

Santiago Wong Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Alberta Intervenors

INDEXED AS: R. v. WONG

File No.: 20549.

1990: May 2; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether admission into evidence of videotape would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Admissibility of videotape — Whether video surveillance without authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in

Santiago Wong Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

a et

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Alberta Intervenants

b RÉPERTORIÉ: R. c. WONG

Nº du greffe: 20549.

1990: 2 mai; 1990: 22 novembre.

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

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — e La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — g

La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — Admissibilité d'une bande magnétoscopique — La surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — L'utili-

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

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

breach of the Charter, would bring administration of justice into disrepute.

Criminal law — Electronic video surveillance — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether video surveillance infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter.

Police installed a video camera without prior judicial authorization and monitored the activities in a hotel room registered to the appellant in the course of an investigation of a "floating" gaming house. They conducted a raid and found the appellant to be in possession of profit lists. They seized gaming paraphernalia and a large sum of money. The trial judge acquitted the appellant of keeping a common gaming house. He held that the video surveillance was a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the evidence thereby obtained under s. 24(2). The Court of Appeal allowed the appeal against acquittal and ordered a new trial on the ground that s. 8 was not violated.

The constitutional questions stated in this Court were: (1) whether surreptitious video surveillance by police of a hotel room without prior judicial authorization infringes s. 8 of the *Charter*; (2) if so, whether it is justified by s. 1 of the *Charter*; and (3) if those rights have been infringed, whether the admission into evidence of the videotape would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.: The degree of privacy reasonably expected in a free society would be seriously diminished by unrestricted video surveillance by agents of the state. A person who occupies a hotel room has a reasonable expectation of privacy, and a warrantless video search there constituted an unreasonable search and seizure. Whether persons who are the objects of an electronic search have a reasonable expectation of privacy does not depend on whether or not those persons were engaged in illegal activities. The protection of s. 8 of the *Charter* is meant to shield against warrantless video surveillance and the unauthorized video surveillance offended

sation de la preuve obtenue en violation de la Charte est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel — Surveillance magnétoscopique — Preuve obtenue par une surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique viole-t-elle le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Si oui, b était-elle justifiée par l'article premier de la Charte?

Des agents de police ont installé une caméra vidéo sans autorisation judiciaire préalable et ils ont surveillé, dans le cadre d'une enquête visant une maison de jeu «flottante», les activités qui se déroulaient dans une chambre d'hôtel réservée par l'appelant. Ils ont effectué une descente et trouvé l'appelant en possession de listes de profit. Ils ont saisi du matériel de jeu ainsi qu'une importante somme d'argent. Le juge du procès a acquitté l'appelant accusé d'avoir tenu une maison de jeu. Il a statué que la surveillance magnétoscopique portait atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a écarté la preuve obtenue par un tel moyen en se fondant sur le par. 24(2). La Cour d'appel a accueilli le pourvoi formé contre l'acquittement et ordonné un nouveau procès au motif qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8.

Les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour étaient les suivantes: (1) la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable porte-t-elle atteinte à l'art. 8 de la *Charte*? (2) si oui, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte*? et (3) si ces droits ont été violés, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*?

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

i Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka: La surveillance magnétoscopique illimitée par des agents de l'État diminuerait d'une manière importante le degré de vie privée auquel nous pouvons raisonnablement nous attendre dans une société libre. Quiconque occupe une chambre d'hôtel s'attend raisonnablement au respect de sa vie privée, et une surveillance magnétoscopique sans mandat effectuée à cet endroit constitue une fouille, perquisition ou saisie abusive. La question de savoir si les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition électronique pouvaient raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée ne peut être liée à celle de savoir si ces personnes commet-

against the reasonable expectations of privacy protected by that section.

It is for Parliament, and not the courts, to devise a code of procedure for judicial pre-authorization of the use by law enforcement agencies of electronic video surveillance for the purposes of criminal investigations. The courts' function is to assess the constitutionality of such procedures. Part IV.1 of the *Criminal Code* dealing with electronic interception of oral communications did not apply to electronic video surveillance.

The surreptitious video surveillance was not justified by s. 1 of the *Charter*. However, the appellant did not establish that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute for the purposes of s. 24(2) of the *Charter*. The police acted in good faith and had reasonable and probable grounds to believe that the offence had been committed. The *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who had sought legal advice about the steps that could be taken to obtain evidence they could not otherwise obtain.

Per Lamer C.J. and McLachlin J.: Not every unauthorized electronic surveillance carried out by the agents of the state violates s. 8 of the *Charter*. *R. v. Duarte* stands for the proposition that the recording of a private communication, without the consent of all parties thereto, constitutes a search for the purpose of s. 8. Such a search may be reasonable only where prior judicial authorization has been obtained. Unauthorized surreptitious electronic surveillance will violate s. 8 where the target of the surveillance has a reasonable expectation of privacy. The consideration of whether an individual has a reasonable expectation of privacy can only be decided within the particular factual context of the surveillance. The appellant had no reasonable expectation of privacy as he had invited the public into the hotel room and, accordingly, no search took place within the meaning of s. 8.

Per Wilson J. (dissenting): The reasons of La Forest J. on the s. 8 violation were agreed with. The dissent was confined to the s. 24(2) issue.

a taient des actes illégaux. Les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* visent à nous protéger contre la surveillance magnétoscopique effectuée sans mandat et une telle surveillance non autorisée porte atteinte aux attentes raisonnables quant au respect de la vie privée garanties par cet article.

b Il appartient au Parlement et non aux tribunaux d'élaborer un code régissant l'autorisation judiciaire préalable du recours, par les autorités responsables de l'application de la loi, à la surveillance magnétoscopique aux fins des enquêtes criminelles. Le rôle du tribunal consiste à vérifier la constitutionnalité de ces mesures. La partie IV.1 du *Code criminel* qui traite de l'interception électronique des communications orales ne s'applique pas à la surveillance magnétoscopique.

d La surveillance vidéo effectuée subrepticement n'était pas justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. L'appelant n'a pas démontré que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les policiers ont agi de bonne foi et ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'infraction avait été commise. La violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant à la loi par les policiers, qui ont demandé un avis juridique sur les mesures qui pouvaient être prises pour obtenir des éléments de preuve qu'ils n'auraient pu autrement obtenir.

f e Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin: La surveillance électronique non autorisée effectuée par des agents de l'État ne viole pas toujours l'art. 8 de la *Charte*. L'arrêt *R. c. Duarte* énonce le principe selon lequel l'enregistrement d'une communication privée, sans le consentement de toutes les parties à celle-ci, constitue une fouille ou une perquisition aux fins de l'art. 8. Une telle fouille ou perquisition ne peut être raisonnable que lorsqu'une autorisation judiciaire préalable a été obtenue. La surveillance électronique subrepticte non autorisée porte atteinte à l'art. 8 lorsque la cible de celle-ci a une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. La question de savoir si une personne a une attente raisonnable quant au respect de la vie privée ne peut être tranchée que dans le contexte factuel particulier de la surveillance. L'appelant n'avait aucune attente raisonnable quant au respect de la vie privée puisqu'il avait invité le public dans la chambre d'hôtel et par conséquent, il n'y a pas eu de fouille ou perquisition au sens de l'art. 8.

j i Le juge Wilson (dissidente): Il y avait accord avec les motifs du juge La Forest en ce qui concerne la violation de l'art. 8. La dissidence se limitait à la question du par. 24(2).

The presence of the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2) of the *Charter* suggests that the context is vital in determining whether evidence obtained in violation of *Charter* rights should nonetheless be admitted. The videotape evidence existed purely as a result of the violation of s. 8. In this sense it was analogous to a confession and quite different from evidence which has an independent existence apart entirely from the *Charter* violation.

Fair trial considerations favoured the exclusion of the videotape evidence. Police could and should have sought an authorization for a wiretap under Part IV.1 of the *Criminal Code*, at which time they could have put to the authorizing judge their desire to use video surveillance independent from or in addition to audio surveillance. Instead, they proceeded in blatant disregard for the appellant's *Charter* rights. Their conduct was deliberate and was not based on a reasonable, or indeed any, misunderstanding of the law. The admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute given the nature of the evidence, the gravity of the *Charter* infringement and the fact the offence with which the appellant was charged did not fall into the more serious category. To extend the principle in *Duarte* to this case is to ignore completely the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2).

a La présence des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2) de la *Charte* laisse entendre que le contexte est essentiel lorsqu'il s'agit de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation des droits reconnus par la *Charte* devraient néanmoins être admis. L'existence de la preuve magnétoscopique résultait purement et simplement de la violation de l'art. 8. En ce sens, elle est analogue à une confession et tout à fait différente d'une preuve qui existe indépendamment d'une violation de la *Charte*.

b Les considérations relatives à l'équité du procès favorisent l'exclusion de la preuve magnétoscopique. Les agents de police pouvaient et devaient chercher à obtenir une autorisation en vue de procéder à une écoute électronique sous le régime de la partie IV.1 du *Code criminel*, et ils auraient pu alors faire connaître au juge concerné leur désir d'utiliser la surveillance magnétoscopique indépendamment de la surveillance audio ou en plus de celle-ci. Ils n'ont au contraire aucunement tenu compte des droits que possède l'appelant en vertu de la *Charte*. Leur conduite était délibérée et n'était pas fondée sur des motifs raisonnables ou même sur une méprise quant à la loi. L'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice étant donné la nature de la preuve, la gravité de la violation de la *Charte* et le fait que l'infraction dont l'accusé était inculpé ne faisait pas partie de la catégorie des infractions très graves. Étendre le principe énoncé dans l'arrêt *Duarte* à l'espèce, c'est ne tenir aucun compte des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2).

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. ix; *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964); *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980); *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986); *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566; *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, leave to appeal refused [sub nom. *Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 S.C.R. xii; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix.

g Arrêt examiné: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; arrêts mentionnés: *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix; *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964); *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980); *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986); *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566; *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, autorisation de pourvoi refusée [sub nom. *Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 R.C.S. xii; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Duarte, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.13(2)(c) [ad. S.C. 1973-74, c. 50, s. 2; am. S.C. 1976-77, c. 53, s. 9], (d) [ad. S.C. 1973-74, c. 50, s. 2] (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 186(4)(c), (d)).

Authors Cited

Amsterdam, Anthony G. "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 19 O.A.C. 365, 34 C.C.C. (3d) 51, 56 C.R. (3d) 352, setting aside the accused's acquittal by Paris Prov. Ct. J. on a charge of keeping a common gaming house and ordering a new trial. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

Alan D. Gold and *Aimée Gauthier*, for the appellant.

Casey Hill and *Susan Chapman*, for the respondent.

R. W. Hubbard, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jack Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

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

LA FOREST J.—This appeal is concerned with the protection afforded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against the surreptitious video recording of hotel rooms by the police in the absence of judicial authorization.

Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

b Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9 10b), 24(2).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.13(2)c) [aj. S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2; mod. S.C. 1976-77, ch. 53, art. 9], d) [aj. S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2] (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186(4)c), d)).

d Doctrine citée

Amsterdam, Anthony G. «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 19 O.A.C. 365, 34 C.C.C. (3d) 51, 56 C.R. (3d) 352, qui a infirmé l'acquittement de l'accusé par le juge Paris de la Cour provinciale à l'égard de l'accusation de tenir une maison de jeu et qui a ordonné un nouveau procès.

f Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

Alan D. Gold et *Aimée Gauthier*, pour l'appellant.

Casey Hill et *Susan Chapman*, pour l'intimée.

R. W. Hubbard, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

h Jack Watson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

i Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il est question dans le présent pourvoi de la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre l'enregistrement magnétoscopique effectué subrepticement dans des chambres d'hôtel par la police en l'absence d'autorisation judiciaire.

Facts

During the summer of 1984 the Toronto Police commenced an investigation aimed at determining the location of "floating" gaming houses frequented by gamblers of Oriental extraction. As part of this investigation, police officers attended at various downtown hotels and asked the security officers in those establishments to inform them of "anything unusual as to Orientals attending hotels".

Some time after this request, in September of the same year, the security staff at a major downtown hotel contacted the police with information relating to the possible use of their premises for illegal gaming. On September 17, the officers in charge of the gambling investigation went to the hotel and attended at a recently vacated room. There the officers found that the occupants of the room had rearranged the furniture in order to form a long table suitable for gambling. In addition, on searching the garbage the occupants had left behind, the police found many slips of paper bearing Chinese characters. The slips bore the address and number of the hotel room, and the chief investigating officer was able to identify these notices as similar to some which he knew were distributed to potential Oriental gamblers in various restaurants in Toronto's Chinatown area.

The police checked the hotel register and discovered that the appellant, Santiago Wong, had booked this room for the 19th and 20th of the same month. On the basis of their findings of the 17th, the police concluded that the room booked by the appellant might be used for illegal gambling. After determining that it would not be feasible to see into the room from the roof of the other wing of the hotel, the officers in charge of the investigation concluded that only video surveillance would enable them to further their investigation by actually monitoring what transpired in the room booked by the appellant. Notably, the police rejected the idea of employing undercover officers. On the basis of past experience, they were certain

Les faits

Au cours de l'été 1984, la police de Toronto a entrepris une enquête visant à déterminer les endroits où se tenaient des maisons de jeu «flottantes» fréquentées par des joueurs d'origine orientale. Dans le cadre de cette enquête, des agents de police se sont présentés à divers hôtels du centre de la ville et ont demandé aux agents de sécurité de ces établissements de les aviser de [TRADUCTION] «tout fait étrange touchant la fréquentation des hôtels par des Orientaux».

Quelque temps après cette demande, en septembre de la même année, le personnel de sécurité d'un important hôtel du centre de la ville a transmis à la police des renseignements sur l'usage possible de leurs locaux à des fins de jeu illicite. Le 17 septembre, les agents chargés de l'enquête sur les maisons de jeu se sont rendus à l'hôtel pour inspecter une chambre qui venait d'être libérée. Les agents y ont constaté que les occupants de la chambre avaient réaménagé le mobilier de façon à former une longue table adaptée à des activités de jeu. De plus, en fouillant dans les ordures laissées par les occupants, la police a trouvé bon nombre de morceaux de papier portant des caractères chinois. Les morceaux de papier portaient l'adresse et le numéro de la chambre d'hôtel en cause, et l'agent responsable de l'enquête a pu reconnaître que ces avis ressemblaient à ceux dont il savait qu'ils étaient distribués aux joueurs orientaux éventuels dans divers restaurants du quartier chinois de Toronto.

La police a vérifié le registre de l'hôtel et découvert que l'appellant, Santiago Wong, avait réservé cette chambre pour les 19 et 20 du même mois. En se fondant sur leurs constatations du 17 septembre, les agents de police ont conclu que la chambre réservée par l'appellant pouvait être utilisée à des fins de jeu illicite. Après avoir constaté l'impossibilité d'observer l'intérieur de la pièce à partir du toit de l'autre aile de l'hôtel, les agents chargés de l'enquête ont conclu que seule une surveillance magnétoscopique pouvait leur permettre de mener à bien leur enquête par l'observation de ce qui se passait dans la chambre réservée par l'appellant. Ils ont notamment rejeté l'idée de recourir à des agents d'infiltration. Selon leur expérience, les

that the gaming would be conducted behind locked doors, by and for Orientals alone. Since the identity of Oriental police officers was well known in the community, the investigating officers concluded it would be virtually impossible to infiltrate the gambling sessions with undercover operators.

Once it was determined that video surveillance was the only feasible way of monitoring what went on in the room, the officers contacted the Metro Police Intelligence Branch and a Crown Counsel to discuss the possibility of obtaining a warrant. These discussions left the police officers with the impression that it would not be possible to obtain judicial authorization to conduct the video surveillance. The investigators therefore decided to proceed without this authorization, and on September 19 the police installed a video camera in the drapery valence of the room that was registered to Mr. Wong. The camera had a lens about the size of the lead of a pencil and was attached to simultaneous recording equipment which the police monitored from an adjacent hotel room. The police installed this equipment with the permission and co-operation of the hotel management.

The police monitored the activities in the rooms on five separate occasions. These observations left no doubt that illegal gambling sessions were being held in the hotel suite. This surveillance culminated in a raid in the early morning hours of October 1, 1984. The police entered the room with a key provided by management and found a large group of Oriental males in the suite. A search of these persons revealed numerous slips of the type seized in the initial search of September 17. The appellant was found to be in possession of profit lists, while debt lists were seized from some of the other occupants of the room. The police were also able to seize gambling paraphernalia and a large amount of money found lying on the gaming table.

agents étaient convaincus que le jeu se déroulerait toutes portes verrouillées et en la présence exclusive d'Orientaux. L'identité des agents de police orientaux étant très bien connue dans le milieu, les agents chargés de l'enquête ont conclu qu'il serait pratiquement impossible de faire intervenir des agents d'infiltration dans ces séances de jeu.

Après avoir conclu que la surveillance magnétoscopique était le seul moyen pratique d'observer le déroulement des activités dans la chambre, les agents ont communiqué avec la Direction des services de renseignement de la police métropolitaine et avec un avocat du ministère public afin de discuter de la possibilité d'obtenir un mandat. À l'issue de ces discussions, les agents de police ont eu l'impression qu'il leur serait impossible d'obtenir l'autorisation judiciaire pour procéder à une surveillance magnétoscopique. Les enquêteurs ont par conséquent décidé d'agir sans cette autorisation et, le 19 septembre, la police a installé une caméra vidéo dans la cantonnière des rideaux de la chambre retenue par M. Wong. La caméra, dont la lentille avait environ la dimension d'une mine de crayon, était reliée à du matériel d'enregistrement simultané permettant un visionnement par la police dans une chambre d'hôtel adjacente. La police a installé ce matériel avec la permission et la collaboration de la direction de l'hôtel.

La police a surveillé les activités dans les chambres à cinq occasions distinctes. Ces observations montraient hors de tout doute que des séances de jeu illicite se tenaient dans la suite de l'hôtel. Cette surveillance s'est terminée par une descente aux petites heures du jour, le 1^{er} octobre 1984. La police est entrée dans la chambre à l'aide d'une clé fournie par la direction et elle y a trouvé un groupe composé de nombreux Orientaux de sexe masculin. La fouille de ces personnes a permis de découvrir de nombreux morceaux de papier semblables à ceux qui avaient été saisis lors de la première fouille du 17 septembre. L'appelant a été trouvé en possession de listes de profit, tandis que des listes de dettes étaient saisies sur la personne de certains autres occupants de la chambre. La police a également été en mesure de saisir du matériel de jeu de même qu'une importante somme d'argent qui se trouvait sur la table de jeu.

The appellant and ten other accused were later charged with the offence of keeping a common gaming house. At trial, all the accused pleaded not guilty. On September 11, 1985, the trial judge dismissed the charges against all those concerned. He held the video surveillance of the accused to be a violation of s. 8 of the *Charter*, and excluded the evidence thereby obtained under s. 24(2) of the *Charter*. On March 20, 1987, the Crown's appeal to the Court of Appeal against the acquittal of the appellant and the other accused was allowed, and a new trial ordered ((1987), 19 O.A.C. 365). In a judgment to which I shall later have occasion to refer, Cory J.A., as he then was, writing for a unanimous court, held that surreptitious video surveillance would constitute a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* in circumstances where the person observed by the camera had a reasonable expectation of privacy. However, he went on to conclude that on the facts of this case the appellant could not be said to have had a reasonable expectation of privacy. Accordingly, the Court of Appeal held, s. 8 of the *Charter* had no application and the evidence of the video surveillance was therefore admissible.

L'appelant et dix autres prévenus ont par la suite été accusés d'avoir tenu une maison de jeu. Au procès, les inculpés ont tous nié leur culpabilité. Le 11 septembre 1985, le juge de première instance a rejeté les accusations portées contre tous les inculpés. Il a conclu que la surveillance magnétoscopique des inculpés portait atteinte à l'art. 8 de la *Charte*, et il a écarté les éléments de preuve ainsi obtenus, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

b Le 20 mars 1987, la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'appelant et des autres inculpés, et ordonné la tenue d'un nouveau procès ((1987), 19 O.A.C. 365). Dans un jugement sur lequel je reviendrai plus loin, le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) qui a rendu le jugement unanime de la Cour d'appel a conclu qu'une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement constituerait une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* dans des circonstances où la personne observée par la caméra s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. Mais il a aussi conclu qu'à la lumière des faits de l'espèce, on ne saurait prétendre que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Par conséquent, selon la Cour d'appel, l'art. 8 de la *Charte* ne s'appliquait pas et les éléments de preuve tirés de la surveillance magnétoscopique étaient donc admissibles.

The Issues

I note at the outset that the pronouncements of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, make it superfluous to enter into a lengthy discussion as to whether surreptitious video surveillance by agents of the state constitutes a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In *Duarte*, this Court held that unauthorized electronic audio surveillance violates s. 8 of the *Charter*. It would be wrong to limit the implications of that decision to that particular technology. Rather what the Court said in *Duarte* must be held to embrace all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which tech-

g Je note d'emblée que les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, nous dispensent d'entreprendre une longue analyse de la question de savoir si une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par des agents de l'État constitue une perquisition, une fouille et une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Duarte*, cette Cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*.

i Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à

nology places at the disposal of law enforcement authorities in the future.

In his prophetic dissent in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), Brandeis J. foresaw that the progress of science in furnishing government with the means of "espionage" could not be expected to stop with wiretapping. One may speculate, however, that even Brandeis J. could not have envisaged the vertiginous pace at which eavesdropping technology would develop in the latter half of this century. But in concluding, at p. 472, that clauses that guarantee to the individual protection against specific abuses of power must have a capacity of adaptation to a changing world, Brandeis J.'s words have lost none of their relevance. They find an echo in the pronouncement of Dickson C.J. observed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, that constitutional provisions aimed at protecting individual rights and liberties must be interpreted as providing a continuing framework for the legitimate exercise of government power. These observations remind one that the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 is meant to keep pace with technological development, and, accordingly, to ensure that we are ever protected against unauthorized intrusions upon our privacy by the agents of the state, whatever technical form the means of invasion may take.

l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi.

Dans les motifs de dissidence prophétiques qu'il a prononcés dans l'arrêt *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), le juge Brandeis a prévu qu'il ne fallait pas s'attendre à ce que les progrès de la science, qui fournissent au gouvernement les moyens de procéder à de «l'espionnage», s'arrêtent à l'écoute. On peut toutefois penser que même le juge Brandeis ne pouvait prévoir le rythme vertigineux que prendrait l'évolution de la technologie de l'écoute au cours de la deuxième moitié de notre siècle. Les propos tenus par le juge Brandeis, lorsqu'il a conclu à la p. 472 que les clauses qui assurent aux particuliers une protection contre des abus de pouvoir précis doivent être susceptibles d'adaptation à un monde en évolution, sont toujours aussi pertinents. Ils reçoivent confirmation dans les motifs du juge en chef Dickson qui, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, a fait observer qu'il faut interpréter les dispositions d'ordre constitutionnel qui visent à protéger les droits et les libertés de la personne comme établissant un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale. Ces observations nous rappellent que le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 doit évoluer au rythme du progrès technologique et, par conséquent, nous assurer une protection constante contre les atteintes non autorisées à la vie privée par les agents de l'État, peu importe la forme technique que peuvent revêtir les divers moyens employés.

Reasonable Expectations of Privacy

I noted above that the Court of Appeal, while not taking issue with the proposition that video surveillance could, in appropriate circumstances, constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*, held that that result would only follow where the person who was the object of the intrusion had a reasonable expectation of privacy. On the facts of this case, the court concluded that there was no such expectation. It is on this question as to what constitutes a reasonable expectation of privacy that I part company with the Court

Attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée

Comme je l'ai déjà mentionné, même si elle n'avait rien à redire à la proposition portant que la surveillance magnétoscopique pouvait, dans des circonstances appropriées, constituer une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu qu'il n'en serait ainsi que lorsque la personne observée s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. Compte tenu des faits de l'espèce, la cour a conclu à l'inexistence d'une telle attente. C'est sur cette question de savoir ce qui constitue une attente raisonnable

of Appeal for I am unable to reconcile its conclusion on this point with the approach since taken by this Court in *R. v. Duarte, supra*.

In *Duarte*, this Court overturned the conclusion of the Court of Appeal that the risk that our interlocutor will electronically record our words is but a variant of the risk of having that person disclose our words to another. This Court accordingly rejected the notion that "risk analysis" provides an appropriate means of assessing whether a person who was the object of an electronic search had a reasonable expectation of privacy in the circumstances. As explained at p. 48 of that decision, this rejection rested on the conclusion that privacy would be inadequately protected if an assessment of the reasonableness of a given expectation of privacy were made to rest on a consideration whether the person concerned had courted the risk of electronic surveillance. In view of the advanced state of surveillance technology, this would be to adopt a meaningless standard, for, in the final analysis, the technical resources which agents of the state have at their disposal ensure that we now run the risk of having our words recorded virtually every time we speak to another human being. Professor Amsterdam, in his seminal comment on the Fourth Amendment to the American Constitution, drives the point home with a striking image when he suggests that in view of the sophistication of modern eavesdropping technology we can only be sure of being free from surveillance today if we retire to our basements, cloak our windows, turn out the lights and remain absolutely quiet; see "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, at p. 402.

In the place of "risk analysis", *R. v. Duarte* approached the problem of determining whether a person had a reasonable expectation of privacy in given circumstances by attempting to assess whether, by the standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic

quant au respect de la vie privée que je me trouve en désaccord avec la Cour d'appel; en effet, je ne puis concilier sa conclusion sur ce point avec la position adoptée par la suite par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité.

Dans *Duarte*, notre Cour a infirmé la conclusion de la Cour d'appel portant que le risque de voir notre interlocuteur enregistrer électroniquement nos propos n'est qu'une simple variante du risque que cette personne divulgue nos propos à une autre. Notre Cour a par conséquent rejeté la notion selon laquelle «l'analyse fondée sur le risque» constitue une façon appropriée de déterminer si une personne qui a fait l'objet d'une fouille électronique s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée dans les circonstances. Comme l'expliquent les motifs de cette décision, à la p. 48, ce rejet est fondé sur la conclusion que la vie privée serait mal protégé si le caractère raisonnable de notre attente en matière de respect de la vie privée dépendait de la question de savoir si nous nous sommes exposés à la surveillance électronique. Compte tenu de l'état avancé de la technologie en matière de surveillance, ce serait adopter une norme dépourvue de signification puisque, en dernière analyse, les ressources technologiques dont disposent les agents de l'État sont telles que nous courons maintenant le risque de voir nos propos enregistrés pratiquement chaque fois que nous parlons à une autre personne. Dans son commentaire fructueux sur le Quatrième amendement à la Constitution américaine, le professeur Amsterdam illustre admirablement cette situation en disant que, compte tenu du développement de la technologie moderne de l'écoute électronique, nous ne pouvons nous assurer d'être à l'abri de toute surveillance aujourd'hui que si nous nous retirons dans notre sous-sol, couvrons nos fenêtres, fermons les lumières et gardons un silence absolu; voir «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, à la p. 402.

Au lieu de «l'analyse fondée sur le risque», l'arrêt *R. c. Duarte* a abordé la question de déterminer si une personne pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée dans des circonstances précises, en s'efforçant d'apprécier si, en vertu des normes applicables au respect de la

society, the agents of the state were bound to conform to the requirements of the *Charter* when effecting the intrusion in question. This involves asking whether the persons whose privacy was intruded upon could legitimately claim that in the circumstances it should not have been open to the agents of the state to act as they did without prior judicial authorization. To borrow from Professor Amsterdam's reflections, *supra*, at p. 403, the adoption of this standard invites the courts to assess whether giving their sanction to the particular form of unauthorized surveillance in question would see the amount of privacy and freedom remaining to citizens diminished to a compass inconsistent with the aims of a free and open society.

When the intrusion takes the form of unauthorized and surreptitious electronic audio surveillance, *R. v. Duarte* makes it clear that to sanction such an intrusion would see our privacy diminished in just such an unacceptable manner. While there are societies in which persons have learned, to their cost, to expect that a microphone may be hidden in every wall, it is the hallmark of a society such as ours that its members hold to the belief that they are free to go about their daily business without running the risk that their words will be recorded at the sole discretion of agents of the state.

Accordingly, by the standards of privacy that prevail in a free and open society such as our own, Duarte was entitled to claim that judicially unauthorized participant surveillance did offend against his reasonable expectations of privacy when he engaged in what he had every reason to believe was an ordinary private conversation. To have held otherwise would have been tantamount to exposing any member of society whom the state might choose to target to the same risk of having his or her nominally private conversation become the subject of surreptitious recordings. As explained in *R. v. Duarte*, *supra*, at p. 48, on the logic of the Court of Appeal, despite the fact that we would have no way of knowing whether a given interlocutor was in fact a government informer bent on recording our words, we would be automatically

vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, les agents de l'État devaient se conformer aux exigences de la *Charte* au moment de commettre l'intrusion en cause.

a Cela suppose que l'on se demande si les personnes dont la vie privée a été violée pourraient légitimement prétendre que, dans les circonstances, il n'aurait pas dû être loisible aux agents de l'État d'agir comme ils l'ont fait sans une autorisation judiciaire préalable. Pour reprendre certains des principes énoncés par le professeur Amsterdam, à la p. 403 de l'article précité, l'adoption de cette norme invite les tribunaux à déterminer si leur sanction de la forme particulière de surveillance non autorisée en cause empiéterait sur l'intimité dont dispose encore les particuliers dans une mesure incompatible avec les objectifs d'une société libre et ouverte.

d L'arrêt *R. c. Duarte* établit clairement que sanctionner l'intrusion que représente la surveillance électronique non autorisée et effectuée subrepticement, ce serait empiéter sur notre vie privée dans une mesure inacceptable. Même s'il existe des *e* sociétés dont les citoyens ont appris, à leurs dépens, à s'attendre à ce que chaque mur recèle un microphone, il va de soi que dans une société comme la nôtre, tous les citoyens puissent se croire libres de vaquer à leurs affaires sans courir le risque que leurs propos soient enregistrés au gré des agents de l'État.

g Par conséquent, en vertu des normes de respect de la vie privée qui régissent une société libre et ouverte comme la nôtre, Duarte était en droit de prétendre que la surveillance participative non autorisée judiciairement violait ses attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée lorsqu'il a engagé ce qu'il était parfaitement justifié de croire une conversation privée ordinaire. Conclure autrement aurait eu pour effet d'exposer tout membre de la société que l'État pourrait désigner au même risque de voir sa conversation normalement privée devenir l'objet d'enregistrements subreptices. Comme l'a fait ressortir l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, à la p. 48, selon la logique suivie par la Cour d'appel, bien qu'il nous serait impossible de savoir si un interlocuteur donné est en réalité un informateur du gouvernement cher-

presumed to waive any claim to be protected against this intrusion on our right to privacy if it should in fact eventuate that our words were being recorded. Such a result would fatally undermine the very tenet of a free and open society that I have just commented on, i.e., the notion that in a society such as ours the state cannot make it its business to record nominally private conversations at its sole discretion.

I am firmly of the view that if a free and open society cannot brook the prospect that the agents of the state should, in the absence of judicial authorization, enjoy the right to record the words of whomever they choose, it is equally inconceivable that the state should have unrestricted discretion to target whomever it wishes for surreptitious video surveillance. George Orwell in his classic dystopian novel *1984* paints a grim picture of a society whose citizens had every reason to expect that their every movement was subject to electronic video surveillance. The contrast with the expectations of privacy in a free society such as our own could not be more striking. The notion that the agencies of the state should be at liberty to train hidden cameras on members of society wherever and whenever they wish is fundamentally irreconcilable with what we perceive to be acceptable behaviour on the part of government. As in the case of audio surveillance, to permit unrestricted video surveillance by agents of the state would seriously diminish the degree of privacy we can reasonably expect to enjoy in a free society. There are, as *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 428-29, tells us, situations and places which invite special sensitivity to the need for human privacy. Moreover, as *Duarte* indicates, we must always be alert to the fact that modern methods of electronic surveillance have the potential, if uncontrolled, to annihilate privacy.

chant à enregistrer nos propos, nous serions automatiquement présumés renoncer à toute prétention d'être protégés contre cette atteinte à notre droit au respect de la vie privée s'il devait arriver que nos propos soient enregistrés. Un tel résultat minerait indubitablement le principe fondamental d'une société libre et ouverte dont je viens de parler, c'est-à-dire la notion selon laquelle dans une société comme la nôtre, l'État ne peut prétendre enregistrer à son gré des conversations normalement privées.

J'estime fermement que si une société libre et ouverte ne peut tolérer la possibilité qu'en l'absence d'autorisation judiciaire, les agents de l'État aient le droit d'enregistrer les propos de qui ils veulent, il est également inconcevable que l'État ait le pouvoir discrétionnaire illimité de soumettre à qui il veut à une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement. Dans son roman futuriste classique *1984*, George Orwell dresse le portrait sinistre d'une société dont les citoyens ont toutes les raisons de croire que chacun de leurs mouvements est assujetti à la surveillance magnétoscopique électronique. On ne pourrait trouver contraste plus frappant avec nos attentes en matière de vie privée dans une société libre comme la nôtre. La notion selon laquelle les agents de l'État devraient être libres de braquer des caméras dissimulées sur des membres de la société, en tout temps et en tout lieu, à leur gré, est fondamentalement irréconciliable avec notre perception d'un comportement acceptable de la part des gouvernements. Comme dans le cas de l'écoute clandestine des conversations, permettre la surveillance magnétoscopique illimitée par des agents de l'État, ce serait diminuer d'une manière importante le degré de vie privée auquel nous pouvons raisonnablement nous attendre dans une société libre. Il y a, comme le mentionne l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 428 et 429, des situations et des lieux dans lesquels il faut se montrer particulièrement attentif au besoin de l'individu en matière de respect de la vie privée. En outre, comme l'indique l'arrêt *Duarte*, nous devons toujours rester conscient du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s'ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée.

R. v. Duarte was predicated on the notion that there exists a crucial distinction between exposing ourselves to the risk that others will overhear our words, and the much more pernicious risk that a permanent electronic recording will be made of our words at the sole discretion of the state. Transposing to the technology in question here, it must follow that there is an important difference between the risk that our activities may be observed by other persons, and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will permanently record those activities on videotape, a distinction that may in certain circumstances have constitutional implications. To fail to recognize this distinction is to blind oneself to the fact that the threat to privacy inherent in subjecting ourselves to the ordinary observations of others pales by comparison with the threat to privacy posed by allowing the state to make permanent electronic records of our words or activities. It is thus an important factor in considering whether there has been a breach of a reasonable expectation of privacy in given circumstances.

L'arrêt *R. c. Duarte* était fondé sur la notion selon laquelle il existe une distinction cruciale entre le fait de s'exposer au risque que l'on surrenne notre conversation et celui de s'exposer au risque beaucoup plus dangereux que nos propos soient enregistrés électroniquement en permanence à la seule discréction de l'État. Si l'on transpose cette notion pour l'appliquer à la technologie en cause en l'espèce, il s'ensuit nécessairement qu'il existe une différence importante entre le risque que nos activités soient observées par d'autres personnes et le risque que des agents de l'État, sans autorisation préalable, enregistrent de façon permanente ces activités sur bande magnétoscopique, une distinction qui, dans certaines circonstances, peut avoir des conséquences en matière constitutionnelle. Refuser de reconnaître cette distinction, c'est refuser de voir que la menace à la vie privée inhérente à la vie en société, dans laquelle nous sommes soumis à l'observation ordinaire d'autrui, n'est rien en comparaison avec la menace que représente pour la vie privée le fait de permettre à l'État de procéder à un enregistrement électronique permanent de nos propos ou de nos activités. Voilà donc un facteur important à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans des circonstances données.

The Applicability of s. 8 of the Charter on the Facts of this Case

I turn from these general observations to the question whether, on the facts of this case, the appellant could be said to have had a reasonable expectation of privacy. The Court of Appeal, after stating, by way of an initial premise, that a person attending a function to which the general public has received an open invitation can have no interest in "being left alone", went on to draw the following conclusions from the facts of this case, at p. 373:

None of the respondents testified that they had a subjective expectation of privacy and it is difficult to believe that they could give such evidence. It may well be that they were in the same room with strangers. The occupants' only common interest was to gamble illegally for high stakes. All but Santiago Wong were no more than casual visitors to the rooms with no basis for

L'applicabilité de l'art. 8 de la Charte aux faits de l'espèce

Après avoir fait ces observations générales, j'aborde maintenant la question de savoir si, à la lumière des faits de l'espèce, on peut soutenir que l'appelant pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée. Après avoir déclaré comme première prémissse que quiconque participe à un événement auquel a été ouvertement convié le grand public ne peut avoir d'intérêt à [TRADUCTION] «être laissé tranquille», la Cour d'appel a tiré les conclusions suivantes des faits de l'espèce, à la p. 373:

[TRADUCTION] Aucun des intimés n'a déclaré avoir eu une attente subjective en matière de respect de la vie privée et il est difficile de croire qu'ils auraient pu présenter des dépositions en ce sens. Il se peut fort bien qu'ils se soient trouvés dans une pièce avec des étrangers. Le seul intérêt commun des occupants était de jouer illégalement en misant gros. À l'exception de

challenging the legality of the search. Neither is it possible that Santiago Wong had any reasonable expectation of privacy. He was booking the room regularly and it was clear from police observation that the room had been used for gambling on other occasions. Wong had invited and accepted so many people into the room that there could not have been any reasonable expectation of privacy by anyone in the room, least of all Santiago Wong who benefited by the presence of the others.

Video surveillance of persons in a hotel room could in certain circumstances constitute a search of the most intrusive kind. However, in this case, as there was no reasonable expectation of privacy, s. 8 of the **Charter** cannot have any application.

I think, with respect, that the conclusions of the Court of Appeal cannot be reconciled with the implications of this Court's subsequent decision in *R. v. Duarte*. The Court of Appeal has, in effect, applied a variant of the risk analysis rejected by this Court in that case, for it has chosen to rest its conclusion on the notion that the appellant, by courting observation by the other persons in the room, has effectively relinquished any right to maintain a reasonable expectation of freedom from the much more intrusive invasion of privacy constituted by surreptitious video surveillance on the part of the state.

Moreover, it is clear from the excerpt cited above that the Court of Appeal, in assessing the constitutionality of the search, has allowed itself to be influenced by the fact that the appellant was carrying on illegal activities. By way of expansion on my earlier references to *Duarte*, I would note that that decision places considerable emphasis on the fact that the answer to the question whether persons who were the object of an electronic search had a reasonable expectation of privacy cannot be made to depend on whether or not those persons were engaged in illegal activities; see pp. 51-52. If reliance were to be placed on such *ex post facto* reasoning, and the courts to conclude that persons who were the subject of an electronic search could

Santiago Wong, ils n'étaient tous que des visiteurs occasionnels dans ces chambres, et n'avaient aucune justification pour contester la légalité de la perquisition. De même, il était impossible pour Santiago Wong d'avoir quelque attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée. Il retenait régulièrement la chambre et la surveillance policière de la chambre montre clairement que celle-ci avait été utilisée à des fins de jeu à d'autres occasions. Wong avait invité et accueilli un nombre si grand de personnes dans la chambre qu'il ne pouvait y avoir d'attente raisonnable de matière de respect de la vie privée pour qui que ce soit dans cette pièce, encore moins pour Santiago Wong, qui tirait profit de la présence des autres.

La surveillance magnétoscopique de personnes dans une chambre d'hôtel pourrait dans certaines circonstances constituer une perquisition des plus attentatoires. En l'espèce toutefois, puisqu'il n'y avait aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, l'art. 8 de la **Charte** ne peut s'appliquer.

Je pense avec déférence qu'on ne peut concilier les conclusions de la Cour d'appel avec les incidences de la décision subséquente de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*. La Cour d'appel a effectivement appliqué une variante de l'analyse fondée sur le risque qui a été rejetée par notre Cour dans cette affaire, car elle a choisi d'étayer sa conclusion sur la notion selon laquelle l'appelant, en s'exposant à l'observation d'autres personnes dans la chambre, avait effectivement renoncé à tout droit de s'attendre raisonnablement à être protégé contre l'atteinte beaucoup plus grave à la vie privée que constitue la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par l'État.

De plus, il ressort clairement de l'extrait précité que lorsqu'elle a évalué la constitutionnalité de la perquisition, la Cour d'appel s'est laissé influencer par le fait que l'appelant commettait des actes illégaux. Pour poursuivre mes références antérieures à l'arrêt *Duarte*, je soulignerais que cette décision met beaucoup l'accent sur le fait qu'on ne peut lier la question de savoir si les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition électronique pouvaient raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée à celle de savoir si ces personnes commettaient des actes illégaux; voir pp. 51 et 52. S'il fallait se fonder sur un tel raisonnement après le fait et si les tribunaux devaient conclure que les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition élec-

not have had a reasonable expectation of privacy because the search revealed that they were in fact performing a criminal act, the result would inevitably be to adopt a system of subsequent validation for searches. Yet it was precisely to guard against this possibility that this Court in *Hunter v. Southampton Inc.*, *supra*, at p. 160, stressed that prior authorization, wherever feasible, was a necessary pre-condition for a valid search and seizure. As noted in *R. v. Dyment*, *supra*, at p. 430, this is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures.

Accordingly, it follows logically from what was held in *R. v. Duarte* that it would be an error to suppose that the question that must be asked in these circumstances is whether persons who engage in illegal activity behind the locked door of a hotel room have a reasonable expectation of privacy. Rather, the question must be framed in broad and neutral terms so as to become whether in a society such as ours persons who retire to a hotel room and close the door behind them have a reasonable expectation of privacy.

Viewed in this light, it becomes obvious that the protections of s. 8 of the *Charter* are meant to shield us from warrantless video surveillance when we occupy hotel rooms. Clearly, our homes are places in which we will be entitled, in virtually all conceivable circumstances, to affirm that unauthorized video surveillance by the state encroaches on a reasonable expectation of privacy. It would be passing strange if the situation should be any different in hotel or motel rooms. Normally, the very reason we rent such rooms is to obtain a private enclave where we may conduct our activities free of uninvited scrutiny. Accordingly, I can see no conceivable reason why we should be shorn of our right to be secure from unreasonable searches in these locations which may be aptly considered to be our homes away from home. Moreover, *R. v. Duarte* reminds us that unless the

tronique ne pouvaient s'attendre raisonnablement au respect de leur vie privée parce que la perquisition a démontré qu'elles commettaient effectivement des actes illégaux, le résultat serait inévitablement l'adoption d'un système de validation subséquente des fouilles et des perquisitions. C'est pourtant précisément pour empêcher cette possibilité que notre Cour a, dans l'arrêt *Hunter c. Southampton Inc.*, précité, à la p. 160, souligné que l'autorisation préalable, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable et nécessaire de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie. Comme l'a noté la Cour dans l'arrêt *R. c. Dyment*, précité, à la p. 430, cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Il s'ensuit donc en toute logique des motifs de l'arrêt *R. c. Duarte* que ce serait une erreur de supposer qu'on doive en pareilles circonstances se demander si les personnes qui commettent des actes illégaux dans une chambre d'hôtel verrouillée peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée. La question devrait plutôt être posée en termes plus généraux et plus neutres de sorte que l'on se demande plutôt si dans une société comme la nôtre, les personnes qui se retirent dans une chambre d'hôtel et qui ferment la porte derrière elles peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée.

Sous cet angle, il ressort clairement que les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* visent à nous protéger de la surveillance magnétoscopique non autorisée lorsque nous occupons des chambres d'hôtel. Il est clair que chez nous, nous avons le droit, dans pratiquement toutes les circonstances imaginables, d'affirmer que la surveillance magnétoscopique non autorisée effectuée par l'État empiète sur notre attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Il serait extrêmement étrange que la situation soit tout autre lorsqu'il s'agit de chambres d'hôtel ou de motel. Normalement, si nous louons de telles chambres, c'est que nous voulons obtenir un endroit privé où poursuivre nos activités à l'abri de toute observation. Par conséquent, je ne puis concevoir de raison pour laquelle nous serions privés de notre droit à la protection contre les perquisitions et les fouilles

question posed in the preceding paragraph is answered in neutral terms as I have suggested, it follows not only that those who engage in illegal activity in their hotel rooms must bear the risk of warrantless video surveillance, but also that all members of society when renting rooms must be prepared to court the risk that agents of the state may choose, at their sole discretion, to subject them to surreptitious surveillance; see again at pp. 51-52.

Nor, with respect, can I attach any importance to the fact that in the circumstances of this case the appellant may have opened his door to strangers, or circulated invitations to the gaming sessions. I am simply unable to discern any logical nexus between these factors, and the conclusion that the police should have been free to videotape the proceedings in the hotel room at their sole discretion. It is safe to presume that a multitude of functions open to invited persons are held every week in hotel rooms across the country. These meetings will attract persons who share a common interest but who will often be strangers to each other. Clearly, persons who attend such meetings cannot expect their presence to go unnoticed by those in attendance. But, by the same token, it is no part of the reasonable expectations of those who hold or attend such gatherings that as a price of doing so they must tacitly consent to allowing agents of the state unfettered discretion to make a permanent electronic recording of the proceedings.

We must be prepared to live with the first risk, but, in a free and open society, need not tolerate the spectre of the second. As I have intimated above, this seminal distinction between what is constitutionally acceptable and unacceptable follows inexorably from the point made in *R. v. Duarte* that it would be an error to equate the risk of having one's words overheard with the risk of having the state, at its sole discretion, make a

abusive en de tels endroits qui peuvent justement être considérés comme notre foyer hors du foyer. De plus, l'arrêt *R. c. Duarte* nous rappelle que le défaut d'apporter, à la question citée dans le paragraphe précédent, une réponse en termes neutres comme je l'ai suggéré contraint non seulement les personnes qui commettent des actes illégaux à assumer le risque d'une surveillance magnétoscopique sans mandat, mais également tous les membres de la société qui louent des chambres à s'exposer au risque que des agents de l'État décident, à leur guise, de les assujettir à une surveillance clandestine; voir encore pp. 51 et 52.

Avec déférence, je ne puis non plus accorder aucune importance au fait que, dans les circonstances de l'espèce, l'appelant ait pu ouvrir sa porte à des étrangers ou lancer des invitations aux séances de jeu. Je suis tout simplement incapable de déceler un lien logique entre ces facteurs, d'une part, et la conclusion selon laquelle la police aurait dû être libre d'enregistrer sur bande magnétoscopique les activités ayant eu lieu dans la chambre d'hôtel, à sa seule discréction, d'autre part. On peut assurément présumer qu'une multitude de fonctions auxquelles on doit être convié ont lieu chaque semaine dans des chambres d'hôtel à l'échelle du pays. Ces réunions attirent les personnes qui partagent un intérêt commun mais qui sont souvent étrangères les unes aux autres. Les personnes qui participent à de telles réunions ne peuvent manifestement pas s'attendre à ce que leur présence passe inaperçue auprès des autres participants. Par contre, il n'entre certes pas dans l'attente raisonnable des hôtes et de leurs invités que le prix de leur présence doit être leur consentement tacite à l'enregistrement électronique permanent, par des agents de l'État et à leur seule discréction, des activités en cours.

Il nous faut être prêts à accepter le premier risque, mais, dans une société libre et ouverte, nous n'avons pas à tolérer le spectre du deuxième risque. Comme je l'ai déjà affirmé, cette distinction éminemment juste entre ce qui est acceptable et inacceptable du point de vue constitutionnel découle inéluctablement de la position adoptée dans l'arrêt *R. c. Duarte* selon laquelle ce serait une erreur de confondre le risque que nos propos

permanent electronic recording of those words. At page 48 of that decision, it was said that these threats to privacy are of a different order of magnitude and involve different risks to the individual and the body public. The same must be true of the risk of being the object of private scrutiny, and the risk of having a permanent electronic recording made of one's presence in a given location at the behest of the state.

I therefore conclude that the Court of Appeal erred when it held that the appellant did not have a reasonable expectation of privacy in the circumstances of this case. Were the reasonableness of unauthorized video surveillance to be gauged by the standard adopted by the Court of Appeal the state would be at liberty to train its hidden cameras on an extremely broad spectrum of the activities engaged in by members of society. In effect, we would be debarred from asserting a reasonable expectation of freedom from clandestine electronic scrutiny on the part of the state at any private function to which members of the public had received an invitation.

Moreover, it is also clear that those ordinary measures which persons in a free and open society believe suffice to shut out uninvited scrutiny would be of no avail if the police (and they would of course be the sole arbiters of the matter) entertained the suspicion that the persons in the location concerned were involved in illegal activity. Here, it must be remembered that while the appellant had rented a room in an establishment to which selected members of the public had access, he had seen to it that activities in the room were conducted behind locked doors and drawn drapes.

In effect, by application of the standard adopted by the Court of Appeal, members of society would be driven back to the confines of their homes if they wished to be sure of being able to escape the risk of unauthorized video surveillance. And even this ultimate refuge could be breached if the police formulated a suspicion with respect to gatherings in the home, for I think it must be conceded that

soient surpris et le risque de voir l'État, à sa seule discrétion, procéder à un enregistrement électronique permanent de ces propos. À la page 48 de cet arrêt, la Cour reconnaît que ces menaces à la vie privée ne sont pas du même ordre de grandeur et qu'elles posent des risques différents à un particulier et à la société. La même constatation doit s'appliquer au risque que nous courons d'être observés par des particuliers par opposition au b risque de faire l'objet d'un enregistrement électronique permanent de notre présence dans un lieu donné, sur ordre de l'État.

Je conclus donc que la Cour d'appel a fait une c erreur en statuant que l'appelant n'avait pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en l'espèce. Si le caractère raisonnable de la surveillance magnétoscopique non autorisée devait être mesuré en fonction de la norme adoptée par la d Cour d'appel, l'État serait libre de braquer ses caméras clandestines sur une gamme extrêmement vaste des activités auxquelles vaquent les membres e de la société. En réalité, il nous serait impossible de faire valoir une attente raisonnable de protection contre la surveillance électronique clandestine de l'État à l'égard d'une réunion privée à laquelle le public est convié.

f De plus, il est aussi évident que les mesures ordinaires que les citoyens d'une société libre et ouverte estiment suffisantes pour leur protection contre l'observation subrepticte d'autrui ne seraient g aucun secours si la police (et elle serait bien sûr le seul arbitre en la matière) soupçonnait que les personnes dans le lieu en cause commettent des actes illégaux. Il faut se rappeler ici que même si l'appelant avait loué une chambre dans un établissement auquel des membres choisis du public avaient accès, il avait fait en sorte que les activités se déroulant dans la chambre aient lieu derrière des portes verrouillées et des rideaux tirés.

i En réalité, s'il fallait appliquer la norme adoptée par la Cour d'appel, les membres de la société devraient se confiner chez eux pour être sûrs d'échapper au risque d'une surveillance magnétoscopique non autorisée. Et même ce dernier refuge pourrait être violé si la police avait quelque soupçon à l'égard de réunions qui y ont lieu, puisque, selon moi, dans la logique du raisonnement de la

on the reasoning of the Court of Appeal the appellant could have asserted no reasonable expectation of privacy if the gambling sessions had been conducted in his own home.

By way of recapitulation on this important point, I think it can be seen that the approach taken by the Court of Appeal to the question of what constitutes a reasonable expectation of privacy simply cannot be reconciled with the conclusions that emerge from *R. v. Duarte*. That decision makes it clear that s. 8 of the *Charter* is meant to protect those expectations on which we rest our belief that our society is one in which we are not exposed to unauthorized clandestine electronic surveillance on the part of the state. I take it to be beyond dispute that just as we hold to the belief that a free and open society is one in which the state is not free to make unauthorized recordings of our conversations, so too it is no less an article of faith in a society that sets a premium on being left alone that its members presume that they are at liberty to go about their daily business without courting the risk that agents of the state will be surreptitiously filming their every movement. By simple analogy with *R. v. Duarte*, it must follow that unauthorized video surveillance will be found to offend against the reasonable expectations of privacy protected by s. 8 in the circumstances here. Certainly it is inconceivable to me that the police should enjoy the latitude to make surreptitious video recordings that is implicit in the conclusions of the Court of Appeal.

The respondent attempted to distinguish this case from *Duarte* on the ground that in *Duarte*, there was a statutory provision prohibiting electronic eavesdropping except as judicially authorized. This argument wholly misunderstands *Duarte*. It is the *Charter*, specifically s. 8, that protected the appellant there and it is the *Charter* that protects the present appellant. It is worth observing that the American legislation, on which the relevant provisions of our *Criminal Code* are modelled, was devised to meet the standards of the Fourth Amendment of the United States Constitution. The argument thus not only requires us to

Cour d'appel, il faudrait conclure que l'appelant n'aurait pu prétendre à aucune attente raisonnable quant au respect de sa vie privée si les séances de jeu avaient eu lieu chez lui.

^a Pour récapituler mes propos sur ce point important, je crois qu'il est manifeste que l'approche de la Cour d'appel à l'égard de la question de savoir ce qui constitue une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ne peut tout simplement pas être conciliée avec les conclusions qui se dégagent de l'arrêt *R. c. Duarte*. Cet arrêt indique clairement que l'art. 8 de la *Charte* vise à protéger les attentes qui sous-tendent la conviction que nous avons de vivre dans une société où nous ne sommes pas exposés à une surveillance électronique clandestine non autorisée de la part de l'État. J'estime indiscutable que tout comme nous croyons que dans une société libre et ouverte, l'État n'est pas habilité à procéder à des enregistrements non autorisés de nos conversations, aussi croyons-nous que, dans une société qui priviliege le fait d'être laissé tranquille, les particuliers se présument libres de vaquer à leurs affaires sans courir le risque de voir chacun de leurs mouvements filmé subrepticement par des agents de l'État. Par simple analogie avec l'arrêt *R. c. Duarte*, il s'ensuit nécessairement que la surveillance magnétoscopique non autorisée porte atteinte aux attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée garanties par l'art. 8 dans les circonstances de l'espèce. Il me semble absolument inconcevable que la police puisse avoir cette latitude de procéder à des enregistrements magnétoscopiques clandestins qui découle implicitement des conclusions de la Cour d'appel.

^b L'intimée a tenté d'établir une distinction entre l'espèce et l'arrêt *Duarte* en faisant valoir que dans l'arrêt *Duarte*, une disposition législative interdisait l'écoute électronique sauf en cas d'autorisation judiciaire. Cet argument révèle une méconnaissance totale de l'arrêt *Duarte*. C'est la *Charte*, plus précisément l'art. 8, qui protégeait l'appelant dans cette affaire-là et c'est la *Charte* qui protège le présent appellant. Il y a lieu de souligner que la mesure législative américaine, qui a servi de modèle aux dispositions pertinentes de notre *Code criminel*, a été libellée de façon à répondre aux normes du Quatrième amendement de la Constitu-

interpret the Constitution in the light of existing statutes, rather than the reverse; it effectively asks us to read history backwards. As I noted earlier, s. 8 was designed to provide continuing protection against unreasonable search and seizure and to keep pace with emerging technological development.

Nor can I accede to the arguments to the effect that the police, in installing the hidden camera, acted in the exercise of authority derived from their duties at common law. I have grave doubts as to whether the police could point to any common law authority under which they could act as they did. I would draw attention on this point to Martin J.A.'s observation in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at p. 120, (leave to appeal to this Court refused, [1984] 2 S.C.R. ix), that at common law there is no power to search premises without a warrant, except as an incident of a lawful arrest. And for reasons to be developed later, I do not think judicial development of new search powers should be encouraged. Moreover, even if the respondent were to be able to point to common law authority it is clear to me that such authority would not pass muster under the *Charter*. By way of reiterating the point I made above, *R. v. Duarte* makes it clear that unauthorized surreptitious electronic surveillance infringes on the right to be free from unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

I should perhaps observe that the conclusion I have arrived at is consistent with American experience. The courts there have held that a person who occupies a hotel room has a reasonable expectation of privacy and that the police cannot effect a warrantless search of the room; see *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964). While the courts in that country have been willing to hold that police eavesdropping from an adjoining room of "conversations . . . heard by the *naked human ear* . . . unaided by any artificial, mechanical or elec-

tion des États-Unis. Par conséquent, l'argument avancé nous constraint non seulement à interpréter la Constitution à la lumière de lois existantes, plutôt que l'inverse, mais également à lire l'histoire à rebours. Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 8 a été conçu dans le but d'accorder une protection continue contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives et d'évoluer au rythme des perfectionnements technologiques.

Je ne puis non plus accueillir les arguments portant que la police, en installant la caméra dissimulée, a agi dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré par ses fonctions en common law. Je doute sérieusement que la police puisse citer des règles de common law qui lui permettraient d'agir comme elle l'a fait. À cet égard, je soulignerai les propos du juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), à la p. 120, (autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix), qui précisent qu'en common law, il n'existe aucun pouvoir d'effectuer sans mandat une perquisition, dans un endroit donné, sauf s'il s'agit du pouvoir accessoire à une arrestation effectuée conformément à la loi. Pour les raisons que j'exposerai plus loin, je ne crois pas qu'on doive encourager l'élaboration par les tribunaux de nouveaux pouvoirs de fouille et de perquisition. De plus, même si l'intimité était en mesure de citer des règles de common law, il me paraît clair que celles-ci seraient incompatibles avec la *Charte*. Pour reprendre l'observation que j'ai déjà faite, l'arrêt *R. c. Duarte* établit clairement que la surveillance électronique subrepticte non autorisée porte atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

Il me paraît utile de souligner que la conclusion à laquelle je suis arrivé s'accorde avec la jurisprudence américaine. En effet, les tribunaux de ce pays ont conclu que celui qui occupe une chambre d'hôtel peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée et que la police ne peut sans mandat effectuer une fouille ou une perquisition dans la chambre; voir *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964). Même si les tribunaux de ce pays sont prêts à conclure que l'écoute par la police, dans une chambre adjacente, [TRADUCTION] «de

tronic device" does not violate the Fourth Amendment, they clearly view electronic eavesdropping as qualitatively different; see *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980), at p. 330. Similarly, video surveillance of such areas has been held to constitute a search, and so requires a warrant and such warrant must meet stringent standards borrowed from those required for electronic eavesdropping; see *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986).

Can a Warrant Be Obtained to Permit Video Surveillance?

Parliament has not yet seen fit to legislate in the matter of video surveillance, and I turn next to a consideration of the question whether, despite this fact, the police might nevertheless have obtained judicial authorization for their investigation. I will deal first with the respondent's submission that, in the absence of legislation specifically authorizing video surveillance, it might have been open to the police to obtain a warrant under Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [ad. S.C. 1973-74, c. 50] which governs the interception of oral communications.

The respondent advanced the hypothesis that video surveillance might have been authorized as an incident to an authorization issued pursuant to Part IV.1 of the *Code*. On this view of the matter, a judge, upon issuing an authorization for audio surveillance could supplement the authorization with an order for video surveillance. The respondent submits that this result can be made to rest on a creative interpretation of s. 178.13(2)(c), (d) of the *Code* (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 186). That section provides:

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 communica-

conversations entendues par l'oreille humaine seule, sans l'aide d'un dispositif artificiel, mécanique ou électronique» ne viole pas le Quatrième amendement, ils considèrent clairement que l'écoute électronique est de nature différente; voir *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980), à la p. 330. De même, les tribunaux ont conclu que la surveillance magnétoscopique dans ce domaine constitue une fouille et une perquisition, qu'elle exige un mandat et que ce mandat doit satisfaire à des normes strictes inspirées de celles qui régissent l'écoute électronique; voir *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986).

Est-il possible d'obtenir un mandat autorisant la surveillance magnétoscopique?

d J'aborde maintenant la question de savoir si, bien que le législateur n'ait pas encore jugé utile de légiférer sur la question de la surveillance magnétoscopique, la police aurait pu obtenir une autorisation judiciaire pour procéder à son enquête.

e J'étudierai d'abord la prétention de l'intimée selon laquelle, en l'absence de dispositions législatives autorisant expressément la surveillance magnétoscopique, il aurait été loisible à la police d'obtenir un mandat sous le régime de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [aj. S.C. 1973-74, ch. 50] qui régit l'interception de communications orales.

g L'intimée a prétendu que la surveillance magnétoscopique aurait pu être autorisée à titre de mesure accessoire à une autorisation accordée sous le régime de la partie IV.1 du *Code*. Selon cette hypothèse, le juge qui délivre une autorisation de surveillance audio peut ajouter à l'autorisation une ordonnance de surveillance magnétoscopique. L'intimée prétend que ce résultat peut se fonder sur une interprétation libérale des al. 178.13(2)c) et d) du *Code* (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186). Cette disposition prévoit:

178.13 ...

(2) Une autorisation doit

j 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 communi-

tions may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

(d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest . . . [Emphasis added.]

Like the Court of Appeal, I am of the opinion that this submission is without merit. In my respectful view, it would be a very grave error if the provisions of Part IV.1 of the *Code* were to be interpreted in this manner; see also *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566 (B.C.S.C.). I should observe that the courts in the United States have also refused to hold that the similar provisions in that country extend to electronic video surveillance; see *United States v. Biasucci, supra*.

I am aware that courts in the United States have held that either under general rules governing a court's power to issue warrants, or pursuant to the court's inherent jurisdiction, they are authorized to issue a warrant and to attach to it the stringent conditions required by the Fourth Amendment; see *Biasucci et People v. Teicher, supra*. But, as the Court of Appeal decision and *Biasi* have shown, our courts have studiously refrained from following such a course. The common law powers of search were extremely narrow, and the courts have left it to Parliament to extend them where need be; see *R. v. Rao, supra*. As Kaufman J.A., speaking for the Quebec Court of Appeal, has stated on this point in *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, at p. 101, leave to appeal to this Court refused [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 S.C.R. xii:

The law may well be unsatisfactory, but that is not for us to say, nor, as the trial judge noted, is it for the courts to fill in lacunae, however desirable such a course may seem. That must be left to the legislator.

cations 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;

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public . . . [Je souligne.]

b À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que cette prétention n'est pas fondée. A mon humble avis, ce serait commettre une très grave erreur que d'interpréter les dispositions de la partie IV.1 du *Code* de cette façon; voir également *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566 (C.S.C.-B.). Je soulignerais que les tribunaux des États-Unis ont également refusé de conclure que des dispositions semblables, en vigueur dans ce pays, s'étendent à la surveillance magnétoscopique; voir *United States v. Biasucci*, précité.

e Je sais que des tribunaux aux États-Unis ont conclu qu'en vertu soit des règles générales régissant leur pouvoir de décerner des mandats, soit de leur compétence inhérente, ils sont habilités à délivrer un mandat et à lui adjoindre les conditions strictes exigées par le Quatrième amendement; voir *Biasucci et People v. Teicher*, précités. Toutefois, comme l'ont montré la décision de la Cour d'appel et l'arrêt *Biasi*, nos tribunaux ont systématiquement refusé de suivre cette direction. Les pouvoirs en matière de fouille et de perquisition prévus par la common law étaient extrêmement limités et les tribunaux ont laissé au législateur le soin de les élargir au besoin; voir *R. v. Rao*, précité. Voici comment le juge Kaufman, qui a rendu les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, a décrit cette position dans l'affaire *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, à la p. 101, autorisation de pourvoi refusée [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 R.C.S. xii:

j [TRADUCTION] Il se peut que la loi ne soit pas satisfaisante, mais il ne nous appartient pas d'en décider ni, comme l'a souligné le juge de première instance, aux tribunaux de combler les lacunes, aussi souhaitable que puisse être cette façon d'agir. Cela doit être laissé au législateur.

This is wholly consistent with my earlier observations in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 187, and *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 891, as to what I perceive to be the respective roles of the courts and Parliament when *Charter* rights and freedoms are at issue. As I stated there, it does not sit well for the courts, as the protectors of our fundamental rights, to widen the possibility of encroachments on these personal liberties. It falls to Parliament to make incursions on fundamental rights if it is of the view that they are needed for the protection of the public in a properly balanced system of criminal justice.

Part IV.1 of the *Code* is designed to set strict limits on the ability of the agents of the state to intercept private oral communications. It does not speak to the very different, and I might add, more pernicious threat to privacy constituted by surreptitious video surveillance. On my view of the matter, the courts would be forgetting their role as guardians of our fundamental liberties if they were to usurp the role of Parliament and purport to give their sanction to video surveillance by adapting for that purpose a code of procedure dealing with an altogether different surveillance technology. It is for Parliament, and Parliament alone, to set out the conditions under which law enforcement agencies may employ video surveillance technology in their fight against crime. Moreover, the same holds true for any other technology which the progress of science places at the disposal of the state in the years to come. Until such time as Parliament, in its wisdom, specifically provides for a code of conduct for a particular invasive technology, the courts should forebear from crafting procedures authorizing the deployment of the technology in question. The role of the courts should be limited to assessing the constitutionality of any legislation passed by Parliament which bears on the matter.

Section 24(2) of the Charter

Having reached the conclusion that the videotape evidence was obtained in a manner that infringed a right guaranteed under the *Charter*, I turn to a consideration of the question whether the

Ces propos sont tout à fait conformes à mes motifs antérieurs dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 187 et dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 891, quant aux rôles respectifs des tribunaux et du législateur lorsqu'il s'agit de droits et de libertés protégés par la *Charte*. Comme je l'ai affirmé dans ces arrêts, il n'est pas du ressort des tribunaux, à titre de protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles. Il appartient au législateur de porter atteinte aux droits fondamentaux s'il estime que cela est nécessaire pour la protection du public dans un système pénal bien équilibré.

La partie IV.1 du *Code* vise à imposer de strictes limites au pouvoir des agents de l'État d'intercepter des communications privées orales. Elle ne parle pas de la menace très différente, voire plus pernicieuse, que pose à la vie privée la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement. Selon moi, les tribunaux négligeraient leur rôle de protecteurs de nos libertés fondamentales s'ils devaient usurper le rôle du législateur et prétendre sanctionner la surveillance magnétoscopique en adaptant à cette fin un code de procédure conçu pour une technologie de surveillance complètement différente. C'est au législateur et à lui seul qu'il revient d'établir les conditions dans lesquelles les organismes d'application de la loi peuvent avoir recours à la technologie de surveillance magnétoscopique pour combattre la criminalité. Il en est de même pour toute nouvelle technologie que les progrès de la science mettra à la disposition de l'État dans les années à venir. Tant que le législateur n'aura pas, dans sa sagesse, prévu expressément un code régissant une technologie attentatoire particulière, les tribunaux devraient s'abstenir d'élaborer des procédures autorisant l'utilisation de cette technologie. Le rôle des tribunaux devrait se limiter à vérifier la constitutionnalité de toute disposition législative adoptée par le législateur sur cette question.

Le paragraphe 24(2) de la Charte

Ayant conclu que les éléments de preuve magnétoscopique ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*, j'aborde la question de savoir si ces éléments de

evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because to do so would bring the administration of justice into disrepute.

This question was first discussed in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Having first observed that it lies upon the person seeking to exclude evidence to establish that its admission would bring the administration of justice into disrepute, Lamer J., as he then was, set forth, at pp. 283-84, many of the factors to be considered in determining the issues as follows:

- 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?
- is the evidence essential to substantiate the charge?
- are other remedies available?

The Court has on several occasions had occasion to elaborate upon these factors, notably in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 532-36.

Of primary importance in assessing these factors is, of course, the fairness of the process and, in particular, its impact on the fairness of the trial. In the similar case of *R. v. Duarte, supra*, the Court held that the evidence should not be rejected. The breach infringed the same important right of privacy. And while the offence here is not, in itself, among the more serious in the *Code*, it is not beside the point that the proceeds from these offences were to be used to foster far more serious crimes.

preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce qu'une telle situation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

^a Cette question a d'abord été examinée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Après avoir fait remarquer qu'il incombe à la personne qui cherche à écarter des éléments de preuve de démontrer que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, le juge Lamer, maintenant juge en chef, a énoncé de la manière suivante aux pp. 283 et 284 les nombreux facteurs qui doivent être examinés pour régler les questions litigieuses:

- 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?
- ^f —s'agit-il d'une infraction grave?
- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?
- existe-t-il d'autres recours?

^g Notre Cour a, à plusieurs reprises, eu l'occasion d'examiner ces facteurs, notamment dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 532 à 536.

^h Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus, et en particulier ses répercussions sur l'équité du procès, revêtent une importance capitale. Dans l'arrêt semblable *R. c. Duarte*, précité, notre Cour a conclu que l'élément de preuve contesté ne devait pas être écarté. La violation en cause portait atteinte au même droit important au respect de la vie privée. Et bien que l'infraction en l'espèce ne soit pas, en elle-même, parmi les plus graves du *Code*, il n'est pas déplacé de préciser que le produit de ces infractions devait être utilisé pour la perpétration de crimes beaucoup plus graves.

As in *Duarte*, the police acted in good faith. They had reasonable and probable cause to believe the offence had been committed, and could have arrested the appellant even without recourse to the videotape evidence. As in *Duarte*, too, the *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers. Also important is the fact that the bulk of the police investigation in this case was completed before this Court released its decision in *Hunter v. Southam Inc., supra*, and well before electronic surveillance was held to constitute a search; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1986] 1 S.C.R. ix. Accordingly, as was the case in *R. v. Duarte*, it can in fairness be said that the police, in conducting themselves as they did, acted in accordance with what they had good reason to believe was the law, and before they had had a reasonable opportunity to assess the consequences of the *Charter* on their established practices.

Other factors make the case for the admission of the evidence stronger than *Duarte*. Here the police sought legal advice about the steps that could be taken to obtain evidence that they could not otherwise obtain. This enquiry indicated that no other investigatory technique was available. As well, the police feared that if they did not act quickly, sufficient evidence could not be obtained, so there was a measure of urgency. As *R. v. Simmons, supra*, at pp. 533-34, underlines, these are considerations that cannot be ignored.

In these circumstances, I would hold that the appellant has not established that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Disposition

I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

Comme dans l'arrêt *Duarte*, les policiers ont agi de bonne foi. Ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'infraction avait été commise, et ils auraient pu arrêter l'appelant sans même avoir recours à la preuve magnétoscopique. Comme dans l'arrêt *Duarte* également, la violation de la *Charte* découlait d'une mauvaise interprétation tout à fait raisonnable de la loi par les policiers. Il importe également de souligner le fait que la majeure partie de l'enquête policière en l'espèce s'est effectuée avant que notre Cour rende l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, et bien avant que la surveillance électronique ne soit reconnue comme une fouille ou une perquisition; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix. Conséquemment, comme c'était le cas dans l'arrêt *R. c. Duarte*, on peut en toute équité dire que la police, en agissant comme elle l'a fait, s'est conformée à ce qu'elle croyait être le droit existant, et ce avant qu'elle ait eu la possibilité raisonnable d'évaluer les répercussions de la *Charte* sur ses pratiques établies.

D'autres facteurs militent plus fortement que dans l'affaire *Duarte* en faveur de l'utilisation des éléments de preuve contestés. En l'espèce, les policiers ont demandé un avis juridique sur les mesures qui pouvaient être prises pour obtenir des éléments de preuve qu'ils ne pouvaient par ailleurs obtenir. Cette demande indique qu'aucune autre technique d'enquête n'était disponible. De même, les policiers craignaient que s'ils n'agissaient pas rapidement, ils ne pourraient pas obtenir d'éléments de preuve suffisants, de sorte qu'il y avait une certaine urgence. Comme le souligne l'arrêt *R. c. Simmons*, précité, aux pp. 533 et 534, voilà des considérations dont il faut tenir compte.

Dans ces circonstances, je suis d'avis de conclure que l'appelant n'a pas démontré que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Does surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

3. If the answer to question 1 is "yes" and the answer to question 2 is "no", would the admission into evidence of the videotapes bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*?

No.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin J. were delivered by

LAMER C.J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice La Forest, and while I concur in his disposition of this case, I have come to this conclusion by a different route. Accordingly, I find it necessary to set out below my reasons for dismissing this appeal.

In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, this Court was called upon to interpret the protection afforded to persons by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against surreptitious electronic surveillance conducted by the agents of the State. It was decided that not every unauthorized electronic audio surveillance carried out by the agents of the state violates s. 8 of the *Charter*. *Duarte* concerned the surreptitious audio recording by an agent of the state of a private communication and any interpretation of the case must, in my view, recognize that fact. Indeed, in *Duarte* the Crown had conceded that the interception of private communications constituted a search under s. 8. Thus, *Duarte* stands for the proposition that the recording of a private communication, without the consent of all the parties thereto, constitutes a

- a. 1. La surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

- b. 2. Si la surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

- c. 3. Si la réponse à la question 1 est «oui» et la réponse à la question 2 est «non», l'utilisation en preuve des bandes magnétoscopiques est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Non.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge McLachlin rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et bien que je partage son opinion quant à la décision à rendre dans le présent pourvoi, je suis arrivé à cette conclusion d'une manière différente. Par conséquent, j'estime nécessaire d'énoncer les motifs pour lesquels je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

g Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, on a demandé à notre Cour d'interpréter la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre la surveillance électronique effectuée subrepticement par des agents de l'État. Notre Cour a conclu que la surveillance par écoute électronique non autorisée effectuée par des agents de l'État ne violait pas toujours l'art. 8 de la *Charte*. L'arrêt *Duarte* portait sur l'enregistrement d'une communication privée effectué subrepticement par un agent de l'État et toute interprétation de cet arrêt doit, à mon avis, reconnaître ce fait.

h En fait, dans l'arrêt *Duarte*, la poursuite a admis que l'interception de communications privées constituait une fouille ou perquisition aux termes de l'art. 8. Par conséquent, l'arrêt *Duarte* entérine la proposition selon laquelle l'enregistrement d'une

search for the purpose of s. 8. Such a search may be reasonable only where prior judicial authorization has been obtained.

In the case at bar, my colleague does not dispute the statement of the Court of Appeal that video surveillance would constitute a search under s. 8 only where the target had a reasonable expectation of privacy. He differs from the Court of Appeal in that he concludes that the accused, in the circumstances of this case, had a reasonable expectation of privacy. In his view, the issue of whether an individual had a reasonable expectation of privacy in the circumstances involves the question of whether, by the standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic society, it should have been open to the agents of the state to act as they did without prior judicial authorization. His answer to this question in this case is that the unauthorized surreptitious video surveillance by the agents of the state amounted to an invasion of the appellant's reasonable expectation of privacy and thus constituted an unreasonable search and seizure under s. 8.

I agree with my colleague that unauthorized surreptitious electronic surveillance may, in certain circumstances, violate an individual's rights under s. 8. I agree that such surveillance will violate s. 8 where the target of the surveillance has a reasonable expectation of privacy. However, in my view, the consideration of whether an individual has a reasonable expectation of privacy can only be decided within the particular factual context of the surveillance, not by reference to a general notion of privacy in a free and democratic society which an individual enjoys at all times. A person has the right, under s. 8, to be free from unauthorized surreptitious electronic surveillance where that person has a reasonable expectation that the agents of the state will not be watching or record-

communication privée, sans le consentement de toutes les parties à celle-ci, constitue une fouille ou perquisition aux fins de l'art. 8. Une telle fouille ou perquisition ne peut être raisonnable que lorsqu'une autorisation judiciaire préalable a été obtenue.

En l'espèce, mon collègue ne conteste pas la déclaration de la Cour d'appel selon laquelle la surveillance magnétoscopique constituerait une fouille ou perquisition aux termes de l'art. 8 seulement lorsque la personne visée avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.
 Son opinion est différente de celle de la Cour d'appel là où il conclut que l'accusé, dans les circonstances de l'espèce, pouvait raisonnablement s'attendre au respect de la vie privée. À son avis, la question de savoir si une personne pouvait raisonnablement s'attendre au respect de la vie privée dans les circonstances implique la question de savoir si, selon les normes du respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, il aurait été permis aux agents de l'État d'agir comme ils l'ont fait sans autorisation judiciaire préalable. En l'espèce, il a répondu à cette question que la surveillance magnétoscopique non autorisée effectuée subrepticement par les agents de l'État équivalait à une atteinte à l'attente raisonnable de l'appelant en matière de respect de la vie privée et par conséquent, constituait une perquisition, une fouille et une saisie au sens de l'art. 8.

Je conviens avec mon collègue que la surveillance électronique subreptice non autorisée peut, dans certaines circonstances, porter atteinte aux droits garantis par l'art. 8. Je conviens qu'une telle surveillance porte atteinte à l'art. 8 lorsque la personne qui en fait l'objet peut raisonnablement s'attendre au respect de la vie privée. Toutefois, à mon avis, la question de savoir si une personne a une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ne peut être tranchée que dans le contexte factuel particulier de la surveillance, et non en fonction d'une notion générale de respect de la vie privée dans une société libre et démocratique dont une personne jouit en tout temps. Une personne a le droit, aux termes de l'art. 8, de ne pas être assujettie à une surveillance électronique

ing private activity nor monitoring or recording private conversations. Whether such an expectation is reasonable will depend on the particular circumstances; a person does not necessarily enjoy this right in all circumstances. It is sufficient to decide this case by considering whether the appellant had a reasonable expectation of privacy in this hotel room which had been effectively converted into a public gaming house. It is not necessary to decide whether the appellant would have such an expectation in all circumstances according to a general notion of privacy. The latitude of the concept of a reasonable expectation of privacy will be determined by the factual situations which arise in future cases.

I agree with La Forest J. that a person who retires to a hotel room and closes the door behind him or her will normally have a reasonable expectation of privacy. The nature of the place in which the surveillance occurs will always be an important factor to consider in determining whether the target has a reasonable expectation of privacy in the circumstances. It is not, however, determinative. A person who is situated in what would normally be characterized as a public place (a restaurant, for example) may well have a reasonable expectation of privacy. For example, he or she would not reasonably expect that the police will surreptitiously monitor and record the private conversation taking place at his or her table. By the same token, that which would normally be characterized as a private place (a personal residence, for example) may well, by the manner in which it is utilized, become a place in which one does not have a reasonable expectation of privacy.

The expectation of privacy which normally exists with respect to a hotel room will not be circumscribed by the fact that illegal activity may be taking place in the room, nor will it necessarily be waived by the mere fact that others have been invited to the room. However, in some cases, additional facts may be present which will indicate that

subrepticie non autorisée lorsqu'elle s'attend raisonnablement à ce que les agents de l'État ne surveillent pas ses activités ou ses conversations privées et ne les enregistrent pas. La question de *a* savoir si une telle attente est raisonnable dépendra des circonstances particulières; une personne ne jouit pas nécessairement de ce droit dans toutes les circonstances. Il suffit pour régler l'espèce de se demander si l'appelant pouvait raisonnablement *b* s'attendre au respect de la vie privée dans cette chambre d'hôtel qui avait en fait été convertie en maison de jeu publique. Il n'est pas nécessaire de décider si l'appelant aurait une telle attente en *c* toutes circonstances selon une notion générale du respect de la vie privée. L'étendue du concept de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée sera déterminée par les situations de fait qui surviendront dans l'avenir.

d Je souscris à l'opinion du juge La Forest qu'une personne qui se retire dans une chambre d'hôtel et qui ferme la porte derrière elle s'attendra normalement et raisonnablement au respect de sa vie privée. La nature de l'endroit où la surveillance a lieu sera toujours un facteur important dont il faudra tenir compte pour déterminer si la personne-cible s'attend raisonnablement au respect de la vie privée dans les circonstances. Ce facteur n'est toutefois pas déterminant. Une personne qui se trouve dans ce qui serait normalement qualifié de lieu public (un restaurant, par exemple) peut très bien s'attendre raisonnablement au respect de *e* la vie privée. Par exemple, elle ne s'attendrait raisonnablement pas à ce que la police surveille et enregistre subrepticement la conversation privée qu'elle tient à sa table. De la même façon, ce qui serait normalement qualifié de lieu privé (une *f* résidence personnelle, par exemple) peut très bien, selon son utilisation, devenir un lieu où une personne ne saurait s'attendre raisonnablement au respect de la vie privée.

i L'attente en matière de respect de la vie privée qui existe normalement à l'égard d'une chambre d'hôtel ne sera pas restreinte par le fait qu'une activité illégale peut s'y dérouler, et elle ne sera pas nécessairement écartée par le simple fait que d'autres personnes ont été invitées dans la chambre. Toutefois, dans certains cas, d'autres faits

the target does not have a reasonable expectation of privacy.

In the case at bar, the appellant was situated in a hotel room. In most cases, a hotel room is a location in which one has a reasonable expectation of privacy. However, in this case the appellant had, indiscriminately, extended invitations to the gaming session which was to take place in the hotel room. He had passed out numerous notices in public restaurants and bars, thereby inviting the public into the hotel room. It is impossible to conclude that a reasonable person, in the position of the appellant, would expect privacy in these circumstances. A reasonable person would know that when such an invitation is extended to the public at large, one can no longer expect that strangers, including the police, will not be present in the room. In this case, the police effected their presence in the room via the video camera which was installed in the drapery valence.

I do not wish to be taken as adopting the "risk analysis" which this Court rejected in *Duarte, supra*. I am not equating the risk that strangers will be in the hotel room with the risk that the police will be electronically recording the activity in the hotel room. The issue is not so much concerned with risk as it is with reasonable expectations. Here it was not reasonable for the appellant to expect that strangers, including the police, would not be present in the room.

The appellant may well have had a reasonable expectation of privacy in the hotel room had he extended a few invitations to particular individuals. However, that was not the case here. In my view, and with respect for other views, the appellant had no reasonable expectation of privacy in these circumstances; as a result, no search took place within the meaning of s. 8.

Having concluded that no search took place under s. 8, it is unnecessary to consider the reason-

pourront indiquer que la personne visée n'a pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

a En l'espèce, l'appelant se trouvait dans une chambre d'hôtel. Dans la plupart des cas, une chambre d'hôtel est un lieu dans lequel une personne s'attend raisonnablement au respect de la vie privée. Toutefois, en l'espèce, l'appelant avait, au hasard, lancé des invitations aux séances de jeu qui devaient avoir lieu dans la chambre d'hôtel. Il avait distribué de nombreux avis dans des restaurants publics et des bars, invitant de la sorte le public à la chambre d'hôtel. Il est impossible de conclure qu'une personne raisonnable, dans la situation de l'appelant, pourrait s'attendre au respect de la vie privée dans de telles circonstances. Une personne raisonnable saurait que lorsqu'une telle invitation est lancée au grand public, elle ne peut désormais plus s'attendre à ce qu'il n'y ait pas d'étrangers, y compris des policiers, dans la chambre. En l'espèce, les policiers étaient présents dans la chambre par l'entremise de la caméra vidéo qui e avait été installée dans la cantonnière des rideaux.

f Je ne veux pas que l'on pense que j'adopte l'«analyse fondée sur le risque» que cette Cour a rejetée dans l'arrêt *Duarte*, précité. Je ne confonds pas le risque que des étrangers se trouvent dans une chambre d'hôtel et le risque que des policiers enregistrent électroniquement l'activité dans la chambre d'hôtel. La question ne porte pas tant sur le risque mais sur les attentes raisonnables. En g l'espèce, il n'était pas raisonnable que l'appelant s'attende à ce qu'il n'y ait pas d'étrangers, voire des policiers, dans la chambre.

h L'appelant aurait bien pu s'attendre raisonnablement au respect de la vie privée dans la chambre d'hôtel en cause s'il avait lancé quelques invitations à des personnes en particulier. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce. À mon avis, et avec i égards pour les autres opinions, l'appelant n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée dans ces circonstances; par conséquent, il n'y a pas eu fouille ou perquisition au sens de l'art. 8.

j Comme j'ai conclu qu'il n'y avait pas eu fouille ou perquisition au sens de l'art. 8, il n'est pas

ableness of the search. The videotape evidence should have been admitted at trial. I would dismiss the appeal and order a new trial. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, if the target had a reasonable expectation of privacy in the particular circumstances.

2. If surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

It is not necessary to answer this question.

3. If the answer to question 1 is "yes" and the answer to question 2 is "no", would the admission into evidence of the videotapes bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleagues Chief Justice Lamer and Justice La Forest in this appeal and would respectfully agree with the reasons of La Forest J. except on the issue of the admission of the videotape evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

1. Admissibility of the Evidence

Section 24(2) provides:

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it

nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la fouille ou perquisition. La preuve magnétoscopique aurait dû être utilisée au procès. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, si la personne visée avait une attente raisonnable quant au respect de la vie privée dans les circonstances particulières.

2. Si la surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Si la réponse à la question 1 est «oui» et la réponse à la question 2 est «non», l'utilisation en preuve des bandes magnétoscopiques est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues le juge en chef Lamer et le juge La Forest dans le présent pourvoi et je souscris aux motifs de ce dernier, sauf en ce qui concerne la question de l'utilisation de la preuve magnétoscopique sous le régime du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

i. 1. Admissibilité de la preuve

Le paragraphe 24(2) prévoit:

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces

is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

It is suggested that the admissibility issue raised in this appeal is governed by *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, in which electronic surveillance evidence was held admissible under s. 24(2) on the ground that "the breach was in no way deliberate, wilful or flagrant" and that the police acted in good faith "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*". The conduct of the police in that case was further justified on the basis that, if they had understood the law correctly, they would have obtained an authorization under the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Their conduct was accordingly "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".

In my view, it is unwise to rely on precedent for an answer to the question whether or not the admission of evidence obtained in violation of the *Charter* in a particular case would bring the administration of justice into disrepute. The language of s. 24(2) stipulates that the admissibility of the evidence is to be determined in "all the circumstances". The presence of these words in the section suggests to me that, in determining whether evidence obtained in violation of *Charter* rights should nonetheless be admitted, the context is vital. Hence, while the fact that the police acted "in good faith" may be virtually determinative in one case, in another it may be of little consequence.

That determinations made under s. 24(2) turn entirely on the particular circumstances of each case was underscored by this Court in *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93. In that case it was conceded that the accused's rights under s. 9 of the *Charter* to be free from arbitrary detention were violated and thus the only issue was the admissibility of certain statements made by the accused

éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

- a* On prétend que la question de l'admissibilité soulevée en l'espèce est régie par l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, dans lequel la preuve obtenue par surveillance électronique a été jugée admissible sous le régime du par. 24(2) pour le motif que «la violation n'était aucunement intentionnelle, volontaire ou flagrante» et que les agents de police avaient agi de bonne foi «en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme la règle de droit applicable—celle qui
- b* avait existé pendant bien des années avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. La conduite des agents de police dans ce cas se justifiait en outre au motif que s'ils avaient bien compris la règle de droit, ils auraient obtenu une autorisation en vertu du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Leur conduite constituait par conséquent «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».

- f* À mon avis, il est mal avisé de se fonder sur la jurisprudence pour répondre à la question de savoir si l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* dans un cas donné déconsidérerait l'administration de la justice. Selon le libellé du par. 24(2), l'admissibilité de la preuve doit être déterminée eu égard «aux circonstances».
- g* La présence de ces termes me porte à croire que le contexte est essentiel lorsqu'il s'agit de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation des droits reconnus par la *Charte* devraient néanmoins être admis. Ainsi, le fait que la police agisse «de bonne foi» peut à toutes fins utiles être déterminant dans un cas mais avoir peu de conséquences dans un autre.

- i* Dans l'arrêt *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, notre Cour a souligné le fait que les décisions rendues en vertu du par. 24(2) dépendent entièrement des circonstances particulières de chaque cas. Dans cet arrêt, il a été admis que le droit conféré à l'accusé par l'art. 9 de la *Charte* d'être protégé contre la détention arbitraire avait été violé, de sorte que l'unique question en litige était l'admissibil-

while detained in contravention of their *Charter* rights. The majority of the Court (Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and Sopinka JJ.) dismissed the appeal in brief reasons, the gist of which appears at p. 98:

It is not the proper function of this Court, though it has jurisdiction to do so, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of the courts below under s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion of the matter

This deferential approach to the review of lower court decisions under s. 24(2) is appropriate for the very reason that the issue of admissibility is so fact specific.

To repeat then, the context is vital to the issue of admissibility and I see a very different context in this case from that in *Duarte*. I would like to touch briefly on what I see as the significant factors bearing on the issue of admissibility in this case.

The approach which this Court has adopted for the determination of the admissibility of evidence was first stated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and summarized in the later case of *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59:

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

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

bilité de certaines déclarations faites par l'accusé alors qu'il était détenu en violation des droits que lui reconnaît la *Charte*. Notre Cour (le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, a Wilson, La Forest et Sopinka) a rejeté le pourvoi à la majorité en rédigeant de brefs motifs dont l'essentiel figure à la p. 98:

En l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de b conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à cette Cour, bien qu'elle ait compétence pour le faire, de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion en la matière

c Cette approche respectueuse à l'égard de l'examen des décisions des tribunaux inférieurs en vertu du par. 24(2) est appropriée précisément parce que la question de l'admissibilité est à ce point reliée aux d faits.

e Je répète, le contexte est essentiel en ce qui concerne la question de l'admissibilité et selon moi, le contexte en l'espèce est très différent de celui de e l'arrêt *Duarte*. J'aimerais dire un mot sur ce qui, à mon avis, constitue des facteurs importants quant à la question de l'admissibilité en l'espèce.

f L'approche que notre Cour a adoptée pour décider de l'admissibilité d'une preuve a d'abord été énoncée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et résumée dans l'arrêt subséquent *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559:

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

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

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

It is these factors that guide the s. 24(2) determination and I propose to deal with each in turn.

Fairness of the Trial

The videotape evidence in this case was brought into existence purely as a result of the violation of s. 8 of the *Charter*. In this sense it is analogous to a confession and quite different from evidence which has an independent existence apart entirely from the *Charter* violation. The importance of this distinction was addressed in *Collins, supra*, and I would respectfully adopt the following passage from the reasons of Lamer J. in that case at p. 284:

The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination.

Lamer J. did not intend his comments regarding self-incrimination to be confined to confessions. This was made clear by him in the later case of *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, in which the evidence in issue was the identification evidence obtained by the accused's participation in a line-up in violation of his s. 10(b) right. Lamer J. said at p. 16:

Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression "emanating from him" since we

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

Ce sont ces facteurs qui guident la décision rendue en vertu du par. 24(2) et je me propose d'examiner chacun d'eux à tour de rôle.

c L'équité du procès

L'existence de la preuve magnétoscopique en l'espèce résultait purement et simplement de la violation de l'art. 8 de la *Charte*. En ce sens, elle est analogue à une confession et tout à fait différente d'une preuve qui existe indépendamment d'une violation de la *Charte*. L'importance de cette distinction a été soulignée dans l'arrêt *Collins*, précité, et je citerai l'extrait suivant des motifs du juge Lamer à la p. 284:

La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même.

Le juge Lamer n'a pas voulu limiter aux confessions ses observations concernant l'auto-incrimination. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt plus récent *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, où il s'agissait d'une preuve d'identification obtenue avec la participation de l'accusé dans une séance d'identification en violation du droit que lui reconnaît l'al. 10b). Le juge Lamer a dit à la p. 16:

Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «éma-

were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

I believe that fair trial considerations favour the exclusion of the videotape evidence in the instant case.

Seriousness of the Charter Violation

Consideration of the second group of the *Collins* factors also militates in my view against the admission of the videotape evidence.

The first and perhaps the most important aspect regarding the seriousness of the violation is that in this case the police had resort to a constitutionally suspect method of investigation in the absence of any compelling circumstances. There was no suggestion that the situation was urgent or that there was a risk that the evidence would be lost. The police had approximately two days' advance notice of each gambling session. Despite this, the police resorted to an investigative technique that was legally questionable and highly intrusive. In *Collins*, Lamer J. recognized that whether resort to questionable techniques was necessary is a factor going to the seriousness of the violation. At page 285 he stated:

I should add that the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious. We are considering the actual conduct of the authorities and the evidence must not be admitted on the basis that they could have proceeded otherwise and obtained the evidence properly. In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.

Were proper investigative means available to the police in this case? This question should be approached from a practical point of view taking into account the progress of the investigation and the options which reasonably presented themselves to the police at the relevant time.

nant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

J'estime que les considérations relatives à l'équité du procès favorisent l'exclusion de la preuve magnétoscopique en l'espèce.

La gravité de la violation de la Charte

L'examen du deuxième groupe de facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* m'incite également à rejeter l'utilisation de la preuve magnétoscopique.

Le premier aspect, et peut-être le plus important, concernant la gravité de la violation tient à ce que dans le présent pourvoi, la police a eu recours à une méthode d'enquête suspecte sur le plan constitutionnel en l'absence de circonstances contraiantes. Rien ne laissait croire que la situation était urgente ou que la preuve risquait d'être perdue. La police était informée environ deux jours à l'avance de chaque activité de jeu. Malgré cela, elle a eu recours à une méthode d'enquête qui était légalement discutable et très attentatoire. Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer a reconnu que la question de savoir si le recours à des techniques discutables était nécessaire est un facteur ayant trait à la gravité de la violation. Voici ce qu'il a déclaré à la p. 285:

g Je dois ajouter que l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*. Nous examinons la conduite réelle des autorités et les éléments de preuve ne doivent pas être admis pour le motif que les autorités auraient pu procéder autrement et ainsi obtenir la preuve de façon régulière. D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve.

La police pouvait-elle utiliser des moyens d'enquête réguliers en l'espèce? Il faudrait aborder cette question d'un point de vue pratique en tenant compte du progrès de l'enquête et des options qui s'offraient normalement à la police à l'époque en cause.

The evidence reveals that the police first learned of the existence of these "floating" gambling houses through an informant. The informant notified them that the games were being held in hotel rooms in Toronto and that invitations to these gambling sessions were handed out in the form of slips at various restaurants. Upon receiving this information, the police canvassed the downtown hotels and, with the assistance of the hotel management, identified the Hilton as the location at which the games were held, the identity of the person booking the room and the dates on which the gambling was to take place.

Armed with this information the police entered the room booked by the accused the previous evening and observed and confiscated a number of items (including the above-mentioned invitations) indicating that gambling activities had indeed taken place. The police then checked to see if there was any way of seeing from the outside what was going on in the room and concluded that there was not. It was at that point, during the initial visit to the scene of the suspected crime, that the police decided to use video surveillance.

What alternative investigative techniques were reasonably available to the police? They might, it seems to me, have had resort to an informer. Apparently an informer had provided them with the vital information they needed to proceed with the investigation in the first place. No explanation was offered as to why this person was not approached for further assistance.

It also seems apparent to me that the use of undercover officers might have proved a fruitful way of investigating the offence. The explanation for not using an undercover officer was that they had so few Oriental police constables on staff that those they had would have been readily recognized. Indeed, the evidence reveals that at the relevant time there were only eleven officers of Oriental extraction on the entire Metropolitan Toronto Police Force, a figure which verges on the astounding. Can one really rely on one's own discriminatory hiring practices as a justification for violating the rights of visible minorities? The idea somehow seems offensive. I do not doubt that

La preuve révèle que la police a pour la première fois appris l'existence de ces maisons de jeux «flottantes» grâce à un dénonciateur. Celui-ci l'a avisée que des activités de jeu avaient lieu dans des a chambres d'hôtel de Toronto et que des invitations à ces séances de jeu étaient distribuées sous forme de billets dans divers restaurants. Après avoir reçu cette information, la police a visité les hôtels du centre-ville et, avec l'aide de la direction de l'hôtel, b elle a identifié le Hilton comme étant l'endroit où les jeux avaient lieu, en plus d'établir l'identité de la personne qui avait réservé la chambre et les dates auxquelles les activités de jeu devaient avoir lieu.

Munie de cette information, la police est entrée dans la chambre réservée par l'accusé le soir précédent et elle a vu et confisqué un certain nombre d'objets (y compris les invitations susmentionnées) indiquant que des activités de jeu avaient effectivement eu lieu. Elle a ensuite vérifié s'il était possible de voir de l'extérieur ce qui se passait dans la chambre, et elle a conclu que tel n'était pas le cas. e C'est à ce moment-là, au cours de la visite initiale sur la scène du crime soupçonné, que la police a décidé d'utiliser la surveillance magnétoscopique.

Quelles autres méthodes d'enquête la police pouvait-elle raisonnablement utiliser? Elle aurait pu, me semble-t-il, avoir recours à un indicateur. Un indicateur semble lui avoir fourni les renseignements essentiels dont elle avait besoin pour procéder d'abord à l'enquête. Elle n'a pas expliqué g pourquoi elle n'avait pas eu recours aux services de cette personne ultérieurement.

Il me semble également évident que le recours à des agents d'infiltration aurait pu s'avérer un moyen efficace d'enquêter sur l'infraction. La police a expliqué qu'elle comptait si peu d'agents orientaux au sein de son personnel que ceux-ci auraient été immédiatement reconnus. De fait, la preuve révèle qu'à l'époque en cause, il y avait seulement onze agents d'origine orientale dans tout l'effectif policier de la région métropolitaine de Toronto, chiffre qui est presque incroyable. Peut-on vraiment se fonder sur ses propres pratiques d'embauche discriminatoires pour justifier la violation des droits des minorités visibles? L'idée semble quelque peu choquante. C'était sans aucun

this was the reason for not using a plain clothes officer; I am just of the view that it should not receive judicial condonation.

Finally, and I think most importantly, no attempt was made to obtain an authorization for electronic surveillance under Part IV.1 of the *Criminal Code* [ad. S.C. 1973-74, c. 50] (now Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46) an alternative which was obviously available in the circumstances. As I have indicated, it would appear that the thought did not, at least initially, cross the investigating officers' minds. Constable Yates, the officer in charge of the investigation, testified as follows:

Police Constable Harker and I looked into the suite and observed whether a game had been played, and it was decided then to install a camera and monitor the activities. [Emphasis added.]

The police did not appear to be seriously concerned about the propriety of this course of action. Instead, they seem to have firmly settled upon the idea of video taping the activities in the room and were not to be swayed from this approach. The following exchange took place between counsel for the defence and Police Constable Yates:

Q: Did you ever make any effort to consult with the crown attorney before installing the video equipment?

A: I may have done. I don't recall. Upon consulting with Police Constable Harker of the Intelligence Bureau, I believe he told me a warrant was not necessary, or you couldn't get one at that time if it was just for a video and there was no audio involved.

Q: So it was a fellow police officer who indicated to you that it was okay?

A: I believe I spoke with Mr. Atkinson [the Crown Attorney].

Q: Are you sure about that?

A: Pretty sure.

I am not persuaded that the police gave proper consideration to the question whether they were acting within the bounds of the law in installing

doute la raison pour laquelle elle n'a pas eu recours à un policier en civil; j'estime simplement que cela ne devrait pas être entériné par les tribunaux.

a Enfin, et c'est ce qui est à mon avis le plus important, on n'a aucunement tenté d'obtenir l'autorisation d'utiliser la surveillance électronique en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel*, [aj. S.C. 1973-74, ch. 50] (maintenant partie VI du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), recours qui s'offrait évidemment dans les circonstances. Comme je l'ai indiqué, il semble qu'au début tout au moins, les agents enquêteurs n'y ont pas pensé. L'agent Yates, responsable de l'enquête, a témoigné comme suit:

[TRADUCTION] L'agent de police Harker et moi-même avons examiné la chambre d'hôtel pour voir si une partie avait été jouée, et c'est alors que nous avons décidé d'installer une caméra et de surveiller les activités. [Je souligne.]

Les agents de police ne semblent pas s'être sérieusement interrogés sur la régularité de cette ligne de conduite. Ils semblent plutôt avoir fermement décidé d'enregistrer sur bande magnétoscopique les activités qui se déroulaient dans la chambre d'hôtel, et de s'en être tenus à cette méthode. L'avocat de la défense et l'agent de police Yates f ont échangé les propos suivants:

[TRADUCTION]

Q: Avez-vous déjà essayé de consulter le procureur du ministère public avant d'installer le matériel magnétoscopique?

g R: Il se peut que oui. Je ne me souviens pas. Après avoir consulté l'agent de police Harker de l'Intelligence Bureau, je pense qu'il m'a dit qu'un mandat n'était pas nécessaire ou que je ne pourrais en obtenir un à ce moment-là s'il s'agissait uniquement d'un enregistrement sur bande magnétoscopique sans système audio.

Q: C'est donc un collègue policier qui vous a indiqué que c'était correct?

R: Je pense avoir parlé à M^e Atkinson [le procureur du ministère public].

Q: Êtes-vous sûr de cela?

R: À peu près sûr.

j Je ne suis pas convaincue que les agents de police se soient vraiment demandés s'ils agissaient légalement en installant l'équipement magnétoscopique.

the video equipment. Indeed they sought to avoid the regular procedures contemplated for lawful and constitutional searches for entirely unacceptable reasons. Later in his cross-examination, which I quote at some length, Officer Yates testified:

Q: Was there ever any thought given to applying to a Supreme Court Judge through a designated agent to put a bug—that's an electrical eavesdropper—into the room?

A: We did talk about it, Mr. Dempsey, but we decided it was not necessary for the purposes of the investigation.

Q: But have you ever been part of an operation or investigation which is electronic surveillance?

A: Yes, I have.

Q: So you're aware of the procedure set out in the Criminal Code for designated . . . applying to a Supreme Court judge for an order granting authorization?

A: Yes, I am.

Q: And when you say you just decided . . . what did you say, Officer, "We didn't need to . . ." or . . . ?

A: We didn't . . .

Q: "Didn't think we had to"?

A: We felt it was not necessary for the purposes of what is relatively a minor investigation, considering . . .

Q: I hope you'll maintain that view.

A: . . . considering the cost factor.

Q: Well, the cost factor of putting a bug in a room would have been just about, say, all of this apparatus, would you agree?

A: No, sir.

Q: You [are] talking about the cost of doing it or the cost of transcribing and preparing for trial?

A: The cost of making an application through a crown attorney.

Surely it must have struck the police that the detailed provisions contained in Part IV.1 of the *Criminal Code* are there for a reason, i.e., to protect the privacy of individuals against encroachment by the state through the use of

En fait, ils ont, pour des raisons absolument inacceptables, cherché à éviter la procédure normale applicable aux fouilles ou aux perquisitions légales et constitutionnelles. Plus loin dans son contre-interrogatoire, dont je cite un extrait assez long, l'agent Yates a déclaré:

[TRADUCTION]

Q: Vous est-il venu à l'esprit de vous adresser à un juge de la Cour suprême par l'intermédiaire d'un représentant désigné pour installer un micro—c'est-à-dire un écouteur électrique—dans la chambre?

R: Nous en avons parlé, M. Dempsey, mais nous avons décidé que cela n'était pas nécessaire pour les fins de l'enquête.

Q: Mais avez-vous déjà participé à une opération ou à une enquête constituant de la surveillance électronique?

R: Oui.

Q: Vous êtes donc au courant des formalités énoncées dans le Code criminel pour [...] demander à un juge de la Cour suprême une ordonnance accordant une autorisation?

R: Oui.

Q: Et lorsque vous dites que vous avez simplement décidé [...] qu'avez-vous dit, monsieur l'agent, «nous n'avions pas besoin de . . .» ou . . . ?

R: Nous ne . . .

Q: «Nous ne pensions pas que nous devions»?

R: Nous croyions que cela n'était pas nécessaire pour les fins d'une enquête relativement mineure, considérant . . .

Q: J'espère que vous maintiendrez ce point de vue.

R: . . . considérant le coût.

Q: Eh bien, le coût d'installation d'un micro dans une chambre se résume, disons, à celui de l'installation de cet appareil, êtes-vous d'accord?

R: Non, monsieur.

Q: Parlez-vous du coût de cette opération ou du coût de la transcription et de la préparation en vue du procès?

R: Le coût de la présentation d'une demande par l'entremise d'un substitut du procureur général.

La police devait certainement savoir que les dispositions détaillées figurant à la partie IV.1 du *Code criminel*, sont là pour une raison, c'est-à-dire pour protéger la vie privée des particuliers contre les empiétements de l'État réalisés au moyen d'une

powerful and sophisticated technology, and not merely to hamper the legitimate aims of law enforcement. Just as surely it must have been obvious to them that there would be little point in Parliament's detailing such procedures if they could be so easily avoided. In my view, the police could and should have sought an authorization for a wiretap. They could then at least have put to the authorizing judge their desire to use video surveillance independent from or in addition to audio surveillance. Their use of video equipment without sound capability seems to me to be a thinly disguised attempt to avoid Part IV.1 of the *Code*. In the circumstances, there can be no doubt but that the police proceeded in blatant disregard of the accused's *Charter* rights.

If it is indeed relevant to the admissibility issue as suggested in *Duarte* (and I am not sure that it is) to consider whether the *Charter* violation was wilful or not, it seems to me that it clearly was in this case. The evidence discloses that the police had a case against the appellant but that it was a weak one. They admitted that they wanted to get Wong on a bigger charge and that videotaping was the obvious way to do it. In effect, they opted in their zeal to pursue a course which they knew to be suspect. This is a far cry from *Duarte*. The police conduct in this case was deliberate. It was not based on a reasonable, or indeed any, misunderstanding of the law. There is nothing to suggest that the police would have obtained the evidence in any event. And there is, as already mentioned, the overwhelming reality that no other perfectly lawful investigative techniques were tried and shown to have failed.

Effect on the System

The final set of factors for review in determining whether the evidence should be excluded under s. 24(2) is the effect of exclusion or admission on the repute of the justice system. The seriousness of the

technologie puissante et sophistiquée, et non seulement pour faire obstacle aux objectifs légitimes de l'application de la loi. Elle aurait dû également savoir de toute évidence qu'il n'aurait servi à rien

- a au Parlement d'énoncer ces formalités en détail si on pouvait y échapper aussi facilement. À mon avis, les agents de police pouvaient et devaient chercher à obtenir une autorisation en vue de procéder à une écoute électronique. Ils auraient pu alors au moins faire connaître au juge concerné leur désir d'utiliser la surveillance magnétoscopique indépendamment de la surveillance audio ou en plus de celle-ci. L'utilisation qu'ils ont faite de l'équipement magnétoscopique sans moyens de capter le son constitue, me semble-t-il, une tentative à peine déguisée de se soustraire à la partie IV.1 du *Code*. Dans les circonstances, il ne peut faire aucun doute que la police a fait preuve d'une
- b indifférence flagrante à l'égard des droits que possède un accusé en vertu de la *Charte*.

Si, comme on l'a laissé entendre dans l'arrêt *Duarte*, il est réellement pertinent à la question de la recevabilité (ce dont je ne suis pas certaine) de se demander si une violation de la *Charte* était volontaire ou non, il me semble qu'elle l'était manifestement en l'espèce. Il appert que les agents de police ont établi une preuve contre l'appelant mais que celle-ci était faible. Ils ont admis qu'ils voulaient porter une accusation plus sérieuse contre Wong et que l'enregistrement magnétoscopique était le moyen évident d'y parvenir. En fait, leur zèle les a incités à suivre une ligne de conduite qu'ils savaient être suspecte. Cette situation est loin de ressembler à celle de l'arrêt *Duarte*. La conduite de la police en l'espèce était délibérée. Elle n'était pas fondée sur une méprise, raisonnable ou autre, quant à la loi. Rien ne laisse croire que la police aurait obtenu des éléments de preuve en tout état de cause. Et, comme je l'ai déjà mentionné, il n'y a pas l'ombre d'un doute qu'aucune autre méthode d'enquête parfaitement légale n'a été essayée, qui se serait révélée infructueuse.

Effet sur le système

Le dernier ensemble de facteurs à examiner pour déterminer si la preuve devrait être écartée sous le régime du par. 24(2) réside dans l'effet de l'exclusion ou de l'utilisation de ladite preuve sur

offence with which an accused is charged is particularly relevant in this regard. In this case, however, the police themselves, as I have noted above, did not consider the offence to be of a very serious nature. While it was suggested that the operation of gambling houses was sometimes accompanied by violence, no substantial evidence was led on this point. In the circumstances, given the type of evidence at issue in this appeal, the fact that the violation of the accused's *Charter* rights was serious because it was so unnecessary, and the fact that the offence with which the accused was charged was not in the very serious category, I conclude that the admission of the video tape evidence would tend to bring the administration of justice into repute and that it should be excluded.

With all due respect to those who think otherwise, it seems to me that to extend the principle in *Duarte* to this case is to completely ignore the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2).

2. Disposition

The trial judge, having excluded the video tape evidence, also found that the evidence obtained in the raid of the hotel room was inadmissible. There was thus insufficient evidence to convict the accused. I see no reason to interfere with that finding. I would therefore allow the appeal and restore the acquittal.

Appeal dismissed, WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

la réputation du système judiciaire. La gravité de l'infraction dont l'accusé est inculpé est particulièrement pertinente à cet égard. En l'espèce, toutefois, les policiers eux-mêmes, comme je l'ai mentionné plus haut, n'ont pas jugé l'infraction très sérieuse. On a laissé entendre que l'exploitation des maisons de jeu était parfois accompagnée de violence, mais aucune preuve sérieuse n'a été produite sur ce point. Dans les circonstances, considérant le type de preuve contestée dans le présent pourvoi, le fait que la violation des droits de l'accusé sous le régime de la *Charte* était grave parce qu'elle était si inutile, et le fait que l'infraction dont l'accusé était inculpé ne faisait pas partie de la catégorie des infractions très graves, je conclus que l'utilisation de la preuve magnétoscopique tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et qu'elle devrait être écartée.

*Sauf le respect que je dois à ceux qui pensent le contraire, il me semble qu'étendre le principe énoncé dans l'arrêt *Duarte* à l'espèce ne tient aucun compte des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2).*

2. Dispositif

Ayant exclu la preuve magnétoscopique, le juge du procès a également conclu que la preuve obtenue au cours de la descente de police dans la chambre d'hôtel était inadmissible. Il n'y avait donc pas de preuve suffisante pour condamner l'accusé. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

Pourvoi rejeté, le juge WILSON est dissidente.

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.