursuant to the reasoning of *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, the discretion accorded the judge must be read to conform with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

More particularly, the authorizations seem to me to fail to comply with the requirements of the Act respecting what must be stated in an authorization. Section 178.13(2) not only requires that the authorization state the identity of the person, if known, whose communications are to be intercepted and generally describe the place where such interception is to be made. It also requires that the type of private communication that may be intercepted be stated. This would seem to encompass conversations by means of pay phones. At all events, the authorization must “generally describe the manner of interception that may be used”. Section 178.13(2)(c) reads:

178.13 ...

(2) An authorization shall

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

I do not take the “manner of interception” as referring solely to the technical equipment. Given the overall purpose and structure of the Act, it must relate more broadly to the manner of interception for the purpose of describing the extent of the interferences with privacy intended by the authorization. I do not think this obligation can be avoided in respect of a “resorted to” clause any more than it can in relation to specifically described interceptions. Otherwise, the narrow

Loi. Même s’il était possible d’interpréter la Loi de manière à permettre ce type d’autorisation large, celle-ci violerait, comme je l’indiquerai plus loin, l’exigence de la *Charte* que la personne soit protégée contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Par conséquent, conformément au raisonnement tenu dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le pouvoir discrétionnaire conféré au juge doit être interprété de manière à être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Plus particulièrement, il me semble que les autorisations ne sont pas conformes aux exigences de la Loi concernant ce qui doit être énoncé dans une autorisation. Le paragraphe 178.13(2) n’exige pas seulement que l’autorisation indique, si elle est connue, l’identité de la personne dont les communications doivent être interceptées et donne une description générale du lieu où elles seront interceptées. Il exige également que soit indiqué le genre de communications privées qui pourront être interceptées. Cela semblerait comprendre les conversations dans les téléphones publics. Quoi qu’il en soit, l’autorisation doit donner «une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées». L’alinéa 178.13(2)c) se lit ainsi:

178.13 ...

(2) Une autorisation doit

c) indiquer, si elle est connue, l’identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s’il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

À mon sens, «la façon dont les communications pourront être interceptées» ne vise pas seulement le matériel technique. Étant donné l’objet et le régime généraux de la Loi, ces termes doivent se rapporter plus généralement au mode d’interception en vue de décrire la portée des atteintes à la vie privée projetées dans l’autorisation. Je ne crois pas que l’on puisse se soustraire à cette obligation à l’égard d’une clause des «endroits fréquentés», pas plus qu’on ne peut le faire en ce qui concerne

exception has the effect of overriding the whole Act. I should also note that, as in the case of the place of interception, the affidavit in support of an application must also set forth (s. 178.12(1)) a general description of the manner of interception proposed, again for the purpose of providing the authorizing judge with the information necessary for him to impose such terms as may be advisable in the public interest.

Nor is it sufficient that one might, by reference to the supporting material, be able to determine the scope of the authorization. An authorization, and particularly one that has the potential of massively invading the privacy of third parties, as is the case here, should on its face clearly set forth its intended ambit, as the Act expressly dictates. Others, and particularly the trial judge, must not be left to guess about the extent of the authorization. Certainly, Parliament did not expect the trial judge to be obliged to do so. It expressly provided that the authorization should address the matter. This reasoning is all the more persuasive given the fact that subsequent access to the supporting material, as this Court held in *Wilson, supra*, was not available at common law.

For these reasons, I think the authorizations here are void. This is sufficient to dispose of the appeal in favour of the appellants, but I think it important to discuss the other issues raised in the appeal.

I turn first to the *Charter* implications.

“Resorted To” Clauses and the *Charter*

An analysis of the *Charter* implications of a “resorted to” clause must begin with this Court’s holding that surreptitious electronic interception of private communications constitutes a “search” and “seizure” under s. 8 of the *Charter*, which gives Canadians a right to be secure against unreason-

les interceptions qui font l’objet d’une description précise. Autrement, l’exception restreinte a pour effet de supplanter toute la Loi. Il convient également que je souligne que, comme dans le cas du lieu de l’interception, l’affidavit à l’appui d’une demande doit également donner (par. 178.12(1)) une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception, et ce, toujours en vue de fournir au juge qui accorde l’autorisation les renseignements nécessaires pour pouvoir formuler les modalités qu’il estime opportunes dans l’intérêt public.

Il ne suffit pas non plus que l’on puisse, en se référant aux documents à l’appui de l’autorisation, être capable de déterminer la portée de cette autorisation. Une autorisation, et particulièrement une autorisation qui peut porter atteinte massivement au droit à la vie privée de tiers, comme en l’espèce, devrait à première vue établir clairement la portée qu’on veut qu’elle ait, comme la Loi l’exige expressément. Les tiers et le juge du procès en particulier ne doivent pas avoir à deviner la portée de l’autorisation. Le Parlement ne s’attendait certainement pas à ce que le juge du procès ait à le faire. Il a clairement prévu que l’autorisation devrait aborder la question. Ce raisonnement est d’autant plus convaincant que l’accès ultérieur aux documents à l’appui de l’autorisation, comme notre Cour l’a conclu dans l’arrêt *Wilson*, précité, n’était pas possible en common law.

Pour ces motifs, je pense qu’en l’espèce les autorisations sont nulles. Cela suffit pour trancher le pourvoi en faveur des appelants, mais je pense qu’il est important d’examiner les autres questions soulevées en l’espèce.

J’examine d’abord les incidences de la *Charte*.

Les clauses des «endroits fréquentés» et la *Charte*

Pour examiner les incidences d’une clause des «endroits fréquentés» par rapport à la *Charte*, il faut d’abord tenir compte de la décision de notre Cour que l’interception électronique clandestine de communications privées constitue une «fouille ou perquisition» et une «saisie» au sens de l’art. 8 de la *Charte* qui reconnaît aux Canadiens le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives; voir les arrêts *R. c. Duarte*,

able search and seizure; see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

It is important as well to underline the specially intrusive nature of this kind of search. As noted, I am in full agreement with Goodman J. A. who in *R. v. Playford*, *supra*, at p. 143, expressed the opinion that the interception of private communications is a more serious intrusion on privacy than a conventional search or seizure. As J. G. Carr in *The Law of Electronic Surveillance* (2nd ed. 1986), at pp. 2-20 and 2-20.1, points out, an electronic search is a secret search, one that usually affects more persons, and lasts for substantially longer periods than conventional searches. And since at the moment of authorization the things to be seized are neither tangible nor in existence, electronic searches are indiscriminately acquisitive. As Carr puts it, at pp. 2-28 and 2-29:

With electronic searches nothing may be known about many of the persons who may be overheard. As conversations of unknown individuals are intercepted, the electronic surveillance resembles a random stop-and-search, without probable cause, of every person who appears in the company of some known person who is suspected of being involved in criminal activity.

Moreover, unlike conventional searches in which it is relatively easy to determine whether the object of the search has been found, electronic searches have the potential to last long after incriminating evidence has been intercepted or to continue at a time when there can no longer be probable cause for presuming that interceptions will in fact produce such evidence. In *R. v. Duarte*, *supra*, at p. 43, this Court observed that "one can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy than electronic surveillance and to which, in consequence, the protection accorded by s. 8 should be more directly aimed".

[1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

Il est également important de souligner la nature particulièrement envahissante de ce genre de fouille ou de perquisition. Comme je l'ai souligné, je suis entièrement d'accord avec le juge Goodman qui, dans l'arrêt *R. v. Playford*, précité, à la p. 143, a exprimé l'avis que l'interception de communications privées porte atteinte plus gravement à la vie privée qu'une fouille, une perquisition ou une saisie classiques. Comme J. G. Carr le souligne dans *The Law of Electronic Surveillance* (2^e éd. 1986), aux pp. 2-20 et 2-20.1, une fouille ou perquisition électronique est une fouille ou perquisition secrète, qui touche habituellement plus de personnes et qui dure sensiblement plus longtemps que les fouilles ou perquisitions classiques. Et puisqu'au moment où l'autorisation est accordée les choses à saisir ne sont ni tangibles ni existantes, les fouilles ou perquisitions électroniques sont systématiquement acquisitives. Comme Carr le souligne, aux pp. 2-28 et 2-29:

[TRADUCTION] En matière de fouilles ou de perquisitions électroniques, il se peut qu'on ne sache rien de plusieurs personnes dont les communications peuvent être interceptées. Du fait que les conversations de personnes inconnues sont interceptées, la surveillance électronique ressemble à une fouille faite au hasard, sans motifs probables, de toute personne qui se trouve en compagnie d'une personne connue dont on soupçonne la participation à des activités criminelles.

En outre, contrairement aux fouilles ou perquisitions classiques où il est relativement facile de déterminer si l'objet de la fouille ou de la perquisition a été trouvé, les perquisitions électroniques peuvent durer longtemps après l'interception des éléments de preuve incriminants ou se poursuivre alors qu'il ne peut plus y avoir de motifs probables de présumer que les interceptions vont effectivement permettre de recueillir de tels éléments de preuve. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, à la p. 43, notre Cour a souligné qu'on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique et qui, en conséquence, doit être plus directement visée par la protection de l'art. 8.

Once it is conceded that electronic surveillance strikes at the heart of the rights of privacy s. 8 is designed to protect, the question becomes one of determining whether Part IV.1 of the *Code* meets the standard of reasonableness first enunciated by this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In *R. v. Duarte*, *supra*, this Court accepted, as Martin J.A. had earlier done in *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), that Part IV.1 of the *Code*, read as a whole, does meet this standard of reasonableness and hence does not *per se* violate the *Charter*. Martin J.A., however, also drew attention, at p. 78, to the fact that although the legislative scheme of Part IV.1 is constitutional, the granting of a particular authorization may be unreasonable and hence infringe s. 8. These remarks set the stage for the present enquiry.

In *Hunter v. Southam*, this Court enunciated the standards against which the courts are to assess the reasonableness of a given search and seizure. That case mandates that, in most circumstances, a search constitutionally requires judicial or other independent authorization. And, at p. 168, it articulates the criteria for the granting of such authorization:

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

More recently, in *Duarte*, the Court elaborated on these standards in the context of electronic surveillance (pp. 45-46).

In my view, a "resorted to" clause does not meet the standard of reasonableness that emerges from an examination of *Hunter v. Southam* and *Duarte* as a matter of course. For such a clause is effectively a delegation to the police of the discretion which, under the standard spelled out in *Hunter v. Southam*, must, where feasible, be exercised by a judge or other independent person. Unless there

Du moment que l'on admet que la surveillance électronique porte directement atteinte aux droits à la vie privée que vise à protéger l'art. 8, il s'agit alors de déterminer si la partie IV.1 du *Code* satisfait à la norme du caractère raisonnable formulée pour la première fois par notre Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, notre Cour a accepté, comme le juge Martin l'avait fait plus tôt dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), que la partie IV.1 du *Code*, dans son ensemble, satisfait à cette norme du caractère raisonnable et ne viole donc pas en soi la *Charte*. Le juge Martin a cependant précisé, à la p. 78, que bien que le régime législatif de la partie IV.1 soit constitutionnel, le fait d'accorder une autorisation particulière peut être abusif et donc contrevenir à l'art. 8. Ces remarques établissent le cadre de la présente analyse.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, notre Cour a formulé les normes en fonction desquelles les tribunaux doivent évaluer le caractère raisonnable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie données. Cet arrêt précise que, dans la plupart des cas, une fouille ou une perquisition exige, sur le plan constitutionnel, une autorisation judiciaire ou autre qui soit indépendante. Et, à la p. 168, la Cour formule les critères pour accorder une telle autorisation:

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

Plus récemment, dans l'arrêt *Duarte*, la Cour a précisé ces normes dans le contexte de la surveillance électronique (pp. 45 et 46).

À mon avis, une clause des «endroits fréquentés» ne satisfait pas à la norme du caractère raisonnable qui ressort clairement d'un examen des arrêts *Hunter c. Southam* et *Duarte*. En effet, pareille clause est en réalité une délégation aux policiers du pouvoir discrétionnaire qui, en vertu de la norme formulée dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, doit être exercé, lorsque cela est possible, par un

are compelling reasons for such a "resorted to" clause, therefore, I do not think it meets the standard set forth in *Hunter v. Southam*. That is consistent with Martin J.A.'s view that Part IV.1 does not, in its entirety, offend s. 8 of the *Charter*, but that a particular authorization may do so. But I think it is reasonable to insert a "resorted to" clause in the special and limited circumstances described earlier in which Parliament intended under Part IV.1 that a judge could grant an authorization to intercept communications in an unspecified place. As a practical matter, it can in these circumstances reasonably be said not to be feasible to do otherwise. The facts in this case appear to fall within this description.

As I noted, however, I do not think a general "resorted to" clause such as the one in issue here passes muster under the *Charter*. While I would not wish to impose fussy requirements about the precise wordings of authorizations, a "resorted to" clause must at least indicate that the authorizing judge has directed his mind to the nature and limits of the powers that the police may exercise by setting them out in the authorization. I do not think it is reasonable to simply authorize the police, in their sole discretion, to use any electronic means of interception anywhere the suspects may go. This effectively amounts to a failure on the part of the judge to exercise his discretion and a delegation of that discretion to the police. In the present case, the authorizations should have made specific reference to pay phones. What an authorization permits must not be left to guesswork or interpretation by the police. This is particularly so as regards the extensive invasions of privacy that result from interceptions of pay phones.

It will be obvious that the Act and the *Charter* place a heavy burden on the courts to ensure the privacy of Canadians. Electronic surveillance is indiscriminately acquisitive; its reach extends to the conversations of the innocent and guilty alike.

juge ou une autre personne indépendante. Donc, à moins de raisons sérieuses justifiant une clause des «endroits fréquentés», je ne crois pas qu'elle satisfait à la norme établie dans l'arrêt *Hunter c. Southam*. Cela est conforme à l'opinion du juge Martin que la partie IV.1 ne contrevient pas dans l'ensemble à l'art. 8 de la *Charte*, mais qu'une autorisation particulière peut le faire. Mais j'estime qu'il est raisonnable d'inclure une clause des «endroits fréquentés» dans les circonstances particulières et restreintes déjà décrites où le Parlement a voulu, en vertu de la partie IV.1, qu'un juge puisse accorder une autorisation d'intercepter des communications dans un lieu non précisé. Sur le plan pratique, on peut raisonnablement affirmer que dans ces circonstances il n'est pas possible de faire autrement. Les faits en l'espèce semblent relever de cette description.

Comme je l'ai cependant souligné, je ne crois pas qu'une clause générale des «endroits fréquentés» comme celle dont il est question en l'espèce soit valable en vertu de la *Charte*. Bien que je ne veuille pas imposer des exigences capricieuses quant à la formulation précise des autorisations, une clause des «endroits fréquentés» doit au moins indiquer que le juge qui accorde l'autorisation s'est penché sur la nature et les limites des pouvoirs que les policiers peuvent exercer, en les énonçant dans l'autorisation. Je ne crois pas qu'il soit raisonnable de simplement autoriser les policiers à utiliser, à leur seule discrétion, tout dispositif d'interception électronique dans tout lieu que peuvent fréquenter les suspects. En réalité, c'est comme si le juge omettait d'exercer son pouvoir discrétionnaire et le déléguait aux policiers. En l'espèce, les autorisations auraient dû mentionner précisément les téléphones publics. Ce qu'une autorisation permet ne doit pas être laissé à l'appréciation ou à l'interprétation des policiers. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les atteintes profondes à la vie privée qui résultent des interceptions effectuées dans des téléphones publics.

Il est évident que la Loi et la *Charte* imposent aux tribunaux une lourde obligation de protéger la vie privée des Canadiens. La surveillance électronique est systématiquement acquisitive; sa portée vise les conversations tant des innocents que des

The indiscriminate acquisitiveness of electronic surveillance invites the courts to redouble their vigilance and to be especially sensitive of the potential of certain practices to undermine the expectation of Canadians that their private communications are inviolable. This legitimate and reasonable expectation of privacy will not long survive if the courts give their imprimatur to practices that allow the police to intercept private communications solely on the basis of their own reasonable belief that valuable evidence stands to be gained thereby. In my view, “resorted to” clauses can easily result in the application of this low threshold and constitute the “fishing expeditions of considerable latitude” decried by this Court in *Hunter v. Southam, supra*, at p. 167. It is sad to reflect that, even with the assistance of the *Charter*, the courts have failed to take the steps necessary to avoid this danger and that if Canadians are to receive adequate protection against the insidious threat to individual privacy posed by electronic surveillance, they must turn to Parliament to provide additional safeguards. There is biting irony in this. The *Charter* was designed to protect us from possible inroads on individual rights by Parliament.

When a “resorted to” clause has been properly included in an authorization, the police must themselves act reasonably if they are to come up to the high standard set by s. 8 of the *Charter*. This includes the duty, noted by my colleague, to act on the basis of reasonable and probable cause in placing intercepts under a “resorted to” clause. Again, while I do not find it necessary to impose some technical “minimization obligation” on the police (they must be given reasonable leeway to perform their function), the adoption of practices that flagrantly ignore the privacy of persons unconnected with the investigation does not, in my view, constitute a reasonable search within the meaning of s. 8.

coupables. La nature systématiquement acquisitive de la surveillance électronique incite les tribunaux à redoubler de vigilance et à être particulièrement conscients des risques que certaines pratiques minent l'attente des Canadiens en matière d'invio-
 a labilité de leurs communications privées. Cette attente légitime et raisonnable en matière de vie privée ne survivra pas longtemps si les tribunaux accordent leur imprimatur à des pratiques qui
 b permettent aux policiers d'intercepter des communications privées pour la seule raison qu'ils ont des motifs raisonnables de croire que de précieux éléments de preuve peuvent ainsi être obtenus. À mon
 c avis, les clauses des «endroits fréquentés» peuvent facilement entraîner l'application de cette norme peu élevée et constituer les «recherches à l'aveu-
 glette très étendues» dénoncées par notre Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, à la p.
 d 167. Il est triste de penser que, même avec l'aide de la *Charte*, les tribunaux n'ont pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ce danger et que si les Canadiens doivent être protégés adéquatement contre la menace insidieuse que la surveil-
 e lance électronique pose à la vie privée, ils doivent se tourner vers le Parlement pour obtenir des garanties supplémentaires. Il y a une ironie cin-
 glante dans tout cela. La *Charte* est destinée à nous protéger contre toute possibilité d'empiéte-
 f ment par le Parlement sur les droits individuels.

Lorsqu'une clause des «endroits fréquentés» a été légitimement incluse dans une autorisation, les
 g policiers doivent eux-mêmes agir raisonnablement s'ils veulent se conformer à la norme élevée établie par l'art. 8 de la *Charte*. Comme le souligne mon
 h collègue, cela comprend le devoir d'agir en fonction de motifs raisonnables et probables dans l'installation de dispositifs d'interception en vertu
 d'une clause des «endroits fréquentés». Encore une fois, bien que je n'estime pas nécessaire d'imposer une «obligation de minimisation» technique aux
 i policiers (ils doivent disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour exécuter leurs fonctions), l'adoption de pratiques qui, de manière
 flagrante, font fi de la vie privée des personnes qui n'ont aucun lien avec l'enquête ne constitue pas, à
 j mon avis, une fouille ou une perquisition raisonnable au sens de l'art. 8.

It would afford a greater safeguard if the police were required to seek a further authorization as soon as possible where an interception made pursuant to a "resorted to" clause may result in possible intrusions on significant numbers of people (as in the case of pay phones), and circumstances may arise where this should be done. But if on the facts an authorization was granted on the basis that such interceptions were permitted, I am on balance satisfied that it is not unreasonable to allow the police to make such interception during the term of that authorization. As I will explain later, some safeguard—and it is a critical one—arises out of the fact that, on my view of the matter, the places intercepted pursuant to the "resorted to" clause must be revealed to the judge when application is made for a renewal or a new authorization, for it is then possible to supply this information.

The remaining issue dealing with "resorted to" clauses raised in this appeal relates to the duty of the police to act reasonably within the meaning of s. 8. The question posed, in essence, is whether the police, acting under the aegis of such a clause, but having no independent evidence linking a named suspect to a particular telephone, may place intercepts there on the understanding that any evidence gained thereby would then be admissible as proof that the suspects had resorted to that place. Framed in this manner, it can be seen that the logical result of acceding to this proposition would be to invite the police to place intercepts on mere speculation that a named suspect would frequent a given location. It would be difficult to conceive of a "fishing expedition" of greater latitude. On this issue, I agree with the views of Sopinka J. that the existence of extrinsic evidence is always necessary.

New Authorization or Renewal

I now turn to the question whether it was permissible to obtain fresh authorizations instead of renewals with respect to the persons and addresses stated in the first authorization. As a starting point, it is necessary to set out for comparison the

On bénéficierait d'une meilleure garantie si les policiers étaient tenus d'obtenir une autre autorisation dès que possible lorsqu'une interception pratiquée en vertu d'une clause des «endroits fréquentés» peut donner lieu à des atteintes à la vie privée de nombreuses personnes (comme dans le cas des téléphones publics), et il peut y avoir des circonstances où cela devrait être fait. Mais si, d'après les faits, l'autorisation a été accordée pour le motif que ces interceptions étaient permises, je suis dans l'ensemble convaincu qu'il n'est pas abusif de permettre aux policiers de pratiquer ces interceptions pendant la durée de cette autorisation. Comme je l'expliquerai plus loin, une garantie—et il s'agit d'une garantie cruciale—découle du fait que, compte tenu de ma perception de l'affaire, les lieux visés par l'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés» doivent être indiqués au juge lorsqu'une demande de renouvellement ou de nouvelle autorisation est présentée, car il est alors possible de fournir ces renseignements.

L'autre question soulevée dans ce pourvoi, concernant les clauses des «endroits fréquentés», a trait au devoir des policiers d'agir raisonnablement au sens de l'art. 8. La question est essentiellement de savoir si les policiers, qui agissent en vertu d'une telle clause mais ne disposent d'aucune preuve indépendante reliant un suspect nommé à un téléphone particulier, peuvent installer des dispositifs d'interception en sachant que tout élément de preuve ainsi obtenu sera ensuite admissible comme preuve que les suspects ont fréquenté cet endroit. Formulé de cette manière, on peut voir qu'accepter cette proposition aurait logiquement pour résultat d'inviter les policiers à installer des dispositifs d'interception à partir de simples suppositions qu'un suspect nommé fréquente un lieu donné. Il est difficile de concevoir une «recherche à l'aveuglette» plus étendue. Sur cette question, je partage l'opinion du juge Sopinka que l'existence d'une preuve extrinsèque est toujours nécessaire.

Une nouvelle autorisation ou un renouvellement

J'examine maintenant la question de savoir s'il était permis d'obtenir de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements quant aux personnes et aux adresses mentionnées dans la première autorisation. Au départ, il est nécessaire d'énoncer à des

requirements for obtaining authorizations and renewals as they appear in Part IV.1 of the *Code*:

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

- (a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and
- (b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

(3) Renewals of an authorization may be given from time to time by a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482 upon receipt by him of an *ex parte* application in writing signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of section 178.12 by the Solicitor General of Canada or the Attorney General, as the case may be, accompanied by an affidavit of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

- (a) the reason and period for which the renewal is required,
- (b) full particulars, together with times and dates, when interceptions, if any, were made or attempted under the authorization, and any information that has been obtained by any interception, and
- (c) the number of instances, if any, on which, to the knowledge and belief of the deponent, an application has been made under this subsection in relation to the same authorization and on which the application was withdrawn or no renewal was given, the date on which each such application was made and the name of the judge to whom each such application was made,

and supported by such other information as the judge may require.

(4) A renewal of an authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied that any of the circumstances described in subsection (1) still obtain, but no such renewal shall be for a period exceeding sixty days.

It is important to note that by s. 178.13(4) a renewal may issue if any of the circumstances obtaining at the time of the initial authorization

fins de comparaison les conditions applicables à l'obtention des autorisations et des renouvellements selon la partie IV.1 du *Code*:

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

- a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et
- b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

(3) Un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge défini à l'article 482 peut, à l'occasion, renouveler une autorisation lorsqu'il reçoit une demande écrite *ex parte* signée par le procureur général de la province dans laquelle la demande est présentée, par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins de l'article 178.12 par le solliciteur général du Canada ou le procureur général, selon le cas, et à laquelle est joint un affidavit d'un agent de la paix ou fonctionnaire public indiquant ce qui suit:

- a) la raison et la période pour lesquelles le renouvellement est demandé,
- b) tous les détails, y compris les heures et dates, relatifs aux interceptions, qui, le cas échéant, ont été faites ou tentées en vertu de l'autorisation, et tous renseignements obtenus au cours des interceptions, et
- c) le nombre de cas, s'il y a lieu, où, à la connaissance du déposant, une demande a été faite en vertu du présent paragraphe au sujet de la même autorisation et où la demande a été retirée ou aucun renouvellement n'a été accordé, la date de chacune de ces demandes et le nom du juge auquel chacune a été présentée,

ainsi que les autres renseignements que le juge peut exiger.

(4) Le renouvellement d'une autorisation peut être accordé pour au plus soixante jours si le juge auquel la demande est présentée est convaincu que l'une des circonstances indiquées au paragraphe (1) existe encore.

Il est important de souligner qu'en vertu du par. 178.13(4), un renouvellement peut être accordé si l'une des circonstances existant à l'époque de la

existed. From this, it is arguable that a renewal may issue if either one of the requirements, (a) or (b), expressed in s. 178.13(1) obtains, but that an authorization will only issue if both circumstances obtain. Support for this proposition was found in the line of authority that holds that the Crown must meet a heavier onus when seeking a new authorization as opposed to a renewal; see, in particular, *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (Ont. C.A.), at pp. 212-13, and *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (Ont. C.A.), the latter cited by the Court of Appeal in this case (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, at pp. 757-58.

Yet an examination of the nature of the two requirements contained in s. 178.13(1) reveals the tenuousness of the notion that an authorization imposes a heavier onus on the police. It seems to me to be entirely specious to contemplate that Parliament envisaged that a renewal would issue on application of s. 178.13(4), if only s. 178.13(1)(b) and not s. 178.13(1)(a) obtained; this would presuppose that a judge would exercise his discretion to issue a renewal when satisfied that it was not in the best interests of justice to do so. As for the contention that a renewal could issue if only the circumstances described in para. (a) obtained, I am of the view that this too leads to an absurdity. Implicit in this conclusion is the notion that the preconditions that were essential to the granting of an authorization no longer bear on the issue of a renewal and hence on the determination whether the renewal is in the best interests of the administration of justice. Clearly, the "last resort" requirement in s. 178.13 was formulated with an eye to the invasiveness of electronic surveillance and hence to the need to restrict its application solely to situations where other investigative methods have borne no fruit or where urgency compels its use. It would be aberrant to suppose that these considerations, which loom so large in the initial decision to authorize an intercept, would be of no consequence in the decision to renew. The very fact that Parliament has imported a renewal requirement, and not made authorizations open-ended, surely suggests that these considerations will again be integral to the decision to permit the

première autorisation existe encore. On peut donc soutenir qu'un renouvellement peut être accordé si l'une des conditions, a) ou b), formulées au par. 178.13(1) existe, mais qu'une autorisation ne sera accordée que si les deux circonstances existent. Cette proposition trouve appui dans le courant de jurisprudence qui reconnaît que le ministère public doit satisfaire à une obligation plus lourde lorsqu'il demande une nouvelle autorisation par opposition à un renouvellement; voir, en particulier, les arrêts *R. v. Pleich* (1980), 16 C.R. (3d) 194 (C.A. Ont.), aux pp. 212 et 213, et *R. v. Dubois* (1986), 27 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Ont.), cette dernière décision ayant été citée par la Cour d'appel en l'espèce (1986), 33 D.L.R. (4th) 744, aux pp. 757 et 758.

Pourtant, un examen de la nature des deux conditions prévues au par. 178.13(1) révèle le caractère ténu de l'idée qu'une autorisation impose un fardeau plus lourd aux policiers. Il me semble qu'il est tout à fait spécieux de prétendre que le Parlement a prévu qu'un renouvellement ne serait accordé en vertu du par. 178.13(4) que si la condition de l'al. 178.13(1)(b) et non de l'al. 178.13(1)(a) existait; cela supposerait qu'un juge exercerait son pouvoir discrétionnaire d'accorder un renouvellement lorsqu'il serait convaincu que l'octroi de cette autorisation ne servirait pas au mieux l'administration de la justice. Quant à la prétention qu'un renouvellement ne pourrait être accordé que si les circonstances décrites à l'al. a) existent, je suis d'avis que cela aussi conduit à une absurdité. Cette conclusion signifie implicitement que les conditions préalables essentielles à l'autorisation ne concernent plus la question du renouvellement et donc la question de savoir si celui-ci sert au mieux l'administration de la justice. Il est certain qu'on a établi la condition de «dernier ressort» à l'art. 178.13 en tenant compte du caractère envahissant de la surveillance électronique et donc de la nécessité d'en restreindre l'application aux seules situations où les autres méthodes d'enquête n'ont pas porté fruit ou lorsque l'urgence de la situation oblige à y recourir. Il serait aberrant de supposer que ces considérations, qui sont si importantes à l'étape de la décision initiale d'autoriser une interception, ne seraient d'aucune importance dans la décision de renouveler l'autorisation. Le fait même que le Parlement ait imposé une condition de renouvelle-

use of electronic surveillance. To hold otherwise is to conclude that it was the intention of Parliament that it might be in the best interests of the administration of justice to permit the continued use of electronic surveillance where other investigative procedures were available or there was no urgency. Though a literal reading of s. 178 could conceivably lead to this conclusion, I find this result to be entirely at odds with the purpose of Part IV.1 of the *Code*.

I would therefore conclude that the notion that obtaining an authorization places a heavier onus on the Crown is chimerical. This conclusion sets the stage for a consideration of what I think is the crucial point in the resolution of this issue, namely the other distinction between authorizations and renewals set out in s. 178.13(4).

As I see it, considerable importance must be accorded the fact that Parliament has specified that different considerations will obtain in the case of an authorization and a renewal. The question confronting a judge faced with a request for a renewal is whether circumstances justify a further invasion of privacy. Section 178.13(3) places on the affiant the obligation to state in clinical detail all that has transpired to that time in the course of the electronic search. As such, the section is well tailored to permit a judge to assess whether an invasion of privacy for which justification existed at one time has become overly prolonged and hence unwarranted. As perceptively noted by D. Watt (now Mr. Justice Watt) in his book, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), either a surfeit or a paucity of evidence may justify a decision to terminate a search. He states, at p. 141:

The furnishing of this information to the judge who will adjudicate upon the application for renewal enables him to consider whether authorized electronic surveillance should continue either upon the footing that it is in the best interests of the administration of justice to do so or

ment, et n'ait pas permis que des autorisations sans réserve accordées, indique certainement que ces considérations feront encore partie intégrante de la décision de permettre le recours à la surveillance électronique. Prétendre le contraire revient à conclure que le Parlement a voulu qu'il puisse être dans les meilleurs intérêts de l'administration de la justice de permettre l'usage permanent de la surveillance électronique lorsque d'autres méthodes d'enquête sont disponibles ou lorsqu'il n'y a pas d'urgence. Bien qu'il soit concevable qu'une interprétation littérale de l'art. 178 puisse conduire à cette conclusion, j'estime que ce résultat est tout à fait contraire à l'objet de la partie IV.1 du *Code*.

Je suis donc d'avis de conclure que l'idée que l'obtention d'une autorisation impose un fardeau plus lourd au ministère public est illusoire. Cette conclusion permet d'examiner ce que j'estime être le point crucial dans la résolution de cette question, c'est-à-dire l'autre distinction entre les autorisations et les renouvellements établie au par. 178.13(4).

Selon moi, une importance considérable doit être accordée au fait que le Parlement a précisé que des considérations différentes vont s'appliquer aux autorisations et aux renouvellements. La question que doit se poser le juge à qui une demande de renouvellement est présentée est de savoir si les circonstances justifient une autre atteinte à la vie privée. Le paragraphe 178.13(3) exige du déposant qu'il révèle dans les menus détails tous les renseignements qui ressortent jusqu'à maintenant de la fouille ou de la perquisition électronique. Comme telle, cette disposition est bien conçue pour permettre à un juge de déterminer si une atteinte à la vie privée, qui était justifiée à un moment donné, s'est prolongée indûment et est ainsi devenue injustifiée. Comme l'a bien saisi D. Watt (maintenant le juge Watt) dans son ouvrage *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), la décision de mettre fin à une fouille ou à une perquisition peut être justifiée par une surabondance ou une pénurie d'éléments de preuve. Il affirme, à la p. 141:

[TRADUCTION] La transmission de ces renseignements au juge qui décidera de la demande de renouvellement lui permet d'examiner si la surveillance électronique autorisée devrait se poursuivre soit parce qu'elle sert au mieux les intérêts de l'administration de la justice soit

upon any of the alternative basis of investigative necessity. The evidence gathered may present such a compelling case for charging [*sic*] all or some of the objects of the order sought to be renewed that the judge upon the renewal application cannot be satisfied on a balance of probabilities that protracted electronic surveillance should occur. At the other end of the spectrum, the evidentiary cupboard may be so barren at the conclusion of the initial period that no sufficient cause exists to continue the court-sponsored activity. The majority of cases fall somewhere in between with the quantum of information acquired and disclosed under section 178.13(3)(b) simply being a factor to be considered in determining whether any of the requisite findings can be properly made.

In my view, it is essential that a decision to renew be made with an eye to the evidence gleaned by the electronic search to the date of the renewal request. The line of authority to the effect that it is not an error to obtain fresh authorizations in the place of renewals acknowledges the importance of this information. But it holds that where new targets are added in the course of an investigation, it would import unnecessary technicality to require the police to renew an existing order and then to seek a separate order each time the scope of the investigation was expanded. This fragmentation can, it has been stated, be prevented through recourse to an all-encompassing authorization; see *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (Ont. C.A.); *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (Ont. C.A.). As for the detailed information called for in s. 178.13(3), the implication is to the effect that this disclosure requirement will be read into the authorization requirements. As the Court of Appeal put it, at p. 758:

In this case, "new targets" were added with each new authorization. The investigation was expanded. It was appropriate, in our opinion, to seek a fresh authorization. No prejudice could result to the respondents. The onus on the Crown when seeking a new authorization is heavier than in obtaining a renewal under s. 178.13(3). Full disclosure of what had previously occurred with respect to the investigation would be required by the authorizing judge before he could be satisfied that it was

pour toute autre raison justifiée par les impératifs de l'enquête. Les éléments de preuve obtenus peuvent justifier à ce point la modification, en totalité ou en partie, des objets de l'ordonnance que l'on veut renouveler que le juge, sur présentation de la demande de renouvellement, ne peut être convaincu selon la prépondérance des probabilités que la surveillance électronique devrait être prolongée. À l'opposé, les éléments de preuve peuvent être tellement stériles à la fin de la période initiale qu'il n'existe aucun motif suffisant de poursuivre l'activité parrainée par la cour. La majorité des décisions s'inscrivent quelque part entre ces deux extrêmes, la quantité de renseignements obtenus et divulgués en vertu de l'al. 178.13(3)(b) étant simplement un facteur à considérer pour déterminer si l'on peut vraiment parvenir à l'une des conclusions requises.

À mon avis, il est essentiel de prendre la décision de renouveler en tenant compte des éléments de preuve obtenus au moyen de la fouille ou de la perquisition électronique à la date de la demande de renouvellement. Le courant de jurisprudence qui porte que l'obtention de nouvelles autorisations au lieu de renouvellements ne constitue pas une erreur reconnaît l'importance de ces renseignements. Mais on y statue que lorsque de nouvelles cibles sont ajoutées au cours d'une enquête, ce serait ajouter des formalités inutiles que d'exiger des policiers qu'ils renouvellent une ordonnance existante et qu'ils demandent ensuite une ordonnance distincte chaque fois que la portée de l'enquête est étendue. On a affirmé que cette fragmentation peut être prévenue par le recours à une autorisation globale; voir *R. v. Vransy, Zikan and Dvorak* (1979), 46 C.C.C. (2d) 14 (C.A. Ont.), *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (C.A. Ont.). Quant aux renseignements détaillés exigés au par. 178.13(3), la conséquence est que cette condition de divulgation sera considérée comme faisant partie des conditions de l'autorisation. Comme la Cour d'appel l'a dit, à la p. 758:

[TRANSDUCTION] En l'espèce, de «nouvelles cibles» ont été ajoutées à chaque nouvelle autorisation. L'enquête a été étendue. À notre avis, il était approprié de demander une nouvelle autorisation. Les intimés ne pouvaient en subir aucun préjudice. Le fardeau du ministère public qui demande une nouvelle autorisation est plus lourd que dans le cas d'un renouvellement en vertu du par. 178.13(3). Une divulgation complète des événements qui se sont produits dans le cadre de l'enquête serait exigée

in the best interests of the administration of justice that the order be made. [Emphasis added.]

I would respectfully decline to follow the above-noted authorities. Concerns with administrative efficacy and limiting paperwork should carry little weight in this matter. Parliament has prescribed that a separate route be taken for authorizations and for renewals, and the very particular requirements flowing from s. 178.13(3) have been carefully tailored to permit a judge to decide whether there is a compelling basis upon which to permit the search to continue. I conclude that s. 178.13(3) takes the form of an important safeguard of the privacy interests that Part IV.1 of the *Code* is designed to protect, and would be loathe to proceed on the assumption that there is somehow a guarantee that a judge issuing an authorization will read in the requirements of s. 178.13(3). In a matter such as this, there can be little room for sanguinity.

By way of illustrating the reasoning that leads me to these conclusions, I turn to the facts of this investigation. The police obtained the first authorization in March 1983. Relying on the "resorted to" clause, they installed intercepts on a number of unspecified locations during the currency of the first authorization. Many of these locations were pay phones. These pay phones are not mentioned in the second authorization (some sixty days after the first), nor are additional intercepts placed during the currency of the second authorization mentioned in the third authorization, again issued some sixty days after the second. As noted by my colleague, it is nevertheless clear that the equipment which the police placed during the first authorization remained in place until the end of the investigation which concluded with the arrests of the appellants in September. In other words, specific intercepts placed pursuant to the police's "resorted to" clause were in place, and their use subject only to the internal restraints of the police for a period of roughly six months. By way of parenthesis, I note that this is not possible where the police place intercepts at places that have been specifically designated in an authorization. This follows from the fact that authorizations are only

par le juge qui accorde l'autorisation avant qu'il puisse être convaincu que l'ordonnance demandée servirait au mieux l'administration de la justice. [Je souligne.]

a En toute déférence, je suis d'avis de ne pas suivre la jurisprudence précitée. Les questions d'efficacité administrative et de minimum de pape-rasse ne devraient pas être des facteurs importants à cet égard. Le Parlement a établi des procédures b distinctes pour les autorisations et les renouvellements, et les conditions toutes particulières découlant du par. 178.13(3) ont été soigneusement établies pour permettre à un juge de décider s'il existe un motif sérieux de prolonger la fouille ou la c perquisition. Je conclus que le par. 178.13(3) sert de garantie importante des droits en matière de vie privée que la partie IV.1 du *Code* vise à protéger et il me répugnerait de supposer qu'il existe une d certaine garantie qu'un juge qui accorde une autorisation considérera comme incluses les conditions du par. 178.13(3). Dans un domaine comme celui-ci, l'optimisme n'a pas sa place.

e Pour illustrer le raisonnement qui m'amène à conclure ainsi, j'examine les faits de cette enquête. Les policiers ont obtenu la première autorisation en mars 1983. S'appuyant sur la clause des «endroits fréquentés», ils ont installé des dispositifs f d'interception dans plusieurs lieux non identifiés au cours de la période de validité de la première autorisation. Plusieurs de ces endroits étaient des téléphones publics. Ces téléphones publics ne sont pas mentionnés dans la deuxième autorisation g (accordée quelque soixante jours après la première), et les dispositifs d'interception supplémentaires installés au cours de la période de validité de la deuxième autorisation ne sont pas mentionnés h dans la troisième autorisation, accordée encore une fois quelque soixante jours après la deuxième. Comme le souligne mon collègue, il est néanmoins certain que le matériel installé par les policiers pendant la période de validité de la première autorisation est resté en place jusqu'à ce que l'enquête i prenne fin avec l'arrestation des appelants en septembre. En d'autres termes, des dispositifs d'interception installés en application de la clause des «endroits fréquentés» par les policiers étaient en j place et leur utilisation n'a été assujettie qu'aux restrictions internes des policiers pendant une

valid for a maximum of sixty days; see s. 178.13(2)(e). For the police to obtain further authority to intercept communications at a place specifically designated in an original authorization, they would have to obtain subsequent authority that specifically mentioned the same place. I can see no reason why they should not have to do the same with regard to communications intercepted pursuant to "resorted to" clauses.

On the basis of the foregoing, I have reached the conclusion that the police should have followed the renewal route in respect of the persons and places contemplated in the first authorization. Accordingly, I would hold that as regards the persons and places contemplated in the first authorization, any evidence gained during the course of the subsequent authorizations is inadmissible. By application of the principle of severance enunciated by this Court in *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, it would, however, follow that the second and third authorizations are valid in respect of the persons and places which were added there, provided that the evidence linking such persons was not itself gained through means inconsistent with these reasons.

Failure to List the Pay Phones

During the course of the investigation, the police, acting on the strength of the "resorted to" clause, placed intercepts on several pay phones. Six of these were tapped during the currency of the first authorization, with an additional five being added during the currency of the second. All eleven telephones were tapped during the currency of the third authorization. When the police applied for new authorizations, they failed to make specific reference to these pay phones. For example, the third authorization contains no specific reference to any of the eleven pay phones. This fact led the

période de six mois environ. Je souligne entre parenthèses que cela n'est pas possible lorsque les policiers installent des dispositifs d'interception dans les lieux qui ont été précisément identifiés dans une autorisation. Cela découle du fait que les autorisations ne sont valides que pour une période maximale de soixante jours; voir l'al. 178.13(2)e). Pour que les policiers obtiennent de nouveau le pouvoir d'intercepter les communications en un lieu précisément identifié dans une première autorisation, ils doivent obtenir une autre autorisation qui mentionnerait précisément le même lieu. Je ne vois aucune raison pour laquelle ils ne devraient pas faire de même à l'égard des communications interceptées en vertu des clauses des «endroits fréquentés».

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les policiers auraient dû procéder par renouvellement à l'égard des personnes et des lieux envisagés dans la première autorisation. Par conséquent, je dirais qu'en ce qui concerne les personnes et les lieux envisagés dans la première autorisation, tout élément de preuve obtenu au cours des autorisations ultérieures est inadmissible. Par application du principe de la divisibilité formulé par notre Cour dans l'arrêt *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, il s'ensuivrait cependant que les deuxième et troisième autorisations sont valides à l'égard des personnes et des lieux qui y ont été ajoutés, pourvu que les éléments de preuve reliant ces personnes n'aient pas eux-mêmes été obtenus par des moyens incompatibles avec les présents motifs.

L'omission de dresser la liste des téléphones publics

Au cours de l'enquête, les policiers, agissant en vertu de la clause des «endroits fréquentés», ont installé des dispositifs d'interception dans plusieurs téléphones publics. Six de ces téléphones ont été mis sur écoute pendant la période de validité de la première autorisation et cinq autres l'ont été pendant la période de validité de la deuxième autorisation. Les onze téléphones publics ont été mis sur écoute pendant la période de validité de la troisième autorisation. Lorsque les policiers ont demandé de nouvelles autorisations, ils n'ont pas mentionné précisément ces téléphones publics. Par

trial judge to hold that the authorizations were invalid. As stated by McMorran Co. Ct. J.:

As I mentioned in the preceding paragraph the 2nd and 3rd Authorizations did not include a description of the "place at which private communications may be intercepted"—see Code Section 178.13(2)(c)—at least insofar as the public pay telephones were concerned, and private communications were being intercepted on some public pay telephones during the 1st Authorization, and others were being intercepted during the 2nd Authorization, and all continued into the period of the 3rd Authorization. This omission strikes at the heart of the validity of the Authorizations and in the result the interceptions were not "lawfully made" within the meaning of Code Section 178.16(1)(a). The Authorizations being invalid on a matter of substance, and not merely "a defect in form or an irregularity in procedure", it follows that any interceptions obtained are inadmissible.

The Court of Appeal disagreed, relying on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449, a decision subsequently affirmed by this Court, [1988] 2 S.C.R. 137. In the opinion of the Court of Appeal, the trial judge erred inasmuch as his inquiry into the question whether the pay phones were known at the time the authorizations were issued amounted to a collateral attack on an authorization that was valid on its face. On the authority of the decision of this Court in *Wilson v. The Queen*, *supra*, the Court of Appeal held that review of an authorization was limited to situations in which there was evidence of fraud and wilful non-disclosure or where there was an order to open the sealed packet.

In dealing with this issue, it is important to scrutinize *Papalia* with some care. In that case, the authorization after referring to specific addresses added in what was described as a "basket clause" that intercepts could be made "at or near such further other locations, both stationary or mobile, for which there are reasonable and probable grounds to believe such locations may be used by any person or persons" described. On the basis of this authorization, the police placed a

exemple, la troisième autorisation ne contient aucune mention précise de l'un ou l'autre des onze téléphones publics. Ce fait a amené le juge du procès à conclure que les autorisations étaient
a invalides. Comme le juge McMorran de la Cour de comté l'a dit:

[TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné à l'alinéa précédent, les deuxième et troisième autorisations ne comportaient pas de description du «lieu où les communications privées pourront être interceptées»—voir le Code, al. 178.13(2)c)—à tout le moins en ce qui concerne les téléphones publics, et des communications privées ont été interceptées dans certains téléphones publics au cours de la première autorisation et d'autres ont été interceptées au cours de la deuxième autorisation et le tout s'est poursuivi au cours de la troisième autorisation. Cette omission porte directement atteinte à la validité des autorisations et, en définitive, les interceptions n'ont pas été «faites légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a) du Code. Les autorisations étant invalides pour une question de fond et non simplement en raison d'un vice de forme ou de procédure, il s'ensuit que les interceptions obtenues sont inadmissibles.

La Cour d'appel n'était pas de cet avis, compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Papalia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 449, confirmé ultérieurement par notre Cour, [1988] 2 R.C.S. 137. Selon la Cour d'appel, le juge du procès a commis une erreur dans la mesure où son analyse de la question de savoir si les téléphones publics étaient connus au moment où les autorisations ont été accordées constituait une contestation indirecte d'une autorisation valide à première vue. Compte tenu de l'arrêt de notre Cour *Wilson c. La Reine*, précité, la Cour d'appel a conclu que le contrôle d'une autorisation était restreint aux situations dans lesquelles il y avait preuve de fraude et d'un refus de divulguer les renseignements ou lorsqu'il y avait ordonnance d'ouvrir le paquet scellé.

Dans l'examen de cette question, il est important d'analyser soigneusement l'arrêt *Papalia*. Dans cet arrêt, après avoir mentionné les adresses spécifiques, l'autorisation ajoutait, dans ce qui était appelé une «clause omnibus», que les interceptions pouvaient être faites [TRADUCTION] «en tous autres lieux, fixes ou mobiles, ou près de ces adresses ou lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils peuvent être utilisés par toute personne» décrite.

“bug” in the accused’s cars. The trial judge found that the police intended to make these interceptions as of the time of their application for the authorizations, but that they had not informed the trial judge of this fact. He, therefore, held the intercepted communications inadmissible because s. 178.12(1)(e) of the *Code* required them to give “a general description of the nature and location of the place, if known”.

The Ontario Court of Appeal reversed the trial judge, not on the substantive issue but on the procedural ground mentioned above: that the authorization was valid on its face, and in proceeding as he did, the trial judge in effect permitted a collateral attack on the order of a superior court judge and this was beyond his jurisdiction.

The case came to this Court as of right and judgment was given by a four-person panel with the consent of the parties. The panel unanimously affirmed the Court of Appeal on the procedural point. This was required by *Wilson, supra*, which has recently been re-affirmed in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. Three members of the Court, however, went on to deal with the substantive issue and held that the trial judge was in error. I did not deal with the issue.

While the holding of my three colleagues is, of course, entitled to the greatest respect, I should observe that it does not constitute a binding decision of this Court. Since the trial judge was without jurisdiction to consider the matter, it follows that this Court was not, in strictness, seized of the issue. The pronouncement, though important, was, therefore, *obiter*, one moreover in which it did not have the benefit of the views of the Court of Appeal. It is thus open for reconsideration. I note that this Court has, in recent years, taken that course even in the face of a larger majority; see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R.*

Compte tenu de cette autorisation, les policiers ont installé des microphones dans les voitures des accusés. Le juge du procès a conclu que les policiers avaient l’intention de faire ces interceptions à l’époque de leur demande d’autorisations, mais qu’ils n’avaient pas avisé le juge du procès de ce fait. Il a donc conclu que les communications interceptées étaient inadmissibles parce que l’al. 178.12(1)e) du *Code* les obligeait à donner «une description générale de la nature et de la situation du lieu, s’il est connu».

La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision du juge du procès, non pas sur la question de fond mais sur la question de procédure déjà mentionnée: savoir que l’autorisation était valide à première vue et qu’en agissant comme il l’a fait le juge du procès a en réalité permis que soit contestée de façon indirecte l’ordonnance d’un juge d’une cour supérieure, ce qui ne relevait pas de sa compétence.

C’est de plein droit que notre Cour a été saisie du pourvoi et le jugement a été rendu par une formation de quatre juges avec le consentement des parties. La formation a confirmé à l’unanimité l’opinion de la Cour d’appel sur la question de procédure. L’arrêt *Wilson*, précité, l’exigeait et il a récemment été confirmé de nouveau dans l’arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764. Trois membres de la Cour ont cependant traité la question de fond et ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur. Je n’avais pas alors examiné cette question.

Bien que la décision de mes trois collègues mérite évidemment le plus grand respect, je tiens à souligner qu’elle ne constitue pas un arrêt de notre Cour qui a force obligatoire. Puisque le juge du procès n’avait pas compétence pour examiner l’affaire, il s’ensuit que notre Cour n’était pas, à proprement parler, saisie de la question. La décision, bien qu’importante, ne constituait donc qu’une opinion incidente et, de surcroît, une opinion incidente dans laquelle la Cour n’avait pas bénéficié du point de vue de la Cour d’appel. Elle peut donc être réexaminée. Je souligne que notre Cour a, au cours des dernières années, adopté ce point de vue même face à une plus grande majorité; voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863,

v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588. I am, therefore, emboldened to give my views on the matter.

I again draw attention to the fact that the *Protection of Privacy Act* originally only required that the authorization describe the place where a private communication could be intercepted when the identity of the person was not known. Parliament, however, clearly set forth in the 1976-77 amendments that the authorization must describe the place of interception if such description can be given whether the person is known or not known. The early approach was thus discarded, and Parliament's clear words require that a description of the place of interception must be given to the judge authorizing the interception where, as it was in the present case, this is possible at the time. The historical backdrop to s. 178.13(2)(c) does not seem to have figured in *Papalia*. But in the face of this sequence of events, I am quite unable to understand how a very general "resorted to" clause can cover specific locations that are already known. This seems to me to fly in the face of Parliament's clearly expressed intention requiring that where electronic invasions of privacy are necessary in the interests of law enforcement, they must be authorized by a judge. I fail to see how the judge can perform his or her role of overseeing the police if the latter can, with impunity, simply not provide the judge with the information required by the Act.

I should say that the implications of *Papalia* for privacy are more serious in other contexts than they were in that case, where the accused's automobiles were "bugged". One's home has been traditionally regarded as one of the most important bastions of privacy. Again, the pay phone, for different reasons, poses a more serious threat to the privacy of Canadians. Interceptions of communications from a pay phone have the potential of invading the privacy of large numbers of individuals who have absolutely no connection with the accused or his crime.

et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588. Je suis donc encouragé à exposer mon opinion sur la question.

J'attire encore une fois l'attention sur le fait qu'à l'origine la *Loi sur la protection de la vie privée* exigeait seulement que l'autorisation décrive le lieu où la communication privée pourrait être interceptée lorsque l'identité de la personne n'était pas connue. Le Parlement a cependant établi clairement dans les modifications de 1976-77 que l'autorisation doit décrire le lieu de l'interception si cette description peut être donnée, que la personne soit connue ou non. La première méthode a donc été écartée et les termes clairs du Parlement exigent qu'une description du lieu de l'interception soit donnée au juge qui autorise l'interception lorsque, comme en l'espèce, cela est possible au moment de l'autorisation. L'historique de l'al. 178.13(2)c ne semble pas avoir été exposé dans l'arrêt *Papalia*. Mais compte tenu de cette suite d'événements, je suis absolument incapable de comprendre comment une clause très générale des «endroits fréquentés» peut viser des lieux précis qui sont déjà connus. À mon sens, c'est faire fi de l'intention que le Parlement a clairement exprimée et qui exige que, lorsque des atteintes à la vie privée au moyen de dispositifs électroniques sont nécessaires pour appliquer la loi, elles doivent être autorisées par un juge. Je ne vois pas comment un juge peut remplir son rôle de surveillance des policiers si ceux-ci peuvent simplement, sans impunité, ne pas divulguer au juge les renseignements requis par la Loi.

Il convient de dire que les incidences de l'arrêt *Papalia* en matière de vie privée sont plus graves dans d'autres contextes que dans cet arrêt où des microphones avaient été installés dans les voitures des accusés. Traditionnellement, le domicile d'une personne a toujours été considéré comme l'un des plus importants bastions de la vie privée. Encore une fois, pour des raisons différentes, le téléphone public pose une menace plus grave à la vie privée des Canadiens. Les interceptions de communications à partir d'un téléphone public peuvent porter atteinte à la vie privée de nombreuses personnes qui n'ont absolument rien à voir avec l'accusé ou son crime.

Finally, while there are some, though somewhat marginal, differences from a policy perspective, I have difficulty, from the standpoint of statutory interpretation, in distinguishing *Papalia* from *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148, decided subsequent to *Papalia*. There it was held that a person who was known at the time the authorization was granted could not fall within a basket clause that would otherwise have covered the accused, by virtue of the operation of s. 178.12(1)(e).

For these reasons, I would hold the information obtained from the pay phones known at the time of the second and third authorizations, respectively, inadmissible.

But even if one were not prepared to review the issues considered by my colleagues in *Papalia*, other considerations compel its re-examination. It must be underlined that in *Papalia*, the Court was not called upon to apply the *Charter*. This has become all the more significant since the decision of this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, where it was held that the exercise of a discretion granted under an Act must be read so as to conform to *Charter* obligations. I turn then to the *Charter* implications.

As I indicated in discussing the application of the *Charter* to "resorted to" clauses generally, the *Hunter v. Southam* test requires, where feasible, authorization by a judicial officer before an interception is made. There is no question that it was feasible in this case for the police to supply the information regarding the pay phones they had already "bugged" when they applied for the second and third authorizations. At that time, the police knew they intended to continue to intercept the communications at those pay phones. If we are to give the s. 8 standard as expounded in *Hunter v. Southam* more than lip service in this context, all the proposed places of interception known to the police when an application for an authorization is made must be described in reasonably specific terms. If a place is intercepted under a "resorted to" clause following that authorization, it must similarly be described in any subsequent authori-

Enfin, même s'il y a certaines différences, pour négligeables qu'elles soient, sur le plan des principes, j'éprouve de la difficulté à distinguer, sur le plan de l'interprétation législative, l'arrêt *Papalia* de l'arrêt *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148, rendu à la suite de l'arrêt *Papalia*. Dans l'arrêt *Chesson*, on a décidé qu'une personne qui est connue au moment où l'autorisation est accordée ne peut être visée par une clause omnibus qui aurait autrement visée l'accusé, par application de l'al. 178.12(1)e).

Pour ces motifs, je suis d'avis de décider que les renseignements obtenus dans les téléphones publics connus à l'époque de la deuxième et de la troisième autorisations respectivement, sont inadmissibles.

Mais même si l'on n'avait pas l'intention de revoir les questions examinées par mes collègues dans l'arrêt *Papalia*, d'autres considérations nous obligent à le faire. Il faut souligner que dans l'arrêt *Papalia*, la Cour n'était pas appelée à appliquer la *Charte*. Cela est devenu encore plus important depuis l'arrêt de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, où on a décidé que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré en vertu d'une loi doit être interprété de manière à être conforme aux obligations prévues par la *Charte*. J'examine donc les incidences de la *Charte*.

Comme je l'ai indiqué dans l'examen de l'application de la *Charte* aux clauses des «endroits fréquentés» en général, le critère de l'arrêt *Hunter c. Southam* exige, lorsque cela est possible, d'obtenir l'autorisation d'un officier de justice avant qu'une interception ait lieu. Il est incontestable que les policiers pouvaient en l'espèce fournir les renseignements concernant les téléphones publics dans lesquels un dispositif d'interception avait déjà été mis en place lorsqu'ils ont demandé les deuxième et troisième autorisations. À ce moment-là, les policiers savaient qu'ils avaient l'intention de continuer à intercepter les communications dans ces téléphones publics. Si nous voulons accorder à la norme de l'art. 8, telle qu'elle est formulée dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, un véritable effet dans ce contexte, tous les lieux connus où les policiers se proposent d'intercepter des communications lorsqu'une demande d'autorisation est présentée doi-

zation or renewal. It is incumbent on the police, as agents of the state, to supply this information. Otherwise, I do not see how judges can be said to have the information necessary for them to act judicially as required by *Hunter v. Southam* in performing their high duties under the Constitution. To permit the police to act in this way has the potential to reduce the standard in *Hunter v. Southam* to a grandiose but largely empty statement; eloquent but lacking essential structural underpinnings. The standard is only as good as the information that is placed before the judge.

How seriously that can affect the workings of the laws enacted by Parliament for the protection of privacy is evident, as we saw, from the fact that the intercepts at the pay phones continued for six months without knowledge and, therefore, without specific authorization by the judge, while specific authorizations continue only for two months, unless specifically renewed. This is especially disconcerting given that the non-specifically authorized intercepts at issue in this case were pay phones, which affect the privacy of communications of large numbers of people who have absolutely no connection with the matter under investigation. The effect is that the police by this means are permitted to electronically intercept private communications for a protracted period in their discretion without specific authorization by a judge even when it is feasible to do so. This, of course, circumvents the policy clearly evident from a reading of Part IV.1 of the *Code*. But more important, it fails to conform to the requirement in *Hunter v. Southam* that a search and seizure requires pre-authorization by a judicial officer where this is feasible. It follows that the failure of the police to inform the trial judge of the information regarding the pay phones taints the authorizations issued when the police had this information,

vent être décrits en des termes raisonnablement précis. Si, à la suite de cette autorisation, un lieu est visé par l'interception en vertu d'une clause des «endroits fréquentés», ce lieu doit de même être décrit dans toute autorisation ultérieure ou tout renouvellement. Il incombe aux policiers, comme mandataires de l'État, de fournir ces renseignements. Autrement, je ne vois pas comment l'on pourrait dire que les juges disposent des renseignements nécessaires pour agir judiciairement, comme l'exige l'arrêt *Hunter c. Southam*, dans l'exécution de leurs fonctions importantes en vertu de la Constitution. Permettre aux policiers d'agir de cette façon risque de ramener la norme de l'arrêt *Hunter c. Southam* à une affirmation grandiose mais en majeure partie dénuée de sens, éloquente mais à laquelle il manque les éléments essentiels sous-jacents. La valeur de la norme est fonction des renseignements présentés au juge.

La mesure dans laquelle cela peut porter atteinte à l'application des lois adoptées par le Parlement pour protéger la vie privée ressort clairement, comme nous l'avons vu, du fait que les interceptions dans les téléphones publics se sont poursuivies pendant six mois sans que le juge le sache et donc sans son autorisation précise, alors que des autorisations précises ne sont valides que pour deux mois à moins d'être expressément renouvelées. Cela est particulièrement déconcertant compte tenu du fait que les interceptions non autorisées précisément en l'espèce ont eu lieu dans des téléphones publics, ce qui porte atteinte au caractère privé des communications d'un grand nombre de personnes qui n'ont absolument aucun lien avec l'objet de l'enquête. L'effet est d'ainsi permettre aux policiers de pratiquer l'interception électronique de communications privées pendant une très longue période à leur gré et sans l'autorisation précise d'un juge même lorsqu'il est possible de l'obtenir. Il va de soi que cela contourne la politique qui ressort clairement d'une lecture de la partie IV.1 du *Code*. Mais qui plus est, cela n'est pas conforme à l'exigence de l'arrêt *Hunter c. Southam* selon laquelle une fouille, une perquisition et une saisie nécessitent préalablement une autorisation d'un officier de justice lorsque cela est possible. Il s'ensuit que l'omission des policiers d'informer le juge du procès des renseignements

and these authorizations thus offend against s. 8 of the *Charter*.

I am aware, of course, that the power of the courts at common law to look behind the authorization is extremely limited; see *Wilson v. The Queen, supra*. However, the Court in *Wilson* was not addressing a constitutional issue. Here, however, we are concerned with a breach, not of a statute, but of the Constitution. Under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the courts are endowed with the power to declare any law inconsistent with the Constitution to be of no effect, and under s. 24(1) of the *Charter* a court of competent jurisdiction is empowered to give an appropriate remedy to anyone whose *Charter* rights have been abridged. It would frustrate the operation of these provisions, and thus the Constitution, if the courts could not take the steps necessary to give life to the Constitution. I refer in this context to the approach taken in *R. v. Playford, supra*.

Surreptitious Entry

On this issue, I agree with Sopinka J. but I would like to add some observations of my own. As I view it, an authorization issued pursuant to s. 178.13(1) is, without more, determinative, from a constitutional perspective, solely of the very narrow question whether, in given circumstances, an individual's reasonable expectation of privacy with respect to his private communications should yield to the state's interest in law enforcement. A determination of this question in favour of the state should not automatically be regarded as bringing in its train the conclusion that all other aspects of privacy protected by s. 8 also yield.

The focus of the inquiry then becomes that of determining whether there is a meaningful distinction between the breach of privacy occasioned by an interception accompanied by surreptitious entry and one that is not so accompanied. I take it to be clear that surreptitious entry strikes at a right that,

concernant les téléphones publics vicie les autorisations accordées lorsque les policiers détiennent ces renseignements, et ces autorisations contreviennent donc à l'art. 8 de la *Charte*.

^a Je suis évidemment conscient qu'en common law le pouvoir des tribunaux de vérifier l'autorisation est extrêmement limité; voir l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité. Cependant, dans l'arrêt *Wilson*, la Cour n'examinait pas une question constitutionnelle. En l'espèce, il ne s'agit pas d'une violation d'une loi mais d'une violation de la Constitution. En vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux ont le pouvoir de déclarer inopérante toute règle de droit incompatible avec la Constitution et, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un tribunal compétent a le pouvoir d'accorder une réparation convenable à toute personne victime de violation des droits que lui reconnaît la *Charte*. Les tribunaux entraveraient l'application de ces dispositions, et donc de la Constitution, s'ils ne prenaient pas les mesures nécessaires pour donner vie à la Constitution. À cet égard, je mentionne l'interprétation retenue dans l'arrêt *R. v. Playford*, précité.

L'entrée clandestine

^f Sur cette question, je partage l'avis du juge Sopinka mais j'aimerais ajouter certaines observations. À mon avis, une autorisation accordée conformément au par. 178.13(1) est, sans plus, déterminante, du point de vue constitutionnel, quant à la seule question très restreinte de savoir si, dans des circonstances données, l'attente raisonnable qu'a une personne en matière de protection de son droit à la vie privée en ce qui concerne ses communications devrait céder le pas à l'intérêt qu'a l'État à ce que la loi soit appliquée. Il ne s'ensuit pas automatiquement qu'une décision rendue en faveur de l'État à cet égard permet de conclure que tous les autres aspects de la vie privée protégés par l'art. 8 doivent également céder le pas.

L'analyse porte donc sur la question de savoir s'il existe une distinction significative entre la violation de la vie privée par suite d'une interception assortie d'une entrée clandestine et la violation qui n'est pas assortie d'une entrée clandestine. J'estime qu'il est clair que l'entrée clandestine porte

though bound up to some degree with the privacy rights protected by Part IV.1 of the *Code*, is nevertheless an independent and distinct right: the right to be secure in one's home from warrantless searches; see my remarks on this point in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at pp. 167 *et seq.* The distinction was eloquently put by Brennan J. in his dissenting judgment in *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), at pp. 259-60:

Breaking and entering into private premises for the purpose of planting a bug cannot be characterized as a mere mode of warrant execution to be left to the discretion of the executing officer. See *ante*, at 257. The practice entails an invasion of privacy of constitutional significance distinct from that which attends nontrespassory surveillance; indeed, it is tantamount to an independent search and seizure. First, rooms may be bugged without the need for surreptitious entry and physical invasion of private premises. See *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427, 467-468 (1963) (BRENNAN, J., dissenting). Second, covert entry, a practice condemned long before we condemned unwarranted eavesdropping, see *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961), breaches physical as well as conversational privacy. The home or office itself, that "inviolable place which is a man's castle," *id.*, at 512 n. 4, is invaded. Third, the practice is particularly intrusive and susceptible to abuse since it leaves naked to the hands and eyes of government agents items beyond the reach of simple eavesdropping.

Given that two distinct constitutionally protected interests are engaged when surreptitious entry is effected pursuant to an authorization to intercept private communications, it follows that invasion of either right should be countenanced solely on the basis of the criteria in *Hunter v. Southam*, *supra*. This would not follow if the infringement of one right ineluctably entailed the infringement of the other. But that is not the case. Accordingly, I agree with my colleague that the authorizing judge must be placed in a position to consider the matter.

atteinte à un droit qui, bien que relié d'une certaine façon aux droits à la vie privée protégés par la partie IV.1 du *Code*, est néanmoins un droit indépendant et distinct: le droit d'être protégé chez soi contre les fouilles et les perquisitions sans mandat; voir mes observations sur ce point dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, aux pp. 167 et suiv. Le juge Brennan a exposé cette distinction d'une manière éloquent dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'affaire *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979), aux pp. 259 et 260:

[TRADUCTION] L'introduction par effraction dans des lieux privés en vue d'installer un dispositif d'écoute ne peut être qualifiée de simple mode d'exécution d'un mandat qui relève de la discrétion des responsables de son exécution. Voir ce qui précède, à la p. 257. La pratique comporte une atteinte à la vie privée d'une importance constitutionnelle distincte de celle que comporte la surveillance sans intrusion; en effet, elle équivaut à une fouille ou à une perquisition et une saisie indépendantes. Premièrement, il est possible de placer des dispositifs dans des pièces sans entrer clandestinement et physiquement dans des lieux privés. Voir l'arrêt *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427, 467 et 468 (1963) (le juge BRENNAN, dissident). Deuxièmement, l'entrée clandestine, une pratique condamnée bien avant que nous condamnions l'écoute injustifiée, voir l'arrêt *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961), viole le droit à la vie privée tant sur le plan matériel que sur le plan des conversations. Le domicile ou le bureau lui-même, ce «lieu inviolable qui est le château d'un homme», *id.*, à la p. 512, n. 4, est violé. Troisièmement, la pratique est particulièrement envahissante et susceptible d'abus puisqu'elle laisse entre les mains et expose aux yeux de mandataires du gouvernement des éléments auxquels ne donne pas accès la simple écoute.

Puisque deux droits distincts protégés par la Constitution sont en cause lorsqu'il y a entrée clandestine en application d'une autorisation d'intercepter des communications privées, il s'ensuit que la violation de l'un ou l'autre de ces droits ne devrait être admise qu'en fonction du critère de l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité. Il n'en serait pas ainsi si la violation de l'un des droits entraînait inexorablement la violation de l'autre. Mais ce n'est pas le cas. Par conséquent, je partage l'avis de mon collègue que le juge qui accorde l'autorisation doit être en mesure d'examiner la question.

Disposition

Despite the grave and repeated breaches of the *Charter* in the present case, it would, if this were all, have been necessary to consider whether the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute. But I am spared that task because Parliament has exercised its judgment on how such evidence should be treated where it has been obtained, as in my view it was in this case, in violation of the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. Section 178.16 makes such evidence inadmissible.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and restore the acquittals.

Appeal dismissed, WILSON and LA FOREST JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants Thompson and Cromwell: Sidney B. Simons, Vancouver.

Solicitors for the appellants Rosen and McDonald: McCrea, Paul & Long, Vancouver.

Solicitor for the appellant Auld: Patrick A. Good, Vancouver.

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

Dispositif

Malgré les violations graves et répétées de la *Charte* en l'espèce, il aurait fallu, s'il n'y avait eu que ces violations, déterminer si l'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Mais je n'ai pas à le faire parce que le Parlement a exercé son jugement sur la façon dont cette preuve devrait être traitée lorsqu'elle a été obtenue, comme j'estime que c'est le cas en l'espèce, en violation des dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel*. L'article 178.16 rend cette preuve inadmissible.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir les acquittements.

Pourvoi rejeté, les juges WILSON et LA FOREST sont dissidents.

Procureur des appelants Thompson et Cromwell: Sidney B. Simons, Vancouver.

Procureurs des appelants Rosen et McDonald: McCrea, Paul & Long, Vancouver.

Procureur de l'appellant Auld: Patrick A. Good, Vancouver.

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