

**Sydney Rosen Appellant;**

and

**Her Majesty The Queen Respondent.**

1979: February 7; 1979: December 21.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Conspiracy to defraud the public — Evidence — Unauthorized wiretap — Admissibility — Ex post facto consent — Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).*

*Evidence — Wiretap — Unauthorized interception — Ex post facto consent — Criminal Code, ss. 178.11(2)(a), 178.16(1), 338(1), 423(1)(d).*

Appellant, with others, was charged with conspiracy to defraud the public of money or valuable securities through a deceitful distribution of the shares of Somed Mines Limited contrary to s. 423(1)(d) and s. 338(1) of the *Criminal Code*. The Crown tendered wiretap evidence of private conversations between appellant and three other conspirators, B., S. and L., who had originally been co-accused. The Crown relied on the express consents of these three individuals to render the evidence admissible under s. 178.16(1)(b) of the *Code*. No attempt was made to prove that the wiretaps were judicially authorized. The consents had been obtained only four days prior to appellant's trial and long after the interceptions had been made. Subsequent to giving their consent, B., S. and L. pleaded guilty to the charge of conspiracy to defraud. Each was fined and placed on probation. It was a term of the probation order that they be available for appellant's trial. All three gave evidence but each testified under cross-examination that the fear of jail was the governing factor in his decision to consent to the admission of the wiretap evidence. The trial judge ruled that the consents rendered the evidence admissible and appellant was convicted. His appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed without written or recorded reasons. On further appeal, appellant raised three points: first, that a consent under s. 178.16(1)(b) must, to be effective, be obtained prior to the interception; second, that evidence of interceptions not lawfully made and rendered admissible only by a consent or consents under s. 178.16(1)(b) could be admissible only against a consenter and third, that any consent must be

**Sydney Rosen Appellant;**

et

**Sa Majesté La Reine Intimée.**

1979: 7 février; 1979: 21 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre.

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

*Droit criminel — Complot pour frustrer le public — Preuve — Ecoute électronique non autorisée — Admissibilité — Consentement ex post facto — Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1)d).*

*Preuve — Ecoute électronique — Interception non autorisée — Consentement ex post facto — Code criminel, art. 178.11(2)a), 178.16(1), 338(1), 423(1)d).*

L'appelant, avec d'autres personnes, a été accusé de complot pour frustrer le public d'argent ou de valeurs par une distribution dolosive des actions de Somed Mines Limited contrairement à l'al. 423(1)d) et au par. 338(1) du *Code criminel*. Le ministère public a produit en preuve l'interception de conversations privées entre l'appelant et trois autres conspirateurs, B., S. et L., qui avaient d'abord été coaccusés. Le ministère public s'appuie sur les consentements exprès de ces trois personnes pour rendre la preuve admissible conformément à l'al. 178.16(1)b) du *Code*. On n'a pas tenté de prouver que les interceptions avaient été autorisées judiciairement. Les consentements ont été obtenus quatre jours seulement avant le procès de l'appelant et bien après que les interceptions eurent été faites. Après avoir donné leur consentement, B., S., et L. ont plaidé coupable à l'accusation de complot pour frustrer le public. Chacun s'est vu imposer une amende et placé en probation. Une condition de l'ordonnance de probation était d'être disponible pour le procès de l'appelant. Ils ont tous trois témoigné, mais en contre-interrogatoire, ils ont tous déclaré que la crainte de l'emprisonnement avait été le facteur principal de leur décision de consentir à l'admission en preuve de l'interception. Le juge du procès a décidé que les consentements rendaient la preuve admissible et l'appelant a été déclaré coupable. Son appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté sans motifs écrits ou consignés. Au pourvoi subséquent, l'appelant a soulevé trois points: premièrement, qu'un consentement donné conformément à l'al. 178.16(1)b) doit, pour être valide, être obtenu avant l'interception; deuxièmement,

freely given and not induced by any promise or threat by the Crown.

*Held* (Laskin C.J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.:* While a consent to admission in evidence under s. 178.11(2)(a) must precede the interception, the consent under s. 178.16(1)(b) serves a different purpose, namely, to permit the use in evidence of an interception unlawfully made, *i.e.* without consent. In the case of s. 178.16(1)(b), the consent therefore can be procured after the interception and up to the time that the evidence is tendered.

The second point raised has not previously been dealt with in this Court but was dealt with, and correctly so, in *R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (Ont. H.C.), which rejected the proposition that the evidence could be received only against the consenter. As there stated, the words of s. 178.16 are unambiguous. It is not appropriate to introduce unnecessary words into the section which are not required to clarify any ambiguity.

Finally, while the consent must be given voluntarily, in the sense of not being the result of coercion, and must be the conscious act of the consenter, the consent will not be vitiated because the motives for it may be selfish or even reprehensible. The requirements governing the admission of confessions do not apply to the consents here, under s. 178.16(1)(b) where the consenter is consenting to the use of tapes or other recordings which have been previously recorded and which he cannot change. This is very different from agreeing to make a statement which could be invented or to giving evidence *in futuro* which could be coloured in the hope of reward or benefit.

*Per Laskin C.J., dissenting:* A common law rule that has long prevailed in Canada is that evidence relevant to the issues in a criminal matter is admissible even if illegally obtained. The issue here, however, is the admissibility of evidence of illegally intercepted private conversations in the face of a statutory code for the protection of privacy. The majority of this Court have here held that s. 178.16(1)(b) of the *Code* must be taken to embrace *ex post facto* consent where the interception was originally unlawful, since s. 178.16(1)(a) removes the exclusion where the interception was originally lawful, thus applying the rule of construction that

que la preuve d'interceptions illégalement faites et qui ne sont rendues admissibles que par un ou des consentements en vertu de l'al. 178.16(1)b) n'est admissible que contre une personne qui y a consenti et troisièmement, que tout consentement doit être donné librement et ne doit pas être obtenu par une promesse ou une menace de la part du ministère public.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin est dissident): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre:* Alors qu'un consentement à l'admission en preuve visé à l'al. 178.11(2)a) doit précéder l'interception, celui visé à l'al. 178.16(1)b) sert une fin différente, soit de permettre l'utilisation en preuve d'une interception faite illégalement, c.-à-d. sans consentement. Dans le cas de l'al. 178.16(1)b), le consentement peut donc être obtenu après l'interception jusqu'au moment où la preuve est produite.

Le deuxième point soulevé n'a pas encore été examiné par cette Cour, mais il a été correctement tranché dans *R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (H.C. Ont.), où la proposition que la preuve ne pouvait être admise que contre celui qui y avait consenti a été rejetée. Comme cela y est dit, les termes de l'art. 178.16 ne sont pas ambigus. Il ne faut pas introduire dans l'article des termes superflus qui ne sont pas nécessaires pour clarifier quelque ambiguïté.

Enfin, bien que le consentement doive être donné volontairement, en ce sens qu'il n'est pas le résultat de la contrainte et qu'il doive s'agir de l'acte conscient de la personne qui consent, il ne sera pas invalidé parce que les motifs peuvent en être égoïstes ou même répréhensibles. Les exigences qui régissent l'admission de confessions ne s'appliquent pas aux consentements en l'espèce, visés à l'al. 178.16(1)b) où la personne qui consent, consent à l'utilisation de bandes magnétiques ou d'autres enregistrements qui existent déjà et qu'elle ne peut modifier. C'est très différent d'accepter de faire une déclaration qui pourrait être inventée ou de rendre un témoignage dans l'avenir qui pourrait être faussé dans l'espoir d'un avantage ou d'une récompense.

*Le juge en chef Laskin, dissident:* Une règle de *common law* qui prévaut depuis longtemps au Canada est qu'une preuve pertinente aux questions en litige dans un procès au criminel est admissible quoique obtenue illégalement. La question en l'espèce, cependant, est l'admissibilité en preuve de conversations privées interceptées illégalement, compte tenu d'un code législatif sur la protection de la vie privée. Cette Cour à la majorité a décidé ici que l'al. 178.16(1)b) du *Code* doit être interprété comme englobant un consentement *ex post facto* à une interception illégale à l'origine puisque l'al. 178.16(1)a) écarte l'exclusion lorsque l'interception

redundancy is not generally to be countenanced when assessing parts of a statute or of a single section, and that the various words must be given subject matter. On the assumption that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) cover both judicial authorization and prior consent to an interception (an assumption challenged in the dissent in *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976), it is difficult to escape the conclusion that to give subject matter to s. 178.16(1)(b) it must be taken to envisage *ex post facto* consents. Whether such a consent makes the illegally intercepted evidence admissible against anyone other than the consenter is more questionable. The case should nonetheless be disposed of by ordering a new trial on another ground, namely, the inducement to give the *ex post facto* consent by a promise of leniency which excluded imprisonment and which was redeemed. Such a situation is indistinguishable from the rule in confession cases even though here the conversation is already at hand and is not itself induced. There is no difference in principle between a promise of benefit to obtain an inculpatory statement and a promise of benefit to make the fruits of an illegal interception admissible by extracting a consent on the faith of the promise. Indeed the situation here is more compelling for the rule which should be applied because this is a case of saving one's own skin at the expense of another who is powerless, if a different rule is adopted, to maintain the privacy of what he believed to be a private conversation.

[*R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (Ont. H.C.) applied; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Attorney General of Quebec v. Bégin*, [1955] S.C.R. 593; *In re Validity of s. 92(4) of The Vehicles Act 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *R. v. Dass*, [1978] 3 W.W.R. 762, aff'd on another point [1979] 4 W.W.R. 97, further leave to appeal refused; *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing without written or recorded reasons an appeal from a conviction, based on the evidence of illegally intercepted conversations, for conspiracy to defraud through a deceitful distribution of shares. Appeal dismissed, Laskin C.J. dissenting.

est légale à l'origine. On applique donc la règle d'interprétation voulant que dans l'examen de parties d'une loi ou d'un article seulement, la redondance ne doit généralement pas être encouragée et que les différents termes doivent avoir un objet. En supposant que les termes «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) renvoient à la fois à une interception autorisée judiciairement à une interception de consentement préalable (postulat mis en doute dans la dissidence dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976), il est difficile de ne pas conclure que, pour donner un objet à l'al. 178.16(1)b), il faut l'interpréter comme envisageant des consentements *ex post facto*. Il est plus discutable que pareils consentements rendent la preuve, interceptée illégalement, admissible contre une autre personne que celle qui consent. Le pourvoi doit néanmoins être tranché en ordonnant un nouveau procès pour un autre motif, savoir, l'incitation à donner un consentement *ex post facto* au moyen d'une promesse d'indulgence qui excluait l'emprisonnement et qui a été remplie. Pareille situation ne peut être distinguée de la règle applicable dans les cas de confession même si en l'espèce la conversation est déjà disponible et n'est pas elle-même extorquée. Il n'y a pas de différence de principe entre une promesse d'avantage pour obtenir une déclaration incriminante et une promesse d'avantage pour rendre les fruits d'une interception illégale admissibles en obtenant un consentement sur la foi de la promesse. En fait, la situation en l'espèce requiert d'autant plus l'application de la règle parce qu'il s'agit d'un cas où on sauve sa propre peau aux dépens d'un autre qui est impuissant, si l'on adopte une règle différente, à maintenir le caractère privé de ce qu'il croyait être une conversation privée.

[Jurisprudence: *R. v. Demeter* (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (H.C. Ont.), arrêt suivi; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262; *Procureur général du Québec c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Renvoi relatif à la validité du par. 92(4) de The Vehicles Act 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *R. v. Dass*, [1978] 3 W.W.R. 762, conf. sur un autre point [1979] 4 W.W.R. 97, autorisation de se pourvoir refusée; *Walker c. Le Roi*, [1939] R.C.S. 214.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté sans motifs écrits ou consignés un appel interjeté d'une déclaration de culpabilité de complot pour frustrer le public par une distribution dolosive d'actions, condamnation fondée sur la preuve de conversations illégalement interceptées. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin étant dissident.

*C. R. Thomson, Q.C., and R. G. MacKenzie*, for the appellant.

*Douglas C. Hunt*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—A common law rule that has long prevailed in this country is that evidence which is relevant to the issues in a criminal trial is admissible although obtained illegally as by the commission of an offence. The rule has prevailed under the majority decision of this Court in *R. v. Wray*<sup>1</sup>, against the attempted exercise of discretion by a trial judge to exclude evidence obtained by very disreputable means. It has prevailed, under the majority decision of this Court in *Hogan v. The Queen*<sup>2</sup>, against the imperatives of the *Canadian Bill of Rights*. What is in issue here is the admissibility of evidence of illegally intercepted private conversations in the face of a statutory code for the protection of privacy. The common law rule is said to have been embedded in a statutory provision under which the illegally obtained evidence becomes admissible against an accused upon the *ex post facto* consent of others who are, moreover, moved to give their consent by a Crown promise of benefit, that being not to be imprisoned upon a plea of guilty to a conspiracy to defraud with which they were charged along with the accused. In the present case, the promise was kept when these co-accused, dealt with separately, were fined and put on probation, one of the terms being that they testify at accused's trial. This they did.

It is unfortunate that the conviction of the accused after trial by jury, based on the evidence of the illegally intercepted conversations, was affirmed by the Ontario Court of Appeal without written or recorded reasons. The present case is the first to reach this Court on the facts which I have recited. It raises for me some fundamental questions referable to the construction and application of the statutory language in which privacy is dealt with under the *Criminal Code*, and referable also to the need for clearer or more precise drafting of provisions which now appear,

*C. R. Thomson, c.r., et R. G. MacKenzie*, pour l'appelant.

*Douglas C. Hunt*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Une règle de *common law* qui prévaut depuis longtemps au Canada est qu'une preuve pertinente aux questions en litige dans un procès au criminel est admissible quoique obtenue illégalement, par exemple par la perpétration d'une infraction. Cette Cour à la majorité a fait prévaloir la règle dans l'arrêt *R. c. Wray*<sup>1</sup>, contre la tentative par un juge de première instance d'exclure une preuve obtenue par des moyens fort peu recommandables. Cette Cour à la majorité l'a fait prévaloir dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*<sup>2</sup>, à l'encontre des prescriptions de la *Déclaration canadienne des droits*. Ce qui est contesté ici c'est l'admissibilité en preuve de conversations privées interceptées illégalement, compte tenu d'un code législatif sur la protection de la vie privée. On a fait valoir que la règle de *common law* a été cristallisée dans une disposition en vertu de laquelle une preuve obtenue illégalement devient admissible contre un accusé du consentement *ex post facto* d'autres personnes qui ont de plus été induites à y consentir par la promesse d'un avantage faite par le ministère public, soit de ne pas être emprisonnées si elles plaident coupables à une accusation de complot pour frustrer le public dont l'accusé et elles étaient inculpés. En l'espèce, la promesse a été tenue et les coaccusés, lors d'un procès séparé, ont été condamnés à une amende et mis en probation, dont l'une des conditions était de témoigner au procès de l'accusé. Ce qu'ils ont fait.

Il est malheureux que la Cour d'appel de l'Ontario ait confirmé sans motifs écrits ou consignés la déclaration de culpabilité de l'accusé prononcée au terme d'un procès devant jury et fondée sur la preuve des conversations interceptées illégalement. La présente affaire est la première portant sur des faits de cette nature qui soit soumise à cette Cour. Elle soulève quant à moi des questions fondamentales relativement à l'interprétation et à l'application des termes employés dans les dispositions du *Code criminel* sur la protection de la vie privée et relativement au besoin d'une rédaction plus claire

<sup>1</sup> [1971] S.C.R. 272.

<sup>2</sup> [1975] 2 S.C.R. 574.

<sup>1</sup> [1971] R.C.S. 272.

<sup>2</sup> [1975] 2 R.C.S. 574.

under the reasons of McIntyre J. endorsed by the other members of the Court, to have given *carte blanche* to the prosecution not only to ignore illegality in the interception of private conversations (since the likelihood of prosecution is remote), but also to cure inadmissibility by promises of benefit to parties to the conversations if they would consent to their use against an accused with whom the conversations were carried on.

The provisions of the *Criminal Code* respecting protection of privacy start with s. 178.1 and are headed "Invasion of Privacy: Interception of Communications". For present purposes I need only refer to the relevant provisions of ss. 178.11 and 178.16 as they were at the material time. They are as follows:

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

(2) Subsection (1) does not apply to

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

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

(a) the interception was lawfully made; or

(b) the originator of the private communication or the person intended by the originator thereof to receive it has expressly consented to the admission thereof.

It is the fact that no previous consent, as is stipulated by s. 178.11(2)(a), was obtained for the interceptions in this case nor was any evidence adduced to show that judicial authorization was

ou plus précise de dispositions qui maintenant, vu les motifs du juge McIntyre endossés par les autres membres de la Cour, semblent donner carte blanche à la poursuite non seulement pour faire fi de l'illégalité de l'interception de conversations privées (la probabilité de poursuite étant faible), mais également pour remédier à l'inadmissibilité au moyen de promesses d'avantages aux parties aux conversations si elles consentent à ce que celles-ci soient utilisées contre un accusé qui y était aussi partie.

Les dispositions du *Code criminel* sur la protection de la vie privée commencent à l'art. 178.1 et sont intitulées «Atteintes à la vie privée: Interception de communications». Aux fins des présents motifs, il me suffit de citer les dispositions pertinentes des art. 178.11 et 178.16 en vigueur à l'époque en cause. Elles se lisaien comme suit:

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

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

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

b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles 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.

Il est établi qu'aucun consentement préalable, comme l'exige l'al. 178.11(2)a), n'a été obtenu pour les présentes interceptions et aucune preuve n'a été produite non plus démontrant qu'une auto-

previously sought as envisaged by s. 178.11(2)(b). The submission of the Crown, accepted below and by McIntyre J., is that the exclusion declared by the opening words of s. 178.16(1) is removed in this case under s. 178.16(1)(b) which must be taken to embrace *ex post facto* consent where the interception was originally unlawful since s. 178.16(1)(a) removes the exclusion where the interception was originally lawful. The rule of construction that is applied is that redundancy is not generally to be countenanced when assessing parts of a statute or of a single section, and the various words must be given subject matter.

On the assumption that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) cover both judicial authorization and prior consent to an interception (an assumption which I challenge in my reasons in *Goldman v. The Queen*<sup>3</sup>, issued concurrently with those in this case) it is difficult to escape the conclusion that to give subject matter to s. 178.16(1)(b) it must be taken to envisage *ex post facto* consents. It is to me more questionable, however, whether such a consent makes the evidence of the illegally intercepted conversation admissible against anyone other than the person consenting. It is one thing to immunize a person from liability under s. 178.11(2)(a) where he has the prior consent to intercept either from the originator or intended recipient of the communication or conversation. It is a different thing, a more serious departure from the policy to give protection to private communications, to permit A. to make an illegally intercepted communication between him and B. admissible against the latter by A.'s *ex post facto* consent.

Nonetheless, I would dispose of this case by ordering a new trial on another ground, namely, the inducement to give *ex post facto* consent by a promise of leniency which excluded imprisonment and which was redeemed. I cannot distinguish such a situation from the rule in confession cases even though here the intercepted conversation is

risation judiciaire a été préalablement demandée comme le prévoit l'al. 178.11(2)b). La prétention du ministère public, acceptée par les cours d'instance inférieure et par le juge McIntyre, est que l'exclusion prévue par la première partie du par. 178.16(1) est écartée en l'espèce par l'al. 178.16(1)b), qui doit être interprété comme englobant un consentement *ex post facto* à une interception illégale à l'origine puisque l'al. 178.16(1)a) écarte l'exclusion lorsque l'interception est légale à l'origine. On applique la règle d'interprétation voulant que dans l'examen de parties d'une loi ou d'un article seulement, la redondance ne doit généralement pas être encouragée et que les différents termes doivent avoir un objet.

En supposant que les termes «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) renvoient à la fois à une interception autorisée judiciairement et à une interception de consentement préalable (postulat que je mets en doute dans mes motifs dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*<sup>3</sup>, rendus en même temps que ceux-ci), il est difficile de ne pas conclure que, pour donner un objet à l'al. 178.16(1)b), il faut l'interpréter comme envisageant des consentements *ex post facto*. Il me paraît plus discutable cependant que pareils consentements rendent la preuve d'une conversation interceptée illégalement admissible contre une autre personne que celle qui consent. C'est une chose que d'accorder l'immunité de poursuite prévue à l'al. 178.11(2)a) à une personne qui a obtenu le consentement préalable à l'interception soit de l'auteur de la conversation ou communication soit de la personne à laquelle l'auteur la destine. C'est autre chose, un accroc plus sérieux au principe de la protection des communications privées, que de permettre à A., par son consentement *ex post facto*, de rendre admissible contre B. une conversation entre lui et B. qui a été interceptée illégalement.

Je disposerais néanmoins de ce pourvoi en ordonnant un nouveau procès pour un autre motif, savoir, l'incitation à donner un consentement *ex post facto* au moyen d'une promesse d'indulgence, qui excluait l'emprisonnement et qui a été remplie. Je ne peux distinguer cette situation de la règle applicable dans les cas de confession, même si en

<sup>3</sup> [1980] 1 S.C.R. 976, *infra*.

<sup>3</sup> [1980] 1 R.C.S. 976, *infra*.

already at hand and is not itself induced by a previous promise of benefit or threat or advantage. I do not think there is any difference in principle between a promise of benefit to obtain an inculpatory statement and a promise of benefit to make the fruits of an illegal interception admissible by extracting a consent on the faith of the promise. The situation here is more compelling for the rule I would apply because this is not a case of inculpating oneself but of saving one's own skin at the expense of another who is powerless, if a different rule is adopted, to insist on any right to maintain the privacy of what he believed to be a private conversation.

l'espèce la conversation interceptée est déjà disponible et n'est pas elle-même obtenue au moyen d'une promesse préalable de bénéfice ou d'avantage ou par une menace. Je ne pense pas qu'il y ait une différence de principe entre une promesse d'avantage pour obtenir une déclaration incriminante et une promesse d'avantage pour rendre les fruits d'une interception illégale admissibles en obtenant un consentement sur la foi de la promesse. La situation en l'espèce requiert d'autant plus la règle que j'appliquerais parce qu'il ne s'agit pas d'un cas où l'on s'inculpe soi-même mais d'un cas où on sauve sa propre peau aux dépens d'un autre qui est impuissant, si l'on adopte une règle différente, à exiger le respect de son droit au maintien du caractère privé de ce qu'il croyait être une conversation privée.

In my opinion, the issue of voluntariness of a consent to an interception or to the admissibility in evidence of an intercepted communication bears a relation to the issue of voluntariness as it arises in confession cases. It is true that in the statements of the rationale of voluntariness in the confession cases emphasis was laid on the trustworthiness of the inculpatory statement in the light of the inducement to make it: see *Boudreau v. The King*<sup>4</sup>, at p. 269. The likelihood of falsity as the ground of exclusion is also seen in this Court's judgment in *Attorney General for Quebec v. Bégin*<sup>5</sup>. However, the law has advanced beyond this (although trustworthiness remains a factor), as is evident from the Chadbourn revision of 1970 of 3 *Wigmore on Evidence* (1970), s. 822, at pp. 329-336. The original edition of Wigmore had emphasized trustworthiness alone and it found favour in Canadian courts, but even there other factors were appreciated such as (to use the words of Rand J. *In re Validity of Section 92(4) of The Vehicles Act 1957 (Sask.)*<sup>6</sup>, at p. 619, referring to Wigmore and to the analogous rule against self-incrimination) "inevitable abuse and the concomitant moral deterioration in methods of obtaining evidence and in the general administration of justice in criminal matters". See also Dixon C.J. in

A mon avis, la question du caractère volontaire d'un consentement à une interception ou à l'admissibilité en preuve d'une communication interceptée est semblable à la question du caractère volontaire qui se pose dans les affaires de confession. Il est vrai que les énoncés sur le fondement du caractère volontaire dans les affaires de confession insistent sur la crédibilité de la déclaration incriminante compte tenu de l'incitation à la faire: voir *Boudreau c. Le Roi*<sup>4</sup>, à la p. 269. Le risque de fausseté comme motif d'exclusion ressort également de larrêt de cette Cour, *Procureur général du Québec c. Bégin*<sup>5</sup>. Cependant, le droit a évolué depuis (bien que la crédibilité demeure un facteur), comme il ressort de la révision par Chadbourn en 1970 de 3 *Wigmore on Evidence* (1970), n° 822, aux pp. 329 à 336. L'édition originale de Wigmore avait insisté sur la crédibilité seulement, critère que les cours canadiennes ont adopté, mais même alors d'autres facteurs entraient en ligne de compte comme (pour utiliser les termes du juge Rand dans le *Renvoi relatif à la validité du paragraphe 92(4) de The Vehicles Act 1957 (Sask.)*<sup>6</sup>, à la p. 619, où il renvoie à Wigmore et à la règle analogue contre l'auto-accusation) [TRADUCTION] «l'abus inévitable et la détérioration morale concomitante des méthodes d'obtention de preuve et de l'administra-

<sup>4</sup> [1949] S.C.R. 262.

<sup>5</sup> [1955] S.C.R. 593.

<sup>6</sup> [1958] S.C.R. 608.

<sup>4</sup> [1949] R.C.S. 262.

<sup>5</sup> [1955] R.C.S. 593.

<sup>6</sup> [1958] R.C.S. 608.

*McDermott v. The King*<sup>7</sup>, at p. 513. Certainly, if trustworthiness was alone relevant, then in the present case there could be no doubt that the confession rule would be irrelevant on the issue of voluntariness when the interception had been made (albeit illegally) before consent to admission in evidence was obtained by the promise of benefit.

The advance of other rationales than truth or falsity in the American cases, e.g. the control of illegal police methods in the inducement of a confession, owes much to the due process clause of the United States constitution: see *Rogers v. Richmond*<sup>8</sup>, at p. 540; *Jackson v. Denno*<sup>9</sup>, at p. 385. They suggest a similar adaptation of the due process clause of the *Canadian Bill of Rights*, but I do not see the need here to rest entirely on this because I hold the view that where, as here, we are dealing with statutory procedures, unfairness or impropriety in effecting an interception or in making an intercepted communication admissible in evidence is as relevant a rationale as reliability of the evidence.

I do not regard it as necessary that a person who acts at the behest of the public or prosecution, on a promise of benefit to him, be shown to be one in authority when he originates a private communication to be intercepted by the police or consents *ex post facto* to the admission in evidence of an illegally intercepted communication with the accused. In this respect, I would not apply the confession rules to the present case. What does concern me is that the accused is made an innocent pawn in the loss of his expectation of privacy. I am of the opinion that the statutory policy of protection of privacy demands, in view of the vulnerability of an accused's position at the hands of a confederate, pressed into police service, that a strict view be taken of the voluntary character of

tion générale de la justice en matière criminelle». Voir aussi le juge en chef Dixon dans *McDermott v. The King*<sup>7</sup>, à la p. 513. Il est manifeste que si la crédibilité était le seul facteur pertinent, il n'y aurait en l'espèce aucun doute que la règle applicable aux confessions ne serait pas pertinente à la question du caractère volontaire si l'interception a été faite (quoique illégalement) avant que ne soit obtenu le consentement à son admission en preuve par la promesse d'un avantage.

Le progrès des fondements autres que la vérité ou la fausseté dans la jurisprudence américaine, par ex. le contrôle de méthodes policières illégales dans l'obtention d'une confession, est dû en bonne partie à la clause d'application régulière de la loi de la constitution des États-Unis: voir *Rogers v. Richmond*<sup>8</sup>, à la p. 540; *Jackson v. Denno*<sup>9</sup>, à la p. 385. Ces arrêts suggèrent une adaptation semblable de la clause d'application régulière de la loi de la *Déclaration canadienne des droits*, mais je n'estime pas qu'il soit nécessaire de s'appuyer exclusivement là-dessus ici, étant d'avis que, lorsque comme en l'espèce nous examinons des procédures établies par la loi, l'injustice ou l'acte incorrect relatif à une interception ou à l'admissibilité admissible en preuve d'une communication interceptée, constituent un fondement tout aussi pertinent que la crédibilité de la preuve.

Je suis d'avis qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne qui agit pour le compte du public ou de la poursuite, sur une promesse d'avantage pour elle, soit une personne ayant autorité quand elle est l'auteur d'une communication privée que la police doit intercepter, ou consent *ex post facto* à l'admission en preuve d'une communication avec l'accusé illégalement interceptée. A cet égard, je n'appliquerais pas les règles relatives à une confession. Ce qui me préoccupe c'est que l'accusé, devenu un pion innocent, perd la protection contre les atteintes à sa vie privée à laquelle il s'attend. Je suis d'avis que le principe légal de la protection de la vie privée exige, vu la vulnérabilité de la position d'un accusé aux mains d'un complice enrôlé par la police, que l'on interprète strictement le caractère

<sup>7</sup> (1948), 76 C.L.R. 501.

<sup>8</sup> 365 U.S. 534 (1961).

<sup>9</sup> 378 U.S. 368 (1964).

<sup>7</sup> (1948), 76 C.L.R. 501.

<sup>8</sup> 365 U.S. 534 (1961).

<sup>9</sup> 378 U.S. 368 (1964).

the confederate's conduct in destroying an accused's expectation of privacy.

There are American cases which take a different view, namely, that a mere promise of leniency is not enough to vitiate consent to an interception unless there has been undue pressure to procure it: see *United States v. Silva*<sup>10</sup>, at p. 146; *United States v. Baker*<sup>11</sup>, at p. 503; *United States v. Osser*<sup>12</sup>, at p. 730. These were cases relating to prior consent to arrange for an interception and not like the situation here which concerns *ex post facto* consent. However, the principle, if adopted, is as applicable to the one situation as to the other. Whether on the facts here there can be said to have been overbearing pressure is doubtful, especially in light of the fact that the consentors gave evidence at the trial. Nonetheless, I adhere to the stricter view which would exclude the evidence of the intercepted communication because of the initiative of the police in obtaining the consents, especially at a time when the consentors were as much under charge as the accused.

I agree with what was said by Hamilton J. of the Manitoba Queen's Bench in *R. v. Dass*<sup>13</sup> that the onus is on the Crown to prove that the consent was voluntary and that, as Duff C.J.C. indicated in *Walker v. The King*<sup>14</sup>, this means that there is an absence of fear of prejudice or hope of advantage held out by persons in authority. This was not met in the present case. The *Dass* case went to the Manitoba Court of Appeal on another point: see [1979] 4 W.W.R. 97 and leave to appeal here was refused on December 13, 1979.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

<sup>10</sup> 449 F. 2d 145 (1971), cert. denied 405 U.S. 918 (1975).

<sup>11</sup> 430 F. 2d 499 (1970), cert. denied 400 U.S. 957 (1970).

<sup>12</sup> 483 F. 2d 727 (1973), cert. denied 414 U.S. 1028 (1973).

<sup>13</sup> [1978] 3 W.W.R. 762.

<sup>14</sup> [1939] S.C.R. 214.

volontaire de la conduite du complice dans la destruction de la protection de la vie privée à laquelle l'accusé s'attend.

Des décisions américaines adoptent une optique différente, savoir, qu'une simple promesse d'indulgence ne suffit pas à vicier le consentement à une interception à moins qu'il n'ait été obtenu par une contrainte indue: voir *United States v. Silva*<sup>10</sup>, à la p. 146; *United States v. Baker*<sup>11</sup>, à la p. 503; *United States v. Osser*<sup>12</sup>, à la p. 730. Ces affaires portent sur le consentement préalable à une interception et non comme en l'espèce sur un consentement *ex post facto*. Cependant, le principe, si on l'adopte, s'applique autant dans un cas que dans l'autre. Il est douteux qu'en l'espèce, vu les faits, l'on puisse dire qu'une contrainte indue a été exercée, notamment à la lumière du fait que les personnes qui ont consenti ont témoigné au procès. Néanmoins, j'adhère à l'interprétation plus stricte qui exclurait la preuve de la communication interceptée, à cause de l'initiative policière pour obtenir les consentements, surtout à un moment où des accusations pesaient tout autant contre les personnes qui les ont donnés que contre l'accusé.

Je suis d'accord avec ce qu'a dit le juge Hamilton de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'arrêt *R. v. Dass*<sup>13</sup> que le ministère public a l'obligation de prouver le caractère volontaire du consentement et que, comme l'a indiqué le juge en chef Duff dans l'arrêt *Walker c. Le Roi*<sup>14</sup>, cela signifie qu'il ne doit pas y avoir crainte d'un préjudice ou espoir d'un avantage promis par une personne ayant autorité. Cette obligation n'a pas été remplie en l'espèce. L'affaire *Dass* a été soumise à la Cour d'appel du Manitoba sur un autre point: voir [1979] 4 W.W.R. 97 et l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été refusée le 13 décembre 1979.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

<sup>10</sup> 449 F. 2d 145 (1971), cert. refusé 405 U.S. 918 (1975).

<sup>11</sup> 430 F. 2d 499 (1970), cert. refusé 400 U.S. 957 (1970).

<sup>12</sup> 483 F. 2d 727 (1973), cert. refusé 414 U.S. 1028 (1973).

<sup>13</sup> [1978] 3 W.W.R. 762.

<sup>14</sup> [1939] R.C.S. 214.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant, along with eight other persons, was charged with conspiracy to defraud the public of money or valuable securities through a deceitful distribution of the shares of Somed Mines Limited contrary to s. 423(1)(d) and s. 338(1) of the *Criminal Code*. At his trial before judge and jury, the Crown tendered wiretap evidence of private conversations between the appellant and three other conspirators who had originally been co-accused, namely, Bader, Smith and Lindzon. The Crown relied on the express consents of these three individuals to render this evidence admissible under s. 178.16(1)(b) of the *Criminal Code*. No attempt was made to prove that the wiretaps were judicially authorized.

The consents in question had been obtained from Smith, Bader and Lindzon on March 4 and 5, 1976, only four days before the commencement of the appellant's trial on March 8 and long after the interceptions had been made. The three co-accused attended at R.C.M.P. Headquarters in Toronto in order to hear tape recordings of interceptions of telephone conversations made from July to September of 1974. Before hearing the tapes, each man, acting upon counsel's advice, signed a consent to the use in evidence of any intercepted conversation in which he had participated. Prior to this date, they had been supplied with transcripts of the conversations. On March 5, the three attended in Provincial Court and each pleaded guilty to the charge of conspiring to defraud the public. Each was fined and placed on probation. It was a term of the probation order that they be available to testify at the appellant's trial. They did appear at the trial and in giving evidence each reaffirmed his consent under oath in his evidence on the *voir dire* to determine the admissibility of the interceptions. Each testified under cross-examination that the fear of going to jail was the governing factor in his decision to consent to the admission of the wiretap evidence, and each agreed that he would not have so consented in the absence of an understanding with

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelant, avec huit autres personnes, a été accusé de complot pour frustrer le public d'argent ou de valeurs par une distribution dolosive des actions de Somed Mines Limited contrairement à l'al. 423(1)d) et au par. 338(1) du *Code criminel*. Au procès devant juge et jury, le ministère public a produit en preuve l'interception de conversations privées entre l'appelant et trois autres conspirateurs qui avaient d'abord été coaccusés, soit, Bader, Smith et Lindzon. Le ministère public s'appuie sur les consentements exprès de ces trois personnes pour rendre cette preuve admissible conformément à l'al. 178.16(1)b) du *Code criminel*. On n'a pas tenté de prouver que les interceptions avaient été autorisées judiciairement.

Les consentements en question ont été obtenus de Smith, Bader et Lindzon les 4 et 5 mars 1976, quatre jours seulement avant le début du procès de l'appelant le 8 mars et bien après que les interceptions eurent été faites. Les trois coaccusés se sont rendus au quartier général de la G.R.C. à Toronto pour écouter les enregistrements des interceptions de conversations téléphoniques faites entre juillet et septembre 1974. Avant d'écouter les enregistrements, ils ont chacun, sur les conseils de leur avocat, signé un consentement à ce que soit utilisée en preuve toute conversation interceptée à laquelle ils avaient participé. Avant cette date, on leur avait fourni les transcriptions des conversations. Le 5 mars, ils ont comparu tous les trois en Cour provinciale et chacun a plaidé coupable à l'accusation de complot pour frustrer le public. Chacun s'est vu imposer une amende et placé en probation. Une condition de l'ordonnance de probation était d'être disponible pour témoigner au procès de l'appelant. Ils ont effectivement témoigné au procès où ils ont tous confirmé leur consentement sous serment donné lors de leur témoignage au voir dire tenu sur l'admissibilité des interceptions. Ils ont tous témoigné en contre-interrogatoire que la crainte de l'emprisonnement avait été le facteur principal de leur décision de consentir à l'admission en preuve de l'interception, et reconnu qu'ils

counsel for the Crown that imprisonment would not be sought upon his conviction.

The trial judge ruled that the consents rendered the wiretap evidence admissible and the appellant was convicted. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed without written or recorded reasons. Both parties agreed that if the wiretap evidence had not been admitted, it would be impossible to say with any degree of certainty whether a jury would have convicted or acquitted the appellant. This agreement was reached to suggest that the proper relief in the event of a successful appeal would be a new trial.

In the hearing before us the appellant raised three points. He contended that a consent under s. 178.16(1)(b) must, in order to be effective, be obtained prior to the interception; that evidence of interceptions not lawfully made and rendered admissible only by a consent or consents under s. 178.16(1)(b) could be admissible against a consenter only and not other parties; that any consent must be freely given and not induced by any promise or threat by the Crown.

I now turn to the first point taken by the appellant that the consent referred to in s. 178.16(1)(b) must be obtained by the Crown before the interception is made. Section 178.11 of the *Code* deals with the electronic interception of private communications and the parts relevant to this point are set out hereunder:

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

(2) Subsection (1) does not apply to

- (a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;
- (b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person

n'y auraient pas consenti en l'absence d'une entente avec le substitut du procureur général que ce dernier ne réclamerait pas l'emprisonnement suite à leur déclaration de culpabilité.

Le juge du procès a décidé que les consentements rendaient les interceptions admissibles en preuve et l'appelant a été déclaré coupable. Un appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté sans motifs écrits ou consignés. Les deux parties ont reconnu que si les interceptions n'avaient pas été admises en preuve, il est impossible de prédire avec un certain degré de certitude si un jury aurait déclaré l'appelant coupable ou l'aurait acquitté. On est venu à cette entente pour proposer que le redressement approprié, si le pourvoi réussissait, serait un nouveau procès.

A l'audition devant nous l'appelant a soulevé trois points. Il a soutenu qu'un consentement donné conformément à l'al. 178.16(1)b) doit, pour être valide, être obtenu avant l'interception; que la preuve d'interceptions illégalement faites et qui ne sont rendues admissibles que par un ou des consentements en vertu de l'al. 178.16(1)b) n'est admissible que contre une personne qui y a consenti et non contre d'autres parties; que tout consentement doit être donné librement et ne doit pas être obtenu par une promesse ou une menace de la part du ministère public.

J'examine maintenant le premier argument de l'appelant que le consentement dont parle l'al. 178.16(1)b) doit être obtenu par le ministère public avant que l'interception ne soit faite. L'article 178.11 du *Code* traite de l'interception électronique de communications privées et en voici les parties qui portent sur ce point:

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

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

- a) à une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;
- b) à une personne qui intercepte une communication privée en conformité d'une autorisation ni à une per-

who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

Section 178.16, as it then read, deals with the admissibility of evidence obtained by electronic interception of private communications and the relevant parts are set out hereunder:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

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

In my opinion, this argument is based upon a failure to distinguish between the consent to intercept referred to in s. 178.11(2)(a) and the consent to admit in evidence under s. 178.16(1)(b). The consent to intercept under s. 178.11(2)(a), if it is to be effective to render an interception lawful, must plainly precede the interception. When it has been given and the interception completed, it has performed its role. No further consent is needed for the admission in evidence because the interception has been lawfully made: see judgment in *Goldman v. The Queen*<sup>5</sup> delivered concurrently herewith. The consent to admission in evidence under s. 178.16(1)(b) serves a fundamentally different purpose. It is to permit the use in evidence of an interception made without authorization or consent and hence unlawfully made and otherwise inadmissible. It can be procured at any time after the interception and up to the time the evidence is tendered at trial.

The second point taken by the appellant raised the following questions. Assuming a valid consent to the introduction of evidence by the originator of the communication or by the intended receiver, against whom may the evidence be received? In the case at bar, we have three persons who had been either originators or recipients of private

sonne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables, agir en conformité d'une telle autorisation;

L'article 178.16, en vigueur à l'époque, traite de l'admissibilité d'une preuve obtenue au moyen de l'interception électronique de communications privées et en voici les parties pertinentes:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles 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.

A mon avis, cet argument omet de distinguer le consentement à l'interception que mentionne l'al. 178.11(2)a) de celui à l'admission en preuve dont traite l'al. 178.16(1)b). Le consentement à l'interception visé à l'al. 178.11(2)a), s'il doit avoir pour effet de rendre une interception légale, doit de toute évidence la précéder. Lorsqu'il a été donné et que l'interception a été complétée, il a joué son rôle. Aucun autre consentement n'est nécessaire à l'admission en preuve puisque l'interception a été faite légalement: voir l'arrêt *Goldman c. La Reine*<sup>15</sup> rendu en même temps que celui-ci. Le consentement à l'admission en preuve visé à l'al. 178.16(1)b) sert une fin fondamentalement différente, soit de permettre l'utilisation en preuve d'une interception faite sans autorisation ou consentement, donc faite illégalement et par ailleurs inadmissible. Il peut être obtenu à tout moment après l'interception jusqu'au moment où la preuve est produite au procès.

Le deuxième argument de l'appelant porte sur les questions suivantes. Si l'on tient pour acquis que l'auteur de la communication ou la personne à qui il la destine a donné un consentement valide à la production en preuve, contre qui la preuve peut-elle être produite? En l'espèce, nous avons trois personnes qui étaient soit les auteurs des commu-

<sup>15</sup> [1980] 1 S.C.R. 976, *infra*.

<sup>15</sup> [1980] 1 R.C.S. 976, *infra*.

communications which were relevant to the issues in the case involving themselves and the appellant. In return for their cooperation with the Crown, which included the giving of consents to the admission of the evidence, they received lenient treatment upon their pleas of guilty and were thus removed from the proceedings. The appellant argued that ordinary justice and sound legal principle required that evidence made admissible by consent in this manner should be admitted only against the consenter or consenters and not against other parties to the private communications. In the circumstances of this case, acceptance of this proposition would exclude the evidence entirely. To permit the evidence to be introduced against a non-consenter, it was said, would make the admissibility of evidence against an accused dependent not upon the application of rules of law but upon the whim of a co-accused or, as here, a person no longer a party to the proceedings. To admit evidence against one party upon the consent of another in this manner would deprive an accused of a protection the law has given him against the use of evidence at his trial obtained by unlawful interception.

This question has not been dealt with in this Court and there is little reported authority upon the point. We were referred to the case of *R. v. Demeter*<sup>16</sup> at p. 330, where Grant J. dealt with a similar submission and rejected the argument that the evidence could be received only against the consenter. In my opinion, he dealt with the matter correctly. He pointed out that the words of s. 178.16 are unambiguous and it is not necessary, in order to give them effect, to read the section as if it included the word "respectively" after "originator thereof" or "the person intended to receive it" so that the section would read:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof, respectively, to receive it unless

nlications privées qui sont pertinentes aux questions en litige ici entre l'appelant et eux-mêmes, soit les personnes auxquelles ces communications étaient destinées. En échange de leur coopération avec le ministère public, ce qui incluait leur consentement à l'admission de la preuve, elles ont été traitées avec indulgence après avoir plaidé coupables et avoir été ainsi exclues des poursuites. L'appelant soutient que la simple justice et des principes juridiques sains exigent que la preuve rendue ainsi admissible par consentement ne devrait être admise que contre celui ou ceux qui ont consenti et non contre d'autres parties aux communications privées. Dans les circonstances de l'espèce, accepter cette proposition exclurait toute la preuve. Permettre que la preuve soit produite contre une partie non consentante, a-t-on dit, ferait dépendre l'admissibilité d'une preuve contre un accusé non de l'application de règles de droit, mais du caprice d'un coaccusé ou, comme ici, d'une personne qui n'est plus partie aux procédures. Admettre de cette façon une preuve contre une partie sur le consentement d'une autre priverait un accusé de la protection que la loi lui accorde contre l'utilisation, à son procès, d'une preuve obtenue au moyen d'une interception illégale.

Cette question n'a pas encore été examinée par cette Cour et il n'y a que peu de jurisprudence publiée sur ce point. On a renvoyé la Cour à l'arrêt *R. v. Demeter*<sup>16</sup> à la p. 330, dans lequel le juge Grant a examiné et rejeté un argument semblable, savoir, que la preuve ne pouvait être admise que contre celui qui y avait consenti. A mon avis, il a disposé de la question correctement. Il a souligné que les termes de l'art. 178.16 ne sont pas ambigus et qu'il n'est pas nécessaire, pour leur donner effet, de lire l'article comme s'il comprenait le terme «respectivement» après «son auteur» ou «la personne à laquelle son auteur la destinait» de sorte que l'article se lirait comme suit:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait, respectivement, à moins

<sup>16</sup> (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (Ont. H.C.).

<sup>16</sup> (1975), 19 C.C.C. (2d) 321 (H.C. Ont.).

(a) ...

(b) the originator of the private communication or the person intended by the originator thereof, respectively, to receive it has expressly consented to the admission thereof.

(The emphasis is my own.)

To do so would be to introduce unnecessary words into the section which are not required to clarify any ambiguity. It may be observed that the approach adopted by Grant J. in the *Demeter* case is the one largely adopted in American jurisdictions, admittedly upon a different statutory and constitutional base: see *United States of America v. James Ryan*, *United States of America v. Adrian Wilson*, *United States of America v. Bernard Zeldin*<sup>17</sup>, United States Court of Appeals, Ninth Circuit; *United States of America v. John Elbert Ransom et al.*<sup>18</sup>, United States Court of Appeals, Fifth Circuit; *United States Court of America v. Frank John Bonanno*<sup>19</sup>, United States Court of Appeals, Second Circuit, and generally *The Law of Electronic Surveillance*, James G. Carr, with specific reference to p. 90, para. 3.05.

Finally, the appellant argued that any consent of the nature involved here must be a *bona fide* and freely given consent and not induced by promised benefits or compelled by threats. It was said that the consent should meet the same test of admissibility as that which applies to a statement made by an accused person to police officers after arrest. I cannot accept this conclusion. The consent must, in my opinion, be given voluntarily in the sense that it may not be the result of coercion. It must be the conscious act of the consenter freely performed for reasons of his own which appear to him to be sufficient. The consent will not be vitiated, however, because the motives for it may be selfish or even reprehensible. I am not persuaded by the argument that the requirements governing the admission of confessions by accused persons should apply where the validity of a consent under s. 178.16(1)(b) of the *Criminal Code* is examined. In such a case, very different considerations apply.

a) ...

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait, respectivement, n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

(C'est moi qui souligne.)

Agir ainsi serait introduire dans l'article des termes superflus qui ne sont pas nécessaires pour clarifier quelque ambiguïté. On peut noter que la façon dont le juge Grant a abordé la question dans l'affaire *Demeter* est celle généralement adoptée par les tribunaux américains, quoique sur un fondement législatif et constitutionnel différent: voir *United States of America v. James Ryan*, *United States of America v. Adrian Wilson*, *United States of America v. Bernard Zeldin*<sup>17</sup>, United States Court of Appeals, Ninth Circuit; *United States of America v. John Elbert Ransom et al.*<sup>18</sup>, United States Court of Appeals, Fifth Circuit; *United States Court of America v. Frank John Bonanno*<sup>19</sup>, United States Court of Appeals, Second Circuit, et généralement *The Law of Electronic Surveillance*, James G. Carr, notamment à la p. 90, par. 3.05.

Enfin, l'appelant a soutenu qu'un consentement de la nature de celui en cause ici doit être donné librement et de bonne foi et ne pas être obtenu par la promesse d'avantages ni extorqué par des menaces. On a dit que le consentement devait satisfaire le même critère d'admissibilité que celui qui s'applique à une déclaration faite par un prévenu à des agents de police après son arrestation. Je ne peux accepter cette conclusion. Le consentement doit, à mon avis, être donné volontairement en ce sens qu'il ne peut être le résultat de la contrainte. Il doit s'agir de l'acte conscient de la personne qui consent, un acte accompli librement, pour des motifs qui lui sont propres et lui semblent suffisants. Cependant, le consentement ne sera pas invalidé parce que les motifs peuvent en être égoïstes ou même répréhensibles. Je ne suis pas convaincu par l'argument que les exigences qui régissent l'admission de confessions faites par des prévenus doivent s'appliquer lorsqu'on examine la

<sup>17</sup> 548 F. 2d 782 (1976).

<sup>18</sup> 515 F. 2d 885 (1975).

<sup>19</sup> 487 F. 2d 654 (1973).

<sup>17</sup> 548 F. 2d 782 (1976).

<sup>18</sup> 515 F. 2d 885 (1975).

<sup>19</sup> 487 F. 2d 654 (1973).

The consenter is consenting to the use in evidence of tapes or other recordings which have been previously recorded and which he cannot change. He is not agreeing to make a statement which he could invent nor to give evidence *in futuro* which he could colour in the hope of reward or benefit. The nature of the evidence which will be admitted as a result of his consent is already fixed and determined and cannot be affected by the circumstances of the consent: see *Goldman v. The Queen, supra*. I would dismiss the appeal.

I observe, in conclusion, that I feel compelled to reach this result by the plain terms of the statute. I have sympathy for the contention that Parliament, in enacting provisions for the protection of a right to privacy, should not be taken to have intended this result, allowing, as it does, the unilateral destruction of any such right by one party to a protected conversation. The parliamentary intention, however, must be found in the words Parliament employed. In my view, they are intractable.

*Appeal dismissed, LASKIN C.J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey and Lewtas, Toronto.*

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

validité d'un consentement visé à l'al. 178.16(1)b) du *Code criminel*. En pareil cas, des considérations très différentes s'appliquent. La personne qui consent, consent à l'utilisation en preuve de bandes magnétiques ou d'autres enregistrements qui existent déjà et qu'elle ne peut modifier. Elle ne convient pas de faire une déclaration qu'elle pourrait inventer ni de rendre un témoignage dans l'avenir qu'elle pourrait fausser dans l'espoir d'un avantage ou d'une récompense. La nature de la preuve qui sera admise par suite de son consentement est déjà fixée et déterminée et ne peut être touchée par les circonstances du consentement: voir *Goldman c. La Reine*, précité. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Je note, en conclusion, que je m'estime obligé par les termes clairs de la loi d'en arriver à ce résultat. Je suis sensible à la prétention qu'on ne devrait pas prêter au Parlement, qui a adopté des dispositions pour la protection du droit à la vie privée, l'intention d'avoir voulu ce résultat qui permet effectivement la destruction unilatérale de ce droit par une partie à une conversation privée. Cependant, on doit dégager l'intention du législateur des termes qu'il a employés. A mon avis, ceux-ci sont inébranlables.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN étant dissident.*

*Procureurs de l'appelant: Campbell, Godfrey and Lewtas, Toronto.*

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