

**Peter William Fliss** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. FLISS**

**Neutral citation: 2002 SCC 16.**

File No.: 27998.

2001: April 23; 2002: February 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Exclusion of evidence — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence violating constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Criminal law — Admissibility of evidence — Evidence obtained by electronic surveillance — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence was admissible.*

The accused freely confessed to an undercover police officer that he had killed a woman and provided many details during a conversation surreptitiously recorded pursuant to a prior judicial authorization. The next day, the officer reviewed the transcript and made corrections based on listening to the tape supplemented with his

**Peter William Fliss** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. FLISS**

**Référence neutre : 2002 CSC 16.**

N° du greffe : 27998.

2001 : 23 avril; 2002 : 21 février.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Exclusion de la preuve — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier viole-t-il le droit garanti par la Constitution d'être protégé contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Droit criminel — Admissibilité de la preuve — Preuve obtenue par surveillance électronique — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier est-il admissible?*

L'accusé a avoué librement à un policier agissant comme agent d'infiltration avoir tué une femme et a fourni de nombreux détails au cours d'une conversation enregistrée subrepticement en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable. Le lendemain, le policier a revu la transcription et y a apporté des corrections

recollection of parts of those conversations. The trial judge, having concluded that the authorization ought to have been refused for insufficiency of evidence, declared the tape and related transcript inadmissible but admitted the officer's *viva voce* evidence of the conversation, which was basically a recitation of the corrected transcript. The jury convicted the accused of first degree murder. The majority of the Court of Appeal reduced the conviction to second degree murder. The dissenting judge would have declared inadmissible the officer's *viva voce* evidence and quashed the conviction. The sole issue in this appeal concerns the admissibility of the *viva voce* evidence of the officer's conversation with the accused.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The jury was entitled to hear from the officer about his conversation with the accused, and the officer was entitled to refresh his memory by any means, including inadmissible evidence. The trial judge and the majority of the Court of Appeal erred, however, in concluding that because the officer had a substantial recollection of parts of the conversation he was at liberty to provide the jury with a recitation of the whole of the transcript. First, while the officer clearly remembered the principal elements of the confession, his evidence went well beyond what he could recall at the time of the trial. Second, the officer's testimony did not qualify for admission as "past recollection recorded". He did not testify that the transcript accurately represented his knowledge and recollection at the time he reviewed it. On the contrary, he testified to having corrected the transcript based on a recall of "parts" of it. It is those portions of the conversation that he did not remember, either at trial or at the time he proofread the transcript, but that were nevertheless put into evidence against the accused, that violate the s. 8 *Charter* protection because, as to those portions, the sole basis of the testimony was the unauthorized tape. Third, the deficiencies in the officer's recollection were matters of substance not form. As a result of the trial judge's ruling, 34 pages of the detail of the confession went into evidence sourced not in the officer's recollection but in the unauthorized recording. Where there has been a *Charter* breach with respect to the collection of evidence, the Crown cannot avoid the s. 24(2) analysis by going directly to the proviso in s. 686(1)(b)(iii), which provides that notwithstanding an error of law the appeal may be dismissed if the Court "is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". The proviso addresses a miscarriage of justice in the particular case. Section 24(2) deals with the balance between

d'après l'enregistrement et le souvenir qu'il avait de ces conversations. Le juge du procès, ayant conclu que l'autorisation aurait dû être refusée pour insuffisance de preuve, a déclaré inadmissibles en preuve les enregistrements et leurs transcriptions, mais il a admis le témoignage de vive voix du policier au sujet de la conversation, qui était essentiellement une lecture de la transcription révisée. Le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré. La majorité de la Cour d'appel a réduit cette déclaration de culpabilité à celle de meurtre au deuxième degré. Le juge dissident aurait déclaré inadmissible le témoignage de vive voix du policier et annulé la déclaration de culpabilité. La seule question qui se pose dans le présent pourvoi porte sur l'admissibilité en preuve du témoignage de vive voix du policier au sujet de la conversation qu'il a eue avec l'accusé.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie : Le jury avait le droit d'entendre le témoignage du policier au sujet de sa conversation avec l'accusé et le policier avait le droit de se rafraîchir la mémoire par tous les moyens, y compris une preuve inadmissible. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont cependant commis une erreur en concluant que le policier, du fait qu'il avait un souvenir substantiel de certaines parties de la conversation, pouvait faire au jury une lecture de l'ensemble de la transcription. Premièrement, même si le policier se souvenait clairement des principaux éléments de l'aveu, son témoignage dépassait de très loin le souvenir qu'il avait au moment du procès. Deuxièmement, son témoignage n'est pas admissible à titre d'« enregistrement du souvenir ». Il n'a pas témoigné que l'enregistrement représentait exactement sa connaissance et son souvenir au moment de la révision. Au contraire, il a témoigné qu'il avait révisé la transcription en se fondant sur le souvenir qu'il avait de certaines parties de la conversation. Ce sont les parties de la conversation dont il ne se souvenait pas soit au procès, soit à la relecture de la transcription, mais qui ont néanmoins été produites en preuve contre l'accusé, qui portent atteinte aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. En effet, en ce qui concerne ces parties, le témoignage du policier se fondait uniquement sur l'enregistrement non autorisé. Troisièmement, les lacunes dans le souvenir du policier relèvent de la substance et non de la forme. Par suite de la décision du juge du procès, les 34 pages décrivant les détails de l'aveu sont admises en preuve, provenant non pas du souvenir du policier mais de l'enregistrement non autorisé. Lorsqu'il y a eu violation de la *Charte* dans le cadre de la collecte d'éléments de preuve, le ministère public ne peut pas éviter l'analyse fondée sur le par. 24(2) en invoquant directement l'application de la disposition réparatrice, à savoir l'al. 686(1)(b)(iii),

individual rights and *Charter* rights and the overall reputation of the administration of justice. The message of s. 24(2) of the *Charter* is that even if admission of such evidence would not create a substantial wrong or miscarriage of justice to a particular accused, the court must nevertheless consider whether, “having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. Although the officer gave evidence gathered in contravention of s. 8 of the *Charter*, on the facts of this case s. 24(2) ought not to be applied to exclude the testimony. The admission of the evidence did not affect the fairness of the trial. The evidence put into the record was not conscripted. The confession was freely volunteered. The *Charter* breach neither caused nor contributed to the accused’s statements. The officer heard nothing that the accused did not intend him to hear. The police applied for and received prior judicial authorization for the surreptitious recording. The trial judge disagreed with the authorizing judge about the sufficiency of the allegations but the police officer had acted in good faith. The exclusion of the officer’s testimony of his conversation would itself bring the administration of justice into disrepute. Murder is the most serious of crimes and this one was particularly brutal and senseless. The accused freely confessed his guilt, in an act of misguided self-interest. The key elements of the confession were available at trial from the undercover officer from his own recollection.

*Per* L’Heureux-Dubé, Arbour and LeBel JJ.: The trial judge ruled that an authorization to intercept a communication, with the consent of the police officer who was a party to it, was unconstitutional and, under s. 24(2) of the *Charter*, he ordered the exclusion of the recording and of the transcript of the recording of that conversation. There is no reason to disturb that ruling.

The ruling, however, did not extend to the right of the police officer to testify as to what the accused said in the course of that conversation, as long as such testimony is otherwise admissible at common law. In such a case, it neither makes sense, nor would it be feasible, to attempt to preclude the witness from refreshing his memory from the recording.

When the police officer testified, he independently recalled most of the salient portions of the confession.

qui prévoit que, malgré une erreur de droit, l’appel peut être rejeté si la cour « est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ». La disposition réparatrice vise dans ce cas particulier une erreur judiciaire. Le paragraphe 24(2) a trait à l’équilibre entre les droits individuels et les droits garantis par la *Charte* et à la considération dont jouit en général l’administration de la justice. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* comporte le message suivant : même si l’admission de ces éléments de preuve ne produirait aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave pour un accusé donné, le tribunal doit néanmoins examiner si « eu égard aux circonstances, [. . .] leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Même si le policier a témoigné en se fondant sur la preuve obtenue en violation de l’art. 8 de la *Charte*, d’après les faits en l’espèce, le par. 24(2) ne peut être appliqué de façon à exclure le témoignage. L’admission de la preuve n’a pas compromis l’équité du procès. La preuve portée au dossier n’a pas été donnée sous la contrainte. L’accusé a de lui-même fait des aveux. La violation de la *Charte* n’a ni donné lieu ni contribué à ses déclarations. Le policier n’a rien entendu de ce que l’accusé ne voulait pas qu’il entende. La police a demandé et reçu au préalable l’autorisation judiciaire de procéder subrepticement à l’enregistrement. Le juge du procès est en désaccord avec le juge saisi de la demande d’autorisation quant à la suffisance des allégations, mais le policier a agi de bonne foi. L’exclusion du témoignage du policier au sujet de sa conversation déconsidérerait l’administration de la justice. Le meurtre est le crime le plus grave, et ce meurtre était particulièrement brutal et gratuit. L’accusé a librement avoué sa culpabilité, pensant, à tort, servir ainsi son intérêt personnel. L’agent d’infiltration pouvait témoigner quant aux principaux éléments de l’aveu en se fondant sur son souvenir.

*Les* juges L’Heureux-Dubé, Arbour et LeBel : Le juge du procès a conclu que l’autorisation d’intercepter une communication, avec le consentement du policier partie à la conversation, était inconstitutionnel et, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, a ordonné l’exclusion de l’enregistrement de la conversation et de la transcription. Il n’y a aucune raison de modifier cette décision.

Cependant, la décision ne vise pas le droit du policier de témoigner au sujet de ce qu’il a entendu l’accusé dire au cours de cette conversation, dans la mesure où ce témoignage est par ailleurs admissible en common law. Dans ce cas, il n’est ni logique ni possible de tenter d’empêcher le témoin de se rafraîchir la mémoire à l’aide de l’enregistrement.

Lors de son témoignage, le policier se rappelait personnellement la plupart des faits saillants de l’aveu. Le

The full transcript itself had been ruled inadmissible by the trial judge as a constitutional matter, and in any event it would have been inadmissible at common law as hearsay unless the police officer testified that it constituted his past recollection recorded. A conversation with an informer, or a police officer, is not a search and seizure; only its recording is. The intercepted conversation was not excluded and the witness was entitled to try to put the fullest possible account of his conversation with the accused before the court. It was an error to allow the officer to read into the record verbatim, almost the full content of the transcript. The error was a trivial one curable by the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. If, on the other hand, the police were to deliberately by-pass the need to obtain a judicial authorization to record a conversation, on the basis that although they could not use the tape at trial, they could always use the transcript in the way it was done here, the proper remedy, in such a different scenario, might well be to exclude the tape, transcript and the evidence being given in any form about the content of the intercepted communication. There is no reason, in this case, to turn again to s. 24(2) of the *Charter* to revisit the issue of the admissibility of the transcript.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Followed:** *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, aff'g (1987), 61 O.R. (2d) 385; **referred to:** *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *R. v. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504, aff'd [1998] 2 S.C.R. 517; *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. v. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527; *R. v. Eisenhauer* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37; *R. v. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Solomon*, [1997] 3 S.C.R. 696.

By Arbour J.

**Referred to:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

texte de la transcription avait été jugé inadmissible par le juge du procès pour un motif d'ordre constitutionnel et, en tant que oui-dire, l'aurait également été en vertu de la common law, sauf si le policier avait témoigné que cette transcription constituait un enregistrement de son souvenir. Une conversation avec un indicateur, ou un policier, n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie; seul son enregistrement l'est. La conversation interceptée n'a pas été écartée et le témoin avait le droit de tenter de présenter au tribunal l'exposé le plus complet possible de sa conversation avec l'accusé. C'était une erreur de permettre au policier de faire porter au dossier, mot pour mot, presque tout le contenu de la transcription. Il s'agit d'une erreur négligeable à laquelle on peut remédier en recourant à la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)(b)(iii). Par contre, si la police contournait délibérément l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire pour l'enregistrement d'une conversation, pensant que, même si elle ne peut utiliser l'enregistrement au procès, elle pourrait toujours se servir de la transcription comme elle l'a fait en l'espèce, la réparation appropriée, dans ce tout autre scénario, pourrait bien consister à exclure l'enregistrement, la transcription et quelque preuve que ce soit quant au contenu de la communication interceptée. Il n'y a aucune raison en l'espèce de recourir de nouveau au par. 24(2) de la *Charte* pour revisiter la question de l'admissibilité de la transcription.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts suivis :** *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, conf. (1987), 61 O.R. (2d) 385; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *R. c. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504, conf. par [1998] 2 R.C.S. 517; *Lopez c. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. c. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527; *R. c. Eisenhauer* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37; *R. c. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Solomon*, [1997] 3 R.C.S. 696.

Citée par le juge Arbour

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

**Authors Cited**

*McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2001, release 26).

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little Brown, 1970.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 139 B.C.A.C. 89, 227 W.A.C. 89, 145 C.C.C. (3d) 353, [2000] B.C.J. No. 1126 (QL), 2000 BCCA 347, reducing the accused's conviction to second degree murder but otherwise dismissing the appeal from a judgment of the Supreme Court of British Columbia. Appeal dismissed.

*Richard C. C. Peck, Q.C.*, for the appellant.

*William F. Ehrcke, Q.C.*, for the respondent.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

ARBOUR J. — I have read the reasons of my colleague Justice Binnie and although I agree with his ultimate disposition of this appeal, I come to this conclusion for different reasons.

The trial judge in this case found that an authorization to intercept a private communication was deficient and he decided to exclude the recording of it and the transcript of the recording. Since the intercepted conversation was one that a police officer, acting in an undercover capacity, was party to, the trial judge permitted the officer to testify as to the content of the conversation. Although the Crown now seeks a reversal of that ruling and wishes to argue that the trial judge erred in excluding the tape recording and the transcript, I agree with Binnie J. that we should decline to proceed on that basis.

**Doctrine citée**

*McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2001, release 26).

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little Brown, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 139 B.C.A.C. 89, 227 W.A.C. 89, 145 C.C.C. (3d) 353, [2000] B.C.J. n° 1126 (QL), 2000 BCCA 347, qui a réduit la déclaration de culpabilité de l'accusé à celle de meurtre au deuxième degré, mais a par ailleurs rejeté l'appel contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

*Richard C. C. Peck, c.r.*, pour l'appelant.

*William F. Ehrcke, c.r.*, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE ARBOUR — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Binnie et, même si je disposerais de l'appel comme il le fait, je me fonde sur des motifs différents.

En l'espèce, le juge du procès a conclu que l'autorisation d'intercepter une communication privée était défectueuse et a décidé d'écarter l'enregistrement qui en avait été fait et sa transcription. Puisqu'il s'agissait d'une conversation interceptée à laquelle était partie un policier agissant comme agent d'infiltration, le juge du procès a permis à celui-ci de témoigner quant au contenu de la conversation. Bien que le ministère public cherche maintenant à faire infirmer cette décision et soutienne que le juge du procès a commis une erreur en excluant l'enregistrement et la transcription, je conviens avec le juge Binnie que nous devrions refuser de nous prononcer sur ce moyen.

1

2

3 This position was not advanced by the Crown in the Court of Appeal and I agree that we should confine our intervention in this appeal as of right by the Crown to the issue on which there is a dissent in the Court of Appeal on a question of law. I say this without suggesting that the exclusionary ruling made at trial was sound. I agree that we should simply proceed as though it were, and tackle the procedural issue that derives from that ruling.

4 The legal issue then presents itself as follows: If a police officer unconstitutionally records a conversation to which he is a party (a *Duarte*-type interception; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30), and both the recording and the transcript of it are excluded from evidence as a s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* remedy, what use can be made of a transcript of the recording by the police officer when he or she testifies about the content of intercepted conversation?

5 As a preliminary observation, I note that this problem did not seem to have been contemplated in *Duarte, supra*. In that case, this Court found that the interception of a private communication lawfully made upon the consent of one of the parties to the conversation (under the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as they then existed) was nevertheless an infringement of s. 8 of the *Charter* as an unreasonable search and seizure. Turning to the remedy for that constitutional violation, the Court made no distinction between the communication itself and the recording of it. La Forest J. held that the intercepted communication could be introduced in evidence since its admission in the proceedings would not bring the administration of justice into disrepute, within the meaning of s. 24(2) of the *Charter*.

6 At the time, the *Criminal Code* contemplated that a communication that was unlawfully intercepted was inadmissible in evidence unless one of the parties to the conversation consented to its admission (s. 178.16 of the then *Code*). There was no need to distinguish between the communication

Le ministère public n'avait pas soulevé cet argument devant la Cour d'appel et je conviens que notre intervention, dans le cadre du présent pourvoi de plein droit interjeté par le ministère public, devrait se limiter à l'examen de la question de droit qui a donné lieu à une dissidence en Cour d'appel. Je ne laisse pas entendre par là que l'ordonnance d'exclusion rendue au procès était bien fondée. Je conviens que nous devrions tout simplement procéder comme si elle l'était et nous attaquer à la question procédurale qui en découle.

La question de droit se présente donc ainsi : si un policier enregistre de façon inconstitutionnelle une conversation à laquelle il est partie (interception de type *Duarte*; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30) et que cet enregistrement et sa transcription sont écartés en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, quelle utilisation peut être faite d'une transcription de l'enregistrement par le policier lorsqu'il témoigne quant au contenu de la conversation interceptée?

À titre d'observation préliminaire, je tiens à préciser que ce problème ne semble pas avoir été envisagé dans *Duarte*, précité. Dans cette affaire, la Cour a statué que l'interception d'une communication privée faite légalement suite au consentement de l'une des parties à la conversation (conformément aux dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, alors en vigueur) allait néanmoins à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*, car elle constituait une fouille, perquisition ou saisie abusive. Dans son examen de la réparation pour cette violation de la Constitution, la Cour n'a pas établi de distinction entre la communication même et son enregistrement. Le juge La Forest a conclu que la communication interceptée pouvait être déposée en preuve puisque l'utilisation de cette preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*.

À l'époque, le *Code criminel* prévoyait qu'une communication illégalement interceptée était inadmissible en preuve à moins que l'une des parties à la conversation n'ait consenti à son admission (art. 178.16 du *Code* alors en vigueur). On n'avait pas à établir de distinction entre la communication même

itself and the recording of the communication: both were inadmissible. This section was subsequently repealed and the current regime is a by-product of the decision in *Duarte* requiring a judicial authorization for an interception made with the consent of only one party to it (a surreptitious intercept as far as the other is concerned).

In the current statutory context, therefore, as was the case here, if the authorization is held to be invalid as a violation of s. 8 of the *Charter*, the remedies are to be found in the panoply provided by s. 24 of the *Charter*. Under s. 24(2), the trial judge could conceivably hold that the *Charter* violation was so egregious that not only should the recording of it not be admissible in evidence, but that even the *viva voce* evidence of the person who was a party to it should not be permitted. This was in fact the statutory remedy in the pre-*Duarte* regime. In contrast, when a conversation is intercepted in a case like the present one on the basis of a defective authorization, the recording (and any transcript thereof) may be excluded, but the constitutional violation is held not to affect the right of the witness to testify to what he or she heard the accused say, as long as that testimony is otherwise admissible by virtue of the common law (see *Duarte, supra, per* La Forest J., at p. 58).

This half-way remedy, if I may call it that, is what led to the procedural difficulty in the present case. It essentially precludes the admission in evidence not of the product of the intercept (the private communication), but of the best evidence thereof (the recording). In light of this, it would neither make sense, nor be feasible to attempt to preclude the witness from refreshing his or her memory from the recording. This simply continues to be a matter governed by the common law. A witness may refresh his or her memory prior to testifying, as long as he or she testifies from present memory revived by the instrument that refreshed it, whatever that instrument may be. In some cases, the witness whose memory at trial cannot be revived can testify as to the accuracy of a past recording of a then existing memory,

et son enregistrement : les deux étaient inadmissibles. Cette disposition fut par la suite abrogée. Selon le régime actuel, qui représente un sous-produit de l'arrêt *Duarte*, il faut une autorisation judiciaire dans le cas d'une interception faite avec le consentement de seulement une des parties à la conversation (interception secrète pour ce qui est de l'autre partie).

Par conséquent, selon le contexte législatif actuel, qui s'applique en l'espèce, si l'autorisation est jugée non valide du fait qu'elle contrevient à l'art. 8 de la *Charte*, les réparations disponibles sont celles qui figurent dans la panoplie prévue par l'art. 24 de la *Charte*. En vertu du par. 24(2), le juge du procès pourrait théoriquement conclure que la violation de la *Charte* était si choquante qu'il devrait écarter non seulement l'enregistrement de la conversation, mais aussi le témoignage de vive voix de la personne qui y était partie. C'était, en fait, la réparation prévue par la loi selon le régime antérieur à *Duarte*. Par contre, lorsqu'une conversation est, comme en l'espèce, interceptée en vertu d'une autorisation défectueuse, l'enregistrement (et toute transcription qui en est faite) peut bien sûr être écarté; cependant, la violation de la Constitution n'est alors pas considérée comme portant atteinte au droit du témoin de déposer sur ce qu'il a entendu l'accusé dire, dans la mesure où ce témoignage est par ailleurs admissible en vertu de la common law (voir *Duarte, précité*, le juge La Forest, p. 58).

Cette demi-réparation, si je peux l'appeler ainsi, est précisément ce qui a donné lieu à la difficulté procédurale en l'espèce. Elle empêche essentiellement l'admission en preuve non pas du produit de l'interception (la communication privée), mais de la meilleure preuve qui en existe (l'enregistrement). Compte tenu de ce fait, il ne serait ni logique ni possible de tenter d'empêcher le témoin de se rafraîchir la mémoire à l'aide de l'enregistrement. Cette question continue tout simplement d'être régie par la common law. Un témoin peut se rafraîchir la mémoire avant de témoigner, dans la mesure où il témoigne de mémoire contemporaine une fois son souvenir ravivé au moyen d'un outil quelconque. Dans certains cas, le témoin dont la mémoire ne peut être ravivée au moment du procès pourra

under certain conditions that are meant to alleviate the concerns arising from the hearsay rule. The past recording, or verification of a recording, must have been made contemporaneously to the event recorded, when the memory of the witness was still fresh, and the witness must swear that the recording represented then his or her accurate recollection.

9 This is in my view precisely what happened in this case. The police officer testified that the day after his conversation with the accused was surreptitiously recorded, he reviewed a transcript of the recording. Not surprisingly, most of the salient facts about the accused's confession to a murder were still fresh in his mind then, and indeed most of them were still fresh at the time of trial. Again not surprisingly, on the sole basis of his then memory of the conversation, the officer could not, the next day, fill in some of the blanks in the transcript. I explain. As is often the case, the transcript contained several entries that simply said "inaudible", which means that the transcriber could not make out what was said. According to his evidence, in some of these cases, the officer could supply the missing entries, from memory, but in many others he could not. These simply remained marked on the transcript as "inaudible" and they were of course evidence of nothing.

10 In my view, on this record it is fair to say that when the police officer testified, he independently recalled most of the salient portions of the confession. The full transcript itself had been ruled inadmissible by the trial judge as a constitutional matter, and in any event it would have been inadmissible at common law as hearsay unless the police officer testified that it constituted his past recollection recorded, as described above. This, in my view, it was, except for the parts that the officer said he could not remember the day after the intercept so as to supply to the transcriber the content of the inaudible parts. Apart from that, which is of no consequence because the parts marked "inaudible" were

déposer quant à l'exactitude d'un enregistrement antérieur d'un souvenir alors contemporain, à certaines conditions destinées à atténuer les préoccupations soulevées par la règle du ouï-dire. L'enregistrement antérieur, ou la vérification d'un enregistrement, doit avoir été contemporain de l'événement enregistré, alors que celui-ci était encore frais à la mémoire du témoin. Par ailleurs, le témoin doit affirmer sous serment que l'enregistrement reflétait le souvenir précis qu'il en avait.

À mon avis, c'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce. Le policier a témoigné que, le lendemain de l'enregistrement secret de sa conversation avec l'accusé, il avait examiné la transcription. La plupart des faits saillants de l'aveu de meurtre par l'accusé étaient alors encore frais dans son esprit et, en fait, ils l'étaient encore au moment du procès, ce qui n'a rien de surprenant. Il n'est pas non plus étonnant que le policier n'ait pas pu, en se fondant sur le seul souvenir qu'il avait alors de la conversation, compléter le lendemain certains des blancs laissés dans la transcription. Je m'explique. Comme c'est souvent le cas, la transcription contenait plusieurs passages comportant seulement le mot « inaudible », ce qui signifie que le sténographe ne pouvait comprendre ce qui se disait. Selon le témoignage du policier, dans certains cas, il a été en mesure de compléter de mémoire ce qui manquait, mais dans de nombreux autres, il n'a pu le faire. Les blancs non complétés portent toujours dans la transcription la mention « inaudible » et ils n'apportent rien, bien entendu, sur le plan de la preuve.

À mon avis, compte tenu du dossier, il est juste de dire que le policier, lors de son témoignage, se rappelait personnellement la plupart des faits saillants de l'aveu. Le texte de la transcription avait été jugé inadmissible par le juge du procès pour un motif d'ordre constitutionnel et, en tant que ouï-dire, l'aurait également été en vertu de la common law, sauf si le policier avait témoigné que cette transcription constituait un enregistrement de son souvenir alors qu'il était frais à sa mémoire, comme je l'ai déjà décrit. Selon moi, elle l'était effectivement, à l'exception des parties dont le policier ne se souvenait pas le lendemain de l'interception de sorte qu'il n'a pu indiquer au sténographe le contenu des



therefore not in evidence in any form, nothing in his evidence suggests that when he reviewed the transcript for accuracy at the time that his memory of the conversation was fresh, the transcript contained expressed statements of which he had no recollection.

Having said that, in the present circumstances, I think it was an error on both accounts — the constitutional exclusion and the common law rule — to allow the officer to read into the record verbatim, almost the full content of the transcript. In the face of that error of law, I would not hesitate to apply the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* on the basis, expressed in *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, that the error was trivial.

As pointed out by La Forest J. in *Duarte, supra*, p. 57, a conversation with an informer, or a police officer, is not a search and seizure. Only the recording of such conversation is. The intercepted conversation here was not excluded, and in my view rightly so. The witness was entitled to try to put the fullest possible account of his conversation with the accused before the court. There is no doubt that he did the right thing in obtaining an authorization, in having the recording transcribed and in verifying immediately the accuracy of the transcript of a conversation to which he was a party, while it was still fresh in his mind. This was indeed prudent since the tape could have been lost or could have deteriorated before trial. There was, in short, nothing sinister about the creation of the transcript.

If, on the other hand, the police were to deliberately by-pass the need to obtain a judicial authorization and wear a body-pack to record a conversation, on the basis that although they could not use the tape at trial, they could always use the transcript in the way it was done here, the proper remedy, in such a different scenario, might well be to exclude not

passages inaudibles. Hormis cet aspect, qui ne revêt aucune importance parce que les passages portant la mention « inaudible » ne faisaient aucunement partie de la preuve, rien dans le témoignage du policier ne permet de penser que, lorsqu'il a revu la transcription pour en vérifier l'exactitude alors que la conversation était encore fraîche à sa mémoire, la transcription renfermait des énoncés dont il n'avait aucun souvenir.

Cela dit, dans les circonstances de l'espèce, je pense que c'était une erreur pour les deux raisons — l'exclusion fondée sur la Constitution et la règle de common law — de permettre au policier de faire porter au dossier, mot pour mot, presque tout le contenu de la transcription. Devant cette erreur de droit, je n'hésiterais cependant pas à appliquer la disposition réparatrice du *Code*, le sous-al. 686(1)(b)(iii), pour le motif qu'il s'agit d'une erreur négligeable (*R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86).

Comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans *Duarte*, précité, p. 57, une conversation avec un indicateur, ou un policier, n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie. Seul l'enregistrement de cette conversation l'est. En l'espèce, la conversation interceptée n'a pas été écartée et ce, à bon droit, à mon avis. Le témoin avait le droit de tenter de présenter au tribunal l'exposé le plus complet possible de sa conversation avec l'accusé. Il n'y a aucun doute qu'il a bien fait de demander une autorisation, de faire transcrire l'enregistrement de la conversation à laquelle il avait été partie et d'avoir vérifié immédiatement l'exactitude de la transcription alors que la conversation était encore fraîche à son esprit. C'était, en fait, prudent, car l'enregistrement aurait pu être perdu ou détérioré avant le procès. Bref, il n'y a rien de répréhensible dans l'établissement de la transcription.

Par contre, si le policier contournait délibérément l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire et portait un micro-émetteur de poche pour enregistrer la conversation, pensant que, même si l'enregistrement ne pouvait être utilisé au procès, il pourrait toujours se servir de la transcription de la même manière qu'il l'a fait en l'espèce, la

11

12

13

only the tape and the transcript as was done here, but to exclude evidence being given in any form about the content of the intercepted communication.

14 This case illustrates the difficulty with “partial exclusions” of evidence in cases of “consent interceptions” falling under the *Duarte* ruling. If the evidence of the intercepted conversation itself is not ruled inadmissible, all that the exclusion of the tape achieves is to deprive the trier of fact of the best, most reliable evidence of the intercepted conversation. The procedure followed in this case sensibly sought to avoid such a result. All is different of course in third party intercepts, where the exclusion of the illegally recorded conversation deprives the police of the substance of the evidence, not just, as here, of the form in which it was recorded.

15 In light of the above analysis, contrary to my colleague Binnie J., I see no reason to go to s. 24(2) of the *Charter*. In fact, I have difficulty understanding the basis upon which he does. My colleague decided early on not to revisit the original order excluding the transcript, so I assume that that order stands. In order for s. 24(2) to be resorted to again, one would have to conclude that the oral testimony of the officer reading from the transcript constituted an unreasonable search or seizure, amounting to a fresh violation of s. 8. The original violation (the unconstitutional wiretap) was spent and remedied by the exclusionary order. I can find no subsequent violation of s. 8 that would call for a new application of s. 24(2).

16 To the extent that the trial judge should have limited the use of the transcript by not allowing it to be read in as though it was full original evidence, the error was a trivial one curable by the proviso.

réparation appropriée, dans ce tout autre scénario, pourrait bien consister non seulement à écarter l’enregistrement et la transcription, comme en l’espèce, mais aussi à exclure quelque preuve que ce soit quant au contenu de la communication interceptée.

Le présent pourvoi illustre la difficulté que présentent des « exclusions partielles » d’éléments de preuve dans des cas d’« interceptions par consentement » visés par l’arrêt *Duarte*. Si la preuve de la conversation elle-même n’est pas jugée inadmissible, l’exclusion de l’enregistrement de cette conversation ne fait que priver le juge des faits de la meilleure et de la plus fiable preuve du contenu de la conversation interceptée. La procédure adoptée en l’espèce cherchait à juste titre à éviter un tel résultat. La situation est naturellement différente lorsqu’il s’agit d’interception par un tiers non partie, puisque l’exclusion de la conversation enregistrée illégalement prive alors la police du contenu de la preuve et non seulement, comme en l’espèce, de la forme sous laquelle elle a été enregistrée.

Vu l’analyse qui précède, contrairement à mon collègue le juge Binnie, je ne vois aucune raison d’appliquer le par. 24(2) de la *Charte*. En fait, j’ai de la difficulté à comprendre sur quel fondement il peut le faire. Mon collègue a décidé dès le début de ne pas revisiter l’ordonnance d’exclusion initiale de sorte que je suppose qu’elle demeure valable. Pour que le par. 24(2) puisse de nouveau être invoqué, il aurait fallu conclure que le témoignage oral du policier, qui était une lecture de la transcription, constituait une fouille, perquisition ou saisie abusive et qu’il représentait donc une nouvelle violation de l’art. 8. La première violation (l’enregistrement inconstitutionnel) a déjà été soulevée et réparée par l’ordonnance d’exclusion. Je ne vois pas d’autre violation de l’art. 8 qui entraînerait une nouvelle application du par. 24(2).

Dans la mesure où le juge du procès aurait dû restreindre l’utilisation de la transcription en ne permettant pas qu’elle soit portée au dossier comme s’il s’agissait entièrement d’une preuve originale, l’erreur est négligeable et on peut y remédier en recourant à la disposition réparatrice.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

BINNIE J. — This appeal concerns the admissibility of evidence of the appellant’s confession of murder on January 29, 1997 to an undercover police officer who at the time was “wired” with a recording device. The police had obtained prior judicial authorization to make the recording, but at trial the authorization was found to have been improperly granted. The trial judge therefore excluded the tape and the typed transcript (being secondary evidence of what was on the tape). He admitted however the *viva voce* evidence of the officer who “refreshed” his memory in the witness box from the excluded transcript. In fact, his testimony was more or less a verbatim rendition of the excluded transcript. The jury convicted the appellant of first degree murder. The conviction was reduced to second degree murder by the British Columbia Court of Appeal, but the appeal was otherwise dismissed. On further appeal to this Court, the major controversy was the “indirect” reading of the excluded transcript into evidence by the officer. I agree with the conclusion of the Court of Appeal that this did not vitiate the conviction, though for somewhat different reasons. I would dismiss the appeal.

### I. Facts

It was alleged that the appellant struck the deceased, Jo Anne Feddema, with his truck while she was riding her bicycle. They lived in a small village in central British Columbia and were acquaintances. The impact threw her, apparently injured, on the hood of his truck and she shouted, “You’re in trouble now.” The appellant told the undercover officer that he panicked and killed her by striking her on the head with a blunt instrument. He provided many details of the killing, including where the killing took place and how he disposed of her body and clothing, and how he had made it

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi porte sur l’admissibilité en preuve de l’aveu d’un meurtre fait par l’appelant, le 29 janvier 1997, à un policier agissant comme agent d’infiltration et muni d’un dispositif d’enregistrement. La police avait obtenu au préalable l’autorisation judiciaire de procéder à l’enregistrement, mais le juge a conclu au procès qu’elle avait été accordée à tort. Il a donc exclu l’enregistrement et la transcription dactylographiée (celle-ci constituant une preuve secondaire du contenu de l’enregistrement). Il a, toutefois, admis le témoignage de vive voix du policier, qui s’était « rafraîchi » la mémoire à la barre des témoins à l’aide de la transcription exclue. En fait, son témoignage était pour ainsi dire un compte rendu textuel de la transcription exclue. Le jury a déclaré l’appelant coupable de meurtre au premier degré. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a réduit cette déclaration de culpabilité à celle de meurtre au deuxième degré, mais a par ailleurs rejeté l’appel. Dans le pourvoi formé par la suite devant la Cour, le litige concerne principalement le fait que le policier, par son témoignage, a « indirectement » fait porter au dossier la transcription exclue. Je souscris à la conclusion de la Cour d’appel que cela n’a pas affecté la déclaration de culpabilité, mais pour des raisons quelque peu différentes. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

### I. Les faits

L’appelant aurait heurté la victime, Jo Anne Feddema, avec son camion, alors qu’elle circulait à bicyclette. Ils vivaient tous deux dans un petit village au cœur de la Colombie-Britannique et se connaissaient. L’impact de la collision aurait projeté la victime sur le capot du camion de l’appelant et, apparemment blessée, elle aurait crié : [TRADUCTION] « Tu vas maintenant avoir des ennuis. » L’appelant déclare à l’agent d’infiltration avoir alors été pris de panique et avoir tué la victime en la frappant à la tête avec un instrument contondant. Il fournit de nombreux détails sur le meurtre,

17

18

19

look as though she had been the victim of a sexual assault.

20 The Crown conceded that without evidence of the appellant's statements to the undercover officer, "the prosecution's case collapsed".

21 The alleged confession came about because skillful police work persuaded the appellant over a period of months that undercover officers were all part of a very well-run criminal enterprise which the appellant might care to join. Early in the operation, the appellant advised one of the officers that the police did not like him. When asked why, the appellant said, "They think I did a murder, they think I killed this broad." He continued to deny his involvement until towards the end of January 1997. In the interim, he became ever more entangled in the supposed crime organization.

22 The police officer's evidence was that on January 29, 1997, in a room at the Landis Hotel in Vancouver, he told the appellant that through underworld contacts he could find someone suffering a terminal illness to make a false confession to the murder of Jo Anne Feddema provided the appellant supplied sufficient detail to make the confession believable. (This was similar to the police work discussed recently in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, and *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77.) At that point the appellant freely confessed to the murder, and on the following day took him to the various locations associated with the crime and described the events in detail. The conversation of January 30th was also recorded but, unlike the tape made in the hotel room, it was of poor quality.

23 The police had applied for and obtained an authorization under Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. By its terms, the authorization permitted the police surreptitiously to record the conversations between the appellant and the officer.

y compris le lieu du meurtre et la manière dont il s'est débarrassé du corps et des vêtements, ainsi que la façon dont il s'y est pris pour donner l'impression qu'elle a été victime d'une agression sexuelle.

Le ministère public reconnaît que, sans la preuve des déclarations de l'appellant à l'agent d'infiltration, [TRADUCTION] « la preuve de la poursuite s'effondre ».

Le prétendu aveu est obtenu par suite d'un travail habile des policiers, échelonné sur plusieurs mois, qui a finalement convaincu l'appellant que les agents d'infiltration font tous partie d'une organisation criminelle bien rodée à laquelle il souhaitait éventuellement se joindre. Dès le début de l'opération, il avise l'un des agents d'infiltration qu'il n'est pas aimé de la police. Lorsqu'on lui demande pourquoi, il répond : [TRADUCTION] « Ils pensent que j'ai commis un meurtre, ils pensent que j'ai tué cette nana. » Jusque vers la fin de janvier 1997, il continue à nier son implication. Entre-temps, il se laisse entraîner de plus en plus dans la prétendue organisation criminelle.

Selon le témoignage du policier, il a déclaré à l'appellant, dans une chambre du Landis Hotel à Vancouver, le 29 janvier 1997, que, grâce à ses contacts dans le milieu, il pouvait trouver un malade en phase terminale qui ferait un faux aveu quant au meurtre de Jo Anne Feddema, pourvu que l'appellant fournisse suffisamment de détails pour que l'aveu soit crédible. (Cette méthode policière ressemble à celle dont il a été récemment question dans *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, et *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77.) L'appellant avoue alors librement avoir commis le meurtre. Le lendemain, il amène le policier sur les divers lieux liés au crime et lui décrit en détail ce qui s'est passé. La conversation du 30 janvier a également été enregistrée mais, contrairement à l'enregistrement dans la chambre d'hôtel, cet enregistrement est de mauvaise qualité.

La police a demandé et obtenu une autorisation en vertu de la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Aux termes de l'autorisation, elle pouvait enregistrer subrepticement les conversations entre l'appellant et le policier. Les conversations des

The conversations of January 29 and 30, 1997 were recorded pursuant to the authorization. Transcripts were prepared. The undercover officer reviewed the transcripts the day after each conversation took place, and made corrections based on listening to the tape supplemented with his recollection of those conversations.

#### A. *The Evidentiary Rulings*

The trial judge having concluded that the authorization ought to have been refused for insufficiency of evidence, and the tape therefore having been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the tapes and related transcripts were declared inadmissible.

The appellant then moved to suppress the evidence of the undercover police officer because he said it was inextricably bound up with the transcripts of the tapes that had been ruled inadmissible. The trial judge ruled that the officer could give evidence “as to his present recollection of what occurred in that hotel room on January 29th” and, for that purpose, he could make use of the corrected transcripts (euphemistically described as his “notes”) to refresh his memory. He had not in fact made notes of the conversation, believing that the tape itself, having been authorized, would be admissible.

This appeal, and the disputed ruling, relate only to the January 29th conversation at the Landis Hotel.

#### B. *The Officer’s Evidence on the Voir Dire*

In the witness box, the officer’s evidence followed closely, often word for word, the corrected transcript of the January 29th conversation. When challenged by the defence, he explained in a *voir dire* that, within a day of the original conversation, he had received a typed transcript of the tapes. He took the tape and the transcribed copy of the tape “and I proofread the transcribed copy with the tape and I made changes on it. Also adding comments of my own. I then sent that back to be retyped with my corrections and my comments and I received back the corrected copy”. The original document showing

29 et 30 janvier 1997 ont ainsi été enregistrées conformément à l’autorisation. Les transcriptions de ces enregistrements ont été préparées. L’agent d’infiltration a revu les transcriptions le lendemain de chacune des conversations et y a apporté des corrections d’après l’enregistrement et le souvenir qu’il avait de ces conversations.

#### A. *Les décisions en matière de preuve*

Ayant conclu que l’autorisation aurait dû être refusée pour insuffisance de preuve et que l’enregistrement avait donc été obtenu en violation de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge du procès déclare inadmissibles en preuve les enregistrements et leurs transcriptions.

L’appelant présente par la suite une requête pour faire supprimer le témoignage de l’agent d’infiltration, affirmant qu’il est inextricablement lié aux transcriptions des enregistrements jugés inadmissibles. Le juge du procès conclut que le policier peut témoigner [TRADUCTION] « relativement au souvenir actuel de ce qui s’est passé dans cette chambre d’hôtel le 29 janvier » et qu’il peut, à cette fin, se référer aux transcriptions révisées (euphémiquement appelées ses « notes ») pour se rafraîchir la mémoire. En fait, il n’avait pris aucune note de la conversation, car il croyait que l’enregistrement, ayant été autorisé, serait admissible.

Le présent pourvoi, tout comme la décision contestée, ne concerne que la conversation du 29 janvier au Landis Hotel.

#### B. *Le témoignage du policier au voir-dire*

Au procès, le policier témoigne en suivant de près, souvent mot pour mot, la transcription révisée de la conversation du 29 janvier. Lors de son contre-interrogatoire par la défense, il explique au cours d’un voir-dire qu’il a reçu une transcription dactylographiée du contenu de l’enregistrement dès le lendemain de la conversation. Il a pris l’enregistrement et sa transcription [TRADUCTION] « et j’ai relu la transcription en fonction de l’enregistrement et j’y ai apporté des modifications. J’ai également ajouté des commentaires. Je l’ai ensuite renvoyée pour que soient intégrés mes corrections et mes commentaires,

24

25

26

27

his handwritten changes and corrections was not entered in evidence. The retyped “corrected” version is 49 pages in length, double-spaced. The cross-examination continued:

Q. -- what you did was you listened to the voices on the tape?

A. Yes.

Q. And you identified certain of the voices, for example, as your own, as those of Peter William Fliss and as that of [a third person]?

A. Yes.

Q. And there would be some, presumably, areas where you felt you could make out words and you wrote those in?

A. Yes.

Q. And that was from the tape?

A. The tape as well as my memory of the conversation itself.

28

Later, when it was suggested to him by defence counsel that the officer’s present recollection of the January 29th conversation was “inextricably bound” up with his subsequent review of the tape and the transcript, he responded:

A. No, I have a definite independent recollection of the meeting between myself and Mr. Fliss on January 29th, '97.

Q. Do you have any notes of that independent recollection?

A. Well, no.

. . . .

Q. . . . the only note you have of the content of the conversation is what you have referred to as your notes which you have been reading from and which are a transcript from the taped cassette of a wiretap of the conversation, correct?

A. Yes.

et on m’a retourné la copie révisée ». Le document original où figurent les changements et corrections manuscrits n’a pas été produit en preuve. La version « révisée » redactylographiée comporte 49 pages à double interligne. Le contre-interrogatoire se poursuit :

[TRADUCTION]

Q. -- vous avez donc écouté les voix sur l’enregistrement?

R. Oui.

Q. Et vous avez reconnu certaines de ces voix, par exemple, la vôtre, celle de Peter William Fliss et celle de [une troisième personne]?

R. Oui.

Q. Et pour certains passages, vous estimiez comprendre les mots qui y étaient prononcés et vous les avez ajoutés?

R. Oui.

Q. Était-ce d’après l’enregistrement?

R. D’après l’enregistrement et le souvenir que j’avais de la conversation même.

Plus tard, lorsque l’avocat de la défense lui laisse entendre que le souvenir qu’il a de la conversation du 29 janvier est [TRADUCTION] « inextricablement lié » à l’écoute de l’enregistrement et à la lecture de la transcription qu’il a effectuées par la suite, il répond :

[TRADUCTION]

R. Non, j’ai un souvenir personnel précis de la rencontre que j’ai eue avec M. Fliss le 29 janvier 1997.

Q. Avez-vous pris des notes de ce souvenir personnel?

R. Bien, non.

. . . .

Q. . . . les seules notes que vous ayez sur le contenu de la conversation se résument à ce que vous avez décrit comme étant vos notes, celles que vous lisiez et qui sont la transcription de la cassette de la conversation enregistrée par écoute électronique, n’est-ce-pas?

R. Oui.

The trial judge found that the officer created a corrected transcript that could properly be described as his “notes”. He permitted the officer to give in testimony what was “basically a recitation” of the corrected transcript.

### C. *The Verdict*

The jury, apparently accepting some evidence that death was caused while the appellant was committing or attempting to commit an aggravated sexual assault, returned with a verdict of first degree murder.

On appeal, because of the conflicting evidence of the Crown’s experts with respect to the alleged sexual assault, a verdict of second degree murder was substituted. The appeal was otherwise dismissed, Southin J.A. dissenting. In her view, the *viva voce* evidence of the officer was inadmissible and the conviction ought to have been quashed. The appellant now appeals as of right to this Court on the question of law raised by Southin J.A.’s dissent, namely whether the trial judge erred in admitting the *viva voce* evidence of the police officer of his conversation with the appellant on January 29, 1997, having previously ruled that evidence of the transcript of that same conversation was inadmissible.

## II. Relevant Constitutional Provisions

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

**24.** (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

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

Le juge du procès conclut que le policier a créé une transcription révisée qui peut être correctement décrite comme étant ses « notes ». Il permet au policier de rendre comme témoignage ce qui est [TRADUCTION] « essentiellement une lecture » de la transcription révisée.

### C. *Le verdict*

Acceptant apparemment certains éléments de preuve selon lesquels le décès eut lieu alors que l’appelant commettait ou tentait de commettre une agression sexuelle grave, le jury rend un verdict de meurtre au premier degré.

En appel, ce verdict est remplacé par une condamnation pour meurtre au deuxième degré en raison des témoignages contradictoires des experts du ministère public au sujet de la prétendue agression sexuelle. Sauf pour cet aspect, l’appel est rejeté, madame le juge Southin étant dissidente. Selon elle, le témoignage de vive voix du policier est inadmissible et la déclaration de culpabilité aurait dû être annulée. L’appelant présente maintenant un pourvoi de plein droit devant la Cour sur la question de droit soulevée par la dissidence du juge Southin : le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant en preuve le témoignage de vive voix du policier au sujet de la conversation qu’il a eue avec l’appelant le 29 janvier 1997, après avoir conclu que la preuve de la transcription de cette même conversation était inadmissible?

## II. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

**24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

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

29

30

31

32

the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

### III. Judicial History

#### A. *British Columbia Supreme Court*

33 Stewart J. held that the police had provided insufficient evidence to support the surreptitious body-pack recording of the conversations with the accused and that his rights under s. 8 of the *Charter* had thereby been violated. He then rejected the Crown's submissions that the evidence should nevertheless be admitted pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

34 Stewart J. subsequently explained that his ruling excluding the tapes and transcripts related only to the "form of evidence then proffered in evidence by the Crown" (emphasis in original). That ruling, he suggested, would also exclude the *viva voce* evidence of a witness who, *without* being a party to the conversation, was able to overhear it only because of the unauthorized recording. To admit such evidence would simply be to allow the Crown to do indirectly what it was prohibited from doing directly.

35 Here, however, the officer *had* participated in the conversation with the appellant, and did have a present recollection of at least part of it, although certainly not all of the verbatim detail. The trial judge commented:

Common sense would say that certain things would remain with the listener forever, simply from having sat in the hotel room with the accused and heard his confession of a savage killing. But other things would not now be available to the witness from his memory, absent his having played the tape and corrected the transcript, as above. Where an unaided memory would leave [the officer], 17 months after hearing the confession, no one, including [the officer], can say.

36 In his view, the officer was entitled to give the evidence of the conversation to which he had been a party, and for that purpose to rely on the corrected

aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

### III. L'historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Stewart conclut que la preuve fournie par la police ne suffit pas pour justifier l'enregistrement subreptice, par micro-émetteur de poche, des conversations avec l'accusé, et qu'il y a donc eu violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge rejette alors l'argumentation du ministère public selon laquelle la preuve devrait néanmoins être admise en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge Stewart explique par la suite que sa décision d'exclure les enregistrements et les transcriptions ne concerne que la [TRADUCTION] « forme de la preuve alors produite par le ministère public » (souligné dans l'original). Cette décision, laissait-il entendre, excluait également le témoignage de vive voix d'un témoin qui, *sans* être partie à la conversation, a pu l'entendre uniquement en raison d'un enregistrement non autorisé. Admettre un tel témoignage équivaldrait simplement à autoriser le ministère public à faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement.

Cependant, en l'espèce, le policier *avait* pris part à la conversation avec l'appelant et avait un souvenir actuel d'au moins une partie de la conversation, même s'il ne pouvait pas se rappeler, mot pour mot, tous les détails. Le juge du procès émet le commentaire suivant :

[TRADUCTION] Il va de soi que certaines choses restent à jamais gravées dans la mémoire de l'auditeur du simple fait qu'il s'est assis dans la chambre d'hôtel avec l'accusé et qu'il l'a entendu avouer son meurtre sauvage. Mais d'autres choses auraient échappé à la mémoire du témoin s'il n'avait pas fait jouer l'enregistrement et revu la transcription, comme il est mentionné plus haut. Personne, pas même [le policier], ne peut dire ce que [le policier] peut se rappeler spontanément, 17 mois après avoir entendu l'aveu.

Selon le juge du procès, le policier peut témoigner au sujet de la conversation à laquelle il a pris part et, à cette fin, il est en droit de se référer à la



transcript. This was because the corrections were made on January 30, 1997 on the basis of his then fresh memory of what had passed between him and the accused on January 29th in the hotel room.

The defence then followed up with a request that the officer first be required to testify entirely from memory, and, only after present memory was “exhausted”, should he be allowed to refer to the corrected transcript. The trial judge ruled that there was no such legal principle as “exhaustion of memory” and that in this case it would be “a bootless journey” to require the witness to follow such a course of action.

In the result, I am not going to direct the witness to give his evidence in two parts. It is up to the Crown now to ask the questions in such a way that appropriate use is made of the notes. If, in the result, what occurs is basically a recitation to the jury of what is in the notes, nothing has, as a matter of law, gone wrong. [Emphasis added.]

The trial judge ruled that the undercover policemen, being themselves considered “crooks” by the appellant, were not persons in authority for purposes of the confessions rule: *R. v. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504 (B.C.C.A.), subsequently aff’d [1998] 2 S.C.R. 517.

The trial judge accordingly permitted the officer to provide what was “basically a recitation” of the corrected transcript.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 145 C.C.C. (3d) 353, 2000 BCCA 347

1. Hall J.A. (Hollinrake J.A., concurring)

Hall J.A., for the majority, stated that the confession which the police obtained from the appellant was not dependent upon the existence of the invalid authorization. The police had embarked on and would have proceeded with the undercover operation with or without the recording device.

In the view of Hall J.A., the statements made by the appellant to the undercover police officer

transcription révisée. Une telle conclusion s’appuie sur le fait que le policier a apporté les corrections le 30 janvier 1997, alors que ce qui s’était passé le 29 janvier entre lui et l’accusé dans la chambre d’hôtel était encore frais dans sa mémoire.

Par la suite, la défense demande que le policier soit d’abord tenu de témoigner uniquement de mémoire et qu’il ne lui soit permis de se référer à la transcription révisée que lorsqu’il aura « épuisé » ses souvenirs. Le juge du procès statue qu’il n’existe aucun principe juridique d’[TRADUCTION] « épuisement de la mémoire » et qu’exiger en l’espèce une telle démarche du témoin serait [TRADUCTION] « inutile ».

[TRADUCTION] En définitive, je n’ordonnerai pas au témoin de scinder son témoignage en deux. Il appartient maintenant au ministère public de poser les questions de manière à faire un usage judicieux des notes. Si ce qui en résulte n’est essentiellement qu’une lecture au jury du contenu des notes, aucune erreur n’aura été commise en droit. [Je souligne.]

Le juge du procès conclut que les agents d’infiltration, que l’appellant considère comme des [TRADUCTION] « escrocs », ne sont pas des personnes en situation d’autorité pour l’application de la règle des confessions (*R. c. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504 (C.A.C.-B.), arrêt subséquemment confirmé par [1998] 2 R.C.S. 517).

Le juge du procès permet donc au policier de donner ce qui est [TRADUCTION] « essentiellement une lecture » de la transcription révisée.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 145 C.C.C. (3d) 353, 2000 BCCA 347

1. Le juge Hall (avec l’appui du juge Hollinrake)

Au nom de la majorité, le juge Hall déclare que l’aveu que la police a obtenu de l’appellant ne dépend pas de l’existence de l’autorisation non valide. La police a entrepris et aurait poursuivi l’opération secrète avec ou sans dispositif d’enregistrement.

De l’avis du juge Hall, les déclarations de l’appellant à l’agent d’infiltration ont été faites librement

37

38

39

40

41

were freely given, and would have been available as evidence irrespective of the wiretap that was later found to be improperly authorized. Referring to *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, he concluded that the testimony was not conscripted, was supported by the officer's present "substantial recollection" (para. 101) or "fairly detailed recollection of this conversation" (para. 100), and was therefore admissible.

## 2. Southin J.A., dissenting

42

Southin J.A. held that if the trial judge was correct in ruling that the officer's evidence of the conversation of January 29th was admissible, then no purpose would be served by a peace officer seeking an authorization to "wear a wire" when interviewing a suspect. All he would need to do is to testify, as here, about the conversation from a transcript which would have been somehow transmuted in the eye of the law from secondary evidence of an illegal electronic record to a peace officer's *aide-mémoire*. She held this to be "legal alchemy". Failure to suppress the evidence once the tape itself was ruled inadmissible, she contended, would make a mockery of the authorization process. She invoked this Court's judgment in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and the subsequent enactment of s. 184.2 of the *Criminal Code*. She concluded, at para. 80, that

a peace officer who has surreptitiously recorded a conversation with a suspect, even with a judicial authorization, should make, without hearing the tape, the best notes he can from his unaided recollection. He should not listen to the tape unless and until it is clear at the trial that no attack will be made on the authorization.

In her view, the appeal should be allowed.

## IV. Analysis

43

There is no doubt that the jury was entitled to hear from the undercover police officer about his conversation with the appellant on January 29,

et auraient été admissibles en preuve indépendamment de l'autorisation d'écoute électronique, jugée par la suite non valide. Renvoyant à *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, il conclut que le témoignage n'a pas été donné sous la contrainte, qu'il repose sur le [TRADUCTION] « souvenir substantiel » qu'avait alors le policier (par. 101), ou sur son [TRADUCTION] « souvenir assez détaillé de cette conversation » (par. 100). En conséquence, le témoignage est admissible.

## 2. Madame le juge Southin, dissidente

Madame le juge Southin estime pour sa part que, si la conclusion du juge du procès relativement à l'admissibilité du témoignage relatant la conversation du 29 janvier était fondée, il n'y aurait désormais aucune raison pour qu'un agent de la paix demande l'autorisation de [TRADUCTION] « porter un micro-émetteur » lors d'une conversation avec un suspect. Il lui suffirait, comme en l'espèce, de témoigner au sujet de la conversation, à partir d'une transcription qui se serait mystérieusement transmuetée aux yeux de la loi, passant d'une preuve secondaire d'un enregistrement électronique illégal à un simple aide-mémoire. Madame le juge Southin estime qu'il s'agit là d'[TRADUCTION] « alchimie juridique ». Selon elle, si l'on ne supprimait pas la preuve, après avoir conclu à l'inadmissibilité de l'enregistrement, le processus d'autorisation perdrait toute sa raison d'être. Elle invoque l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, ainsi que l'adoption subséquente de l'art. 184.2 du *Code criminel*. Elle conclut, au par. 80, que

[TRADUCTION] même avec une autorisation judiciaire, un agent de la paix qui a subrepticement enregistré une conversation qu'il a eue avec un suspect devrait, sans écouter l'enregistrement, prendre les meilleures notes possible en se fiant uniquement à sa mémoire. Il ne devrait pas écouter l'enregistrement, jusqu'à tant qu'il soit clair au procès que l'autorisation ne sera pas contestée.

Le juge Southin est d'avis d'accueillir l'appel.

## IV. Analyse

Il ne fait aucun doute que le jury avait le droit d'entendre le témoignage du policier au sujet de sa conversation avec l'appellant le 29

1997. The officer had at the time a present recollection of the “gist” of all of the important elements of the conversation.

As the officer pointed out, rather convincingly:

Well, it’s not every day that someone comes to you in a hotel room and sits down and has a one-on-one conversation with you explaining how they killed someone, disposed of their bike in the bush, hit them with a crowbar while they were still alive, drove down a road with the deceased in the truck, dragged her into the bush, took her spandex shorts off to make it look as though it might be a rape, purposely throw those spandex shorts across the road behind some logs and then go home. It’s not every day someone will sit down and tell you that.

There is also no doubt that the officer was entitled to refresh his memory by any means that would rekindle his recollection, whether or not the stimulus itself constituted admissible evidence. This is because it is his recollection, not the stimulus, that becomes evidence. The stimulus may be hearsay, it may itself be largely inaccurate, it may be nothing more than the sight of someone who had been present or hearing some music that had played in the background. If the recollection here had been stimulated by hearing a tape of his conversation with the accused, even if the tape was made without valid authorization, the officer’s recollection — not the tape — would be admissible.

The problem in this case is that what was given in evidence went beyond what the officer could recall — aided or not — either at the time of trial or at the time he proofread the transcript on January 30, 1997. The *Charter* problem arises with respect to those parts of the testimony that the officer could not recall *either* at trial *or* during the earlier “proofreading” exercise he undertook on January 30, 1997, but which he was nevertheless permitted to read into the record verbatim from the excluded transcript. The result was to allow the prosecution to put into evidence indirectly what the exclusion order forbade it from doing directly.

janvier 1997. Le policier avait alors un souvenir contemporain de [TRADUCTION] « l’essentiel » des éléments importants de la conversation.

Comme le policier l’a fait remarquer de façon plutôt convaincante :

[TRADUCTION] C’est que ce n’est pas tous les jours que quelqu’un vient vous voir dans une chambre d’hôtel, s’assoit et vous explique en tête à tête comment il a tué une personne, s’est débarrassé de sa bicyclette dans les buissons, l’a frappée avec une pince monseigneur alors qu’elle était encore en vie, est parti avec la défunte dans son camion, l’a traînée dans les buissons, a enlevé son short en spandex pour faire croire à un viol, a délibérément lancé le short de l’autre côté de la route, derrière des rondins, puis est rentré chez lui. Ce n’est pas tous les jours que quelqu’un va s’asseoir pour vous raconter tout cela.

Il n’y a pas de doute non plus que le policier avait le droit de se rafraîchir la mémoire par tous les moyens susceptibles de raviver son souvenir, que le stimulus en lui-même constitue ou non une preuve admissible. En effet, c’est le souvenir, et non le stimulus, qui est mis en preuve. Le stimulus peut être du oui-dire, il peut être inexact en grande partie, il peut être le simple fait de revoir une personne qui était sur les lieux ou de réentendre une musique de fond. Si le souvenir du policier avait été stimulé par l’écoute de l’enregistrement de sa conversation avec l’accusé, même si cet enregistrement avait été fait sans autorisation valable, le souvenir du policier — et non l’enregistrement — serait admissible.

Le problème ici est que le témoignage du policier allait au-delà de ce dont il se souvenait — avec ou sans aide — soit au procès, soit à la relecture de la transcription le 30 janvier 1997. Le problème soulevé par la *Charte* concerne les parties du témoignage dont le policier ne se souvenait pas *soit* au procès, *soit* à la « relecture » le 30 janvier 1997, mais qu’il a néanmoins pu faire porter textuellement au dossier à partir de la transcription exclue. Le ministère public a donc pu déposer indirectement en preuve ce que l’ordonnance d’exclusion lui interdisait de faire directement.

44

45

46

A. *Inadmissibility of the Tape and Transcripts*

47

In *Duarte*, *supra*, the Court established the principle that the secret recording of a conversation by one of the participants who is an agent of the state is a violation of s. 8 of the *Charter*. It intrudes on a reasonable expectation of privacy and annihilates the very important right to choose the range of our listeners (pp. 44 and 51). In that case, the accused and others discussed a cocaine transaction with an undercover officer and an informer. The conversations were secretly recorded. The officer made notes of the relevant conversations based on his review of the recordings which had not been judicially authorized. The Ontario Court of Appeal, *per* Cory J.A. (as he then was), held that, because the witness was himself a participant in the conversations, there was no violation of s. 8 (reported at (1987), 61 O.R. (2d) 385 (*sub nom. R. v. Sanelli*)). The agent of the state had heard nothing that the accused did not intend him to hear. A similar position had been adopted by the United States Supreme Court in *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963).

48

This Court took a different view. The expectation of privacy depended on whether in the circumstances “it was reasonable for that person to expect that his or her words would only be heard by the persons he or she was addressing” (p. 47). The law, observed La Forest J., at p. 48,

recognizes that we inherently have to bear the risk of the “tattletale” but draws the line at concluding that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words.

49

Over the lone dissent of Lamer J., as he then was, this Court in *Duarte* made it clear, at p. 53, that its disagreement with the Ontario Court of Appeal was with the “policy implications” of allowing the police to conduct warrantless surveillance on private citizens. It was no answer that only criminals

A. *Inadmissibilité de l’enregistrement et des transcriptions*

Dans *Duarte*, précité, la Cour a établi le principe que tout enregistrement secret d’une conversation par l’un des interlocuteurs agissant à titre d’agent de l’État constitue une violation de l’art. 8 de la *Charte*. Cet enregistrement va à l’encontre de l’attente raisonnable en matière de vie privée et annihile le droit extrêmement important qu’est le droit de choisir ses auditeurs (p. 44 et 51). Dans cette affaire, l’accusé et d’autres personnes avaient discuté d’une transaction de cocaïne avec un agent d’infiltration et un indicateur. Les conversations avaient été secrètement enregistrées. L’agent avait pris des notes des conversations pertinentes après avoir écouté les enregistrements non autorisés par un juge. La Cour d’appel de l’Ontario, sous la plume du juge Cory (plus tard juge de notre Cour), a statué qu’il n’y avait pas eu atteinte à l’art. 8 parce que le témoin lui-même avait pris part aux conversations (décision publiée à (1987), 61 O.R. (2d) 385 (*sub nom. R. c. Sanelli*)). L’agent de l’État n’avait rien entendu de ce que l’accusé ne voulait pas qu’il entende. La Cour suprême des États-Unis avait adopté une position similaire dans *Lopez c. United States*, 373 U.S. 427 (1963).

La Cour n’était pas de cet avis. Relativement à l’attente en matière de vie privée, elle a statué qu’il fallait se demander si, dans les circonstances, « la personne dont les propos ont été enregistrés [. . .] pouvait raisonnablement s’attendre que ses propos ne soient entendus que par les personnes auxquelles elle les adressait » (p. 47). Comme l’a fait observer le juge La Forest à la p. 48, le droit

reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le « rapporteur », mais refuse d’aller jusqu’à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l’exercice du choix d’adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos.

Malgré l’unique dissidence du juge Lamer (plus tard Juge en chef de notre Cour), la Cour a clairement énoncé dans *Duarte*, p. 53, que son désaccord avec la Cour d’appel de l’Ontario concernait les « répercussions en termes de principe » de l’autorisation accordée à la police de procéder à la

have something to hide. In a free country, social discourse should not be inhibited by a concern that conversations are being secretly recorded and transcribed without lawful independent prior authorization.

The incentive of the police to seek authorization in a *Duarte*-type situation would be diminished, of course, if the resulting exclusion order could be sidestepped by the participant officer simply reading the excluded transcript verbatim into the record.

#### B. *The Authorization Order*

In this Court the Crown sought a reversal of the trial judge's initial ruling that the authorization for the body-pack had been granted on the basis of insufficient evidence. The reasons for that order are perhaps vulnerable but the Crown declined to raise it before the Court of Appeal as an alternative support for the admissibility of the evidence. No satisfactory explanation was given for this omission.

This is an appeal as of right and the parties properly joined issue on the question of law on which Southin J.A. dissented, namely:

Whether the trial judge erred in admitting the *viva voce* evidence of Sgt. Haslett of his conversation with the Appellant on January 29, 1997, having previously ruled that evidence of the intercept of that same conversation was inadmissible.

The Crown's alternative argument (that the original authorization was valid) would render moot this issue. While the Court has jurisdiction to entertain the Crown's argument, I do not think it is in the interests of the orderly administration of justice to do so on the facts of this case. The Crown, having declined to make that argument in the Court of Appeal, should not be allowed to change its position in an effort to scuttle the appellant's appeal as

surveillance sans mandat de particuliers. Prétendre que seuls les criminels ont quelque chose à cacher n'est pas une justification. Dans un pays libre, on ne devrait pas s'empêcher de participer à des discussions sociales par crainte que les conversations soient secrètement enregistrées et transcrites sans autorisation légale indépendante.

La police serait naturellement moins portée à chercher à obtenir une autorisation dans une situation de type *Duarte* si le policier partie à une conversation pouvait contourner l'ordonnance d'exclusion qui a suivi en lisant tout simplement, mot pour mot, la transcription exclue pour la faire porter au dossier.

#### B. *L'ordonnance d'autorisation*

Devant la Cour, le ministère public a cherché à faire infirmer le jugement initial du juge du procès, qui avait conclu que l'autorisation du recours au micro-émetteur de poche avait été accordée sans preuve suffisante. Les motifs de l'ordonnance sont peut-être contestables, mais le ministère public n'a pas, comme moyen subsidiaire, soulevé cet argument devant la Cour d'appel à l'appui de l'admissibilité de la preuve. Aucune explication satisfaisante n'a été donnée au sujet de cette omission.

Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi de plein droit et les parties ont, à bon droit, lié contestation quant à la question de droit sur laquelle le juge Southin avait exprimé sa dissidence :

[TRADUCTION] Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant le témoignage de vive voix du sergent Haslett au sujet de la conversation qu'il avait eue avec l'appelant le 29 janvier 1997, après avoir conclu que la preuve de l'interception de cette même conversation était inadmissible?

L'argument subsidiaire du ministère public (selon lequel l'autorisation initiale était valide) rendrait cette question théorique. Bien que la Cour ait compétence pour connaître de l'argument, je ne pense pas qu'il soit dans l'intérêt de la bonne administration de la justice de l'examiner compte tenu des faits en l'espèce. Le ministère public, n'ayant pas soulevé cet argument devant la Cour d'appel, ne devrait pas être autorisé à changer de position pour

50

51

52

53

of right. I think that for the purposes of this appeal we should address the issue raised by Southin J.A. on its merits.

C. *Objectionable Portions of the Officer's Evidence*

54

The officer's actual evidence of the conversation at trial covers 34 pages of single-spaced court transcript (as compared with 49 double-spaced pages of the original corrected transcript). An individual blessed with a prodigious memory would not likely claim total recall of such a lengthy discussion and the officer here did not claim a prodigious memory. In the end, his evidence was, as the trial judge anticipated, "basically a recitation to the jury" of what was in the corrected transcript. Much of it purported to be a direct quotation at a level of detail that suggested encyclopaedic recall, including pauses and punctuation:

I said, "Do you want me to explain to you exactly how this is going to work or not?" And there was a pause, and he said, "Yeah, I do." I said, "Huh?" And he said, "Yeah."

55

The account of the murder was put into evidence word for word from the excluded (or "suppressed") transcript:

He said, "Well, yeah, where we live and where it happened, it's quite -- it's quite out of the way." He said, "I hate to say anything." I said, "What's that?" And he said, "I hate to say anything." I said, "Just say it and let's get the deal with, so we can get on with it."

He said, "Well, it was -- it was an accident when it happened." I said, "Great." He said, "The lady was riding a bike and I came around the corner with the truck and she just swerved out and I ran into the back of her. She fell down on the ground. She started fucking rambling on about a whole bunch of stuff and I got fucking scared and had a piece of, I think it was crowbar. And I hit her on the back of the head with it. I threw her in the back of the truck and I threw the bike off into the ditch. And I drove about a mile down the road and then I took her down another side road and threw her into the trees. Took her pants off, just left her laying there so it would

essayer de faire échouer le pourvoi de plein droit de l'appelant. À mon avis, pour les besoins du présent pourvoi, nous devrions nous prononcer sur le fond de la question soulevée par le juge Southin.

C. *Les parties inacceptables du témoignage du policier*

Au procès, la partie du témoignage du policier concernant la conversation représentait 34 pages de transcription à simple interligne (par rapport aux 49 pages à double interligne de la transcription initiale révisée). Une personne dotée d'une mémoire prodigieuse ne prétendrait vraisemblablement pas se rappeler entièrement une si longue conversation. Le policier en l'espèce n'a pas prétendu posséder une telle mémoire. Finalement, comme le juge du procès l'avait prévu, le témoignage du policier était [TRADUCTION] « essentiellement une lecture au jury » du contenu de la transcription révisée. Pour une bonne part, ce témoignage reproduisait directement la transcription avec un niveau de précision tenant d'un souvenir encyclopédique, y compris les pauses et la ponctuation :

[TRADUCTION] J'ai dit : « Veux-tu que je t'explique exactement comment ça va se passer ou pas? » Et il y a eu une pause, puis il a dit : « Ouais, vas-y. » J'ai dit : « Hein? » Et il a répondu : « Ouais. »

La description du meurtre, déposée en preuve, reprenait mot pour mot la transcription exclue (ou « supprimée ») :

[TRADUCTION] Il a dit : « Ben, ouais, là où on vivait et où c'est arrivé, c'est très -- c'est très loin. » Il a dit : « J'ai pas envie de parler. » J'ai dit : « Comment ça? » Et il a dit : « J'ai pas envie de parler. » J'ai dit : « Parle, qu'on conclue l'affaire, et qu'on puisse avancer. »

Il a dit : « Ben, c'était -- c'était d'abord un accident. » J'ai dit : « Parfait. » Il a dit : « Elle roulait à bicyclette et j'ai tourné le coin avec le camion et elle a tout simplement fait une embardée et je l'ai heurtée par derrière. Elle est tombée au sol. Elle a commencé à radoter sur un maudit paquet d'affaires, et j'ai pris peur, et j'avais un bout de quelque chose, une pince monseigneur, je pense. Et c'est avec ça que je l'ai frappée derrière la tête. Je l'ai jetée à l'arrière du camion et j'ai lancé la bicyclette dans le fossé. Puis j'ai roulé pendant environ un mille et j'ai pris une autre route secondaire et je l'ai tirée dans les arbres. Je lui ai enlevé son pantalon, l'ai

look like somebody raped her or something. But I never touched her.”

I said, “Well, great.” I said, “I don’t give a fuck if you touched her or not.” I said, “Great, okay, that’s good.” He said, “My wife -- my wife never knew I even left the yard. It was just a matter of a couple of minutes. I went -- just went down to the dump to check on something.” He said, “She’ll swear on a stack of bibles that I never left the yard because she didn’t know I left.”

In my view, with respect, the courts in British Columbia erred in the conclusion that because the officer had a *substantial* recollection of *parts* of the conversation of January 29th, therefore he was at liberty to provide the jury with what was “basically a recitation” of the whole of the corrected transcript.

I reach this conclusion for the following reasons.

Firstly, the officer’s evidence went well beyond his current recollection at the time of the trial. He clearly remembered the principal elements of the confession, but the wealth of detail recounted in the 34-page recital of his exchanges with the appellant was itself adduced to persuade the jury of the truth of the confession. The police had set aside some of the details of the crime as “hold back” evidence that only the actual killer could be expected to know. As the trial judge noted in his ruling on *voir dire*:

The evidence in question has potential probative value, ranging from significant to overwhelming, depending on what the trier of fact makes of the relationship, if any, between the detail of what the accused had to say as he confessed and evidence tending to reveal, perhaps, what was known only to the killer. [Emphasis deleted.]

Understandably enough, the officer’s present recollection could not provide that level of detail:

A. . . . I can say here today that I have an independent recollection of what Mr. Fliss told me in that hotel room on January 29th regarding the situation I was there to investigate.

simplement laissée là sur le sol pour qu’on ait l’impression que quelqu’un l’a violée ou quelque chose comme ça. Mais je ne l’ai jamais touchée. »

J’ai dit : « Bien, parfait. Je me fous de savoir si tu l’as touchée ou pas. Parfait, OK, c’est bien. » Il a dit : « Ma femme -- ma femme a jamais su que j’ai même mis les pieds hors de la cour. Ça a été seulement une question de minutes. Je suis allé -- simplement allé au dépotoir vérifier quelque chose. » Il a dit : « Elle va jurer sur une pile de bibles que je ne suis jamais sorti de la cour parce qu’elle ne sait pas que je suis sorti. »

À mon sens, et en toute déférence, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en concluant que le policier, du fait qu’il avait un souvenir *substantiel* de certaines *parties* de la conversation du 29 janvier, pouvait faire au jury [TRADUCTION] « essentiellement une lecture » de l’ensemble de la transcription révisée.

J’arrive à cette conclusion pour les raisons suivantes.

Premièrement, le témoignage du policier dépassait de loin le souvenir qu’il avait de la conversation au moment du procès. Il se rappelait clairement les principaux éléments de l’aveu, mais l’abondance des détails relatés dans les 34 pages du récit de ses échanges avec l’appelant était en soi importante pour convaincre le jury de la véracité de l’aveu. La police s’était gardée d’inclure dans les éléments de preuve certains détails du crime dont seul le vrai meurtrier pouvait avoir connaissance. Comme le juge du procès l’a noté dans sa décision lors du *voir-dire* :

[TRADUCTION] Le témoignage en question peut avoir une valeur probante allant d’importante à écrasante, selon la manière dont le juge des faits interprète le rapport, le cas échéant, entre ce que l’accusé avait à dire dans son aveu et les éléments de preuve tendant, peut-être, à révéler ce que seul le meurtrier savait. [Soulignement omis.]

On comprendra alors que le souvenir du policier au moment du procès ne pouvait révéler des détails de cette précision.

[TRADUCTION]

R. . . . je peux affirmer aujourd’hui que j’ai un souvenir personnel de ce que M. Fliss m’a raconté dans cette chambre d’hôtel, le 29 janvier, sur la situation qui faisait l’objet de mon enquête.

56

57

58

59

Q. Without any mental reference to any of the transcripts?

A. Yes.

Q. Completely without it? You can give us a pure, individual memory without reference to this thing?

A. Not the exact wording, no. But I could give you the gist of what transpired and what was said to me. I may naturally leave some out, however, I can give you the general situation. [Emphasis added.]

Q. Sans référence mentale à aucune transcription?

R. Oui.

Q. Sans transcription aucune? Vous pouvez nous relater un souvenir personnel précis sans vous référer à la transcription?

R. Non, pas mot pour mot. Mais je peux vous donner l'essentiel de ce qui s'est passé et de ce qui m'a été dit. Évidemment, il se peut que j'omette certains détails, mais je peux vous décrire la situation générale. [Je souligne.]

60 The prosecution obviously wanted more than “the gist of what transpired” on January 29th or “the general situation”. The officer was quite entitled to attempt to “refresh” his memory by an out-of-court review of the corrected transcript, but in the witness box his testimony had to be sourced in his “refreshed” memory, not the excluded transcript.

Il est évident que la poursuite voulait davantage que [TRADUCTION] « l'essentiel de ce qui s'est passé » le 29 janvier ou [TRADUCTION] « la situation générale ». Le policier avait tout à fait le droit d'essayer de se « rafraîchir » la mémoire en examinant la transcription révisée avant sa comparution, mais à la barre des témoins, il devait puiser son témoignage dans sa mémoire « rafraîchie » et non dans la transcription exclue.

61 In short, the problem with the corrected transcript as a stimulus to memory is not that it was itself inadmissible but that it failed to stimulate.

Bref, le problème, ce n'est pas que la transcription révisée servant d'aide-mémoire ne soit pas admissible en soi, mais c'est qu'elle n'a pas aidé la mémoire.

62 Much of the desired detail would not have been available to the prosecution but for the officer's recitation verbatim of the bulk of the excluded transcript of the unauthorized recording.

La poursuite n'aurait pas disposé de la plupart des détails voulus si le policier n'avait pas lu textuellement la majeure partie de la transcription exclue de l'enregistrement non autorisé.

63 Secondly, the officer's testimony does not qualify for admission as “past recollection recorded”. This doctrine would apply only if the prosecutor could satisfy the four *Wigmore* criteria, usefully summarized by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, *per* Kerans J.A., at p. 352:

Deuxièmement, le témoignage du policier n'est pas admissible à titre d'« enregistrement du souvenir ». Cette doctrine ne s'appliquerait que si le ministère public pouvait satisfaire aux quatre critères de *Wigmore*, que la Cour d'appel de l'Alberta a bien résumés dans *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, sous la plume du juge Kerans, à la p. 352 :

[TRADUCTION]

The basic rule in *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, c. 28, §744 *et seq.* provided:

La règle fondamentale dans *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, ch. 28, §744 et suiv. prévoit ce qui suit :

1. The past recollection, must have been recorded in some reliable way.

1. L'enregistrement du souvenir doit être fiable.

2. At the time, it must have been sufficiently fresh and vivid to be probably accurate.

2. Pour présenter une précision probable, le souvenir doit à l'époque avoir été suffisamment frais et vif.



3. The witness must be able now to assert that the record accurately represented his knowledge and recollection at the time. The usual phrase requires the witness to affirm that he “knew it to be true at the time”.

4. The original record itself must be used, if it is procurable.

To the same effect see *R. v. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527 (Ont. C.A.), at p. 530; *R. v. Eisenhauer* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37 (N.S.C.A.), at p. 74; *R. v. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284 (Ont. C.A.); J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 928; *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, § 279; and P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at para. 36:20221.

Here, the third of *Wigmore*'s requirements was not met. The undercover officer read the transcript the day after the recording, and one would anticipate that at that time he would have had a good recollection of it. Perhaps he did, but the appellant was entitled to hear him swear to it. The result, after all, was that the appellant was confronted with very damaging evidence the detail of which, due to the officer's lack of present recall, could not be effectively cross-examined upon. *Wigmore* gives an example of the sort of explicitness with which his third requirement should be met.

If the witness can say, “I distinctly remember that when I made or saw this memorandum, about the time of the events, I was then conscious of its correctness,” his verification is satisfactory.

(J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3 (Chadbourn rev. 1970), p. 98)

*McCormick* states “the witness must acknowledge at trial the accuracy of the statement” (p. 246 (emphasis added)). Obviously no particular form of words is required, but the court should not be left to speculate that because the witness *ought* to have remembered whether the record was accurate, therefore the witness *did* so remember, despite his silence as to

3. Le témoin doit être en mesure d'affirmer que l'enregistrement représente exactement sa connaissance et son souvenir à l'époque. Il doit affirmer qu'à l'époque il le « tenait pour véridique », pour reprendre l'expression habituelle.

4. Il faut utiliser l'enregistrement original, s'il est possible de l'obtenir.

Dans la même veine, voir *R. c. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527 (C.A. Ont.), p. 530; *R. c. Eisenhauer* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37 (C.A.N.-É.), p. 74; *R. c. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 928; *McCormick on Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1999), vol. 2, § 279; et P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 36:20221.

En l'espèce, on n'a pas satisfait au troisième critère de *Wigmore*. L'agent d'infiltration a lu la transcription le lendemain de l'enregistrement. On s'attendrait à ce qu'il en ait alors eu bon souvenir. Peut-être avait-il un bon souvenir de la conversation, mais l'appelant avait le droit de l'entendre le déclarer sous serment. Après tout, le résultat a été que l'appelant était confronté à un témoignage fort compromettant dont les détails n'ont pu être efficacement soulevés au contre-interrogatoire du policier, celui-ci n'en ayant pas un souvenir contemporain. *Wigmore* donne un exemple du caractère explicite nécessaire pour que soit rempli ce troisième critère :

[TRADUCTION] Si le témoin peut déclarer : « Je me rappelle distinctement que, lorsque j'ai rédigé ou lu cette note, à l'époque des événements en question, j'étais alors conscient de son exactitude », sa vérification est alors satisfaisante.

(J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3 (rév. Chadbourn 1970), p. 98)

*McCormick* affirme que [TRADUCTION] « le témoin doit reconnaître au procès l'exactitude de la déclaration » (p. 246 (je souligne)). Il est évident qu'aucune formulation particulière ne s'impose; mais le tribunal ne doit pas avoir à présumer que le témoin, du fait qu'il *aurait dû* se rappeler si l'enregistrement de son souvenir était exact, en *avait* réel-

whether he did so or not. The admission of past recollection recorded but no longer remembered is an exceptional procedure and the conditions precedent to its reception should be clearly satisfied.

65 While the officer clearly recalled more on January 30th than he did at trial 17 months later, his evidence was that on January 30th he “corrected” the transcript based only on *partial* recall:

I could recall parts of it and put corrections in it that may have been inaudible on the tape. [Emphasis added.]

Counsel for the appellant argues that the reference to only “parts” is confirmed by his analysis of the excluded transcript:

[T]here are 89 places throughout the 50 page transcript where the word “inaudible” appears, none of which were filled in. Throughout the transcript, there are 20 editing revisions, 16 of which relate to actions, and 4 of which relate to statements. Of those 4 revisions, none relate to a specific statement by either party.

66 It is those parts of the conversation that he did *not* remember on January 30, 1997 but that were nevertheless put into evidence against the appellant that violate the *Charter* protection because, as to *those* parts, the sole basis of the officer’s testimony was the unauthorized tape and excluded transcript.

67 In the third place, I do not agree, with respect, that the issue here is one of “form”. It is true that in his initial ruling the trial judge excluded evidence about the confession in the “form” of a tape or transcript, and this ruling did not preclude the Crown from establishing the same facts by another route. However, the only other route suggested was the recollection of the officer. The deficiencies in that recollection, which the officer conceded with candour and forthrightness, precluded him from reading into the record 34 pages of damaging detail from the excluded transcript. These were matters of substance, not form.

lement souvenir, même s’il ne dit rien à ce sujet. L’admission d’un enregistrement du souvenir, que le témoin ne se rappelle plus, fait l’objet d’une procédure exceptionnelle et il faut clairement respecter les conditions préalables prévues à cette fin.

Bien que le policier ait clairement eu un meilleur souvenir le 30 janvier qu’au moment du procès, soit 17 mois plus tard, il a témoigné qu’il avait « révisé » la transcription le 30 janvier en se fondant uniquement sur son souvenir *partiel* des événements :

[TRADUCTION] Je me rappelais certaines parties et j’ai apporté des corrections aux parties de l’enregistrement qui auraient pu être inaudibles. [Je souligne.]

L’avocat de l’appelant allègue que l’analyse de la transcription exclue vient confirmer que le souvenir portait seulement sur des « parties » :

[TRADUCTION] [L]e mot « inaudible » apparaît à 89 endroits dans la transcription de 50 pages, et aucun de ces blancs n’a été rempli. La transcription comporte 20 corrections, dont 16 relatives à des actes et 4 à des déclarations. De ces 4 corrections, aucune ne se rapporte à une déclaration particulière de l’une des parties.

Ce sont ces parties de la conversation dont le policier *ne* se souvenait *pas* le 30 janvier 1997, mais qui ont néanmoins été produites en preuve contre l’appelant, qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte*. En effet, en ce qui concerne *ces* parties, le témoignage du policier se fondait uniquement sur l’enregistrement non autorisé et sur la transcription exclue.

Troisièmement, en toute déférence, je ne suis pas d’accord que la question en l’espèce se rapporte à la « forme ». Certes, dans sa décision initiale, le juge du procès avait exclu la preuve de l’aveu présentée sous « forme » d’enregistrement ou de transcription, et cette décision n’avait pas empêché le ministre public de faire la preuve de ces faits par un autre moyen. Cependant, le seul autre moyen utilisé était le souvenir que le policier avait de la conversation. Or, les lacunes dans son souvenir, que le policier a reconnues en toute franchise, l’empêchaient de faire porter au dossier, par son témoignage, les 34 pages de détails compromettants qui reprenaient la transcription exclue. Ce sont là des questions qui relèvent de la substance et non de la forme.

Accordingly, on the facts of this particular case, a significant portion of the detail that was recited by the officer into the record cannot be considered to be his recollection (either refreshed, revived or recorded) but the corrected transcript of the January 29th conversation that, for the reasons given in *Duarte, supra*, was obtained in breach of s. 8 of the *Charter*.

*D. Can the Wrongful Admission of the Evidence Be Cured by Application of the s. 686(1)(b)(iii) Proviso?*

In *Duarte* the Court proceeded directly from a finding of the s. 8 breach to a consideration under s. 24(2) of the *Charter* of whether the evidence ought nevertheless to be admitted.

The Crown on the other hand raises the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* “if necessary”. I do not think that where there has been a *Charter* breach with respect to the collection of evidence, the Crown can avoid the s. 24(2) analysis by going directly to the proviso which provides that notwithstanding an error of law the appeal may be dismissed if the Court “is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. The proviso addresses a miscarriage of justice in the particular case. Section 24(2) deals with the balance between individual rights and *Charter* rights and the overall reputation of the administration of justice.

My colleague Arbour J. contends that this was a “trivial” error (para. 11) in an evidentiary ruling by the trial judge. In my view, the issue is not whether the error was trivial or colossal. The issue is that in the result the jury heard details of a confession that covered 34 pages of damaging transcript sourced not in the officer’s memory but in the excluded tape recording.

While I would not revisit the trial judge’s decision to set aside the authorization order, for the reasons already mentioned, I do not feel any such inhibition about revisiting his subsequent s. 24(2) exclusion

Par conséquent, compte tenu des faits de l’espèce, un grand nombre de détails rapportés à l’audience par le policier ne peuvent être considérés comme provenant de son souvenir (rafraîchi, ravivé ou consigné), mais plutôt de la transcription révisée de la conversation du 29 janvier qui, pour les motifs exposés dans *Duarte*, précité, a été obtenue en violation de l’art. 8 de la *Charte*.

*D. Peut-on remédier à l’admission injustifiée d’éléments de preuve par application de la disposition réparatrice, le sous-al. 686(1)(b)(iii)?*

Dans *Duarte*, après avoir conclu à une violation de l’art. 8, la Cour a directement entrepris d’examiner si les éléments devaient néanmoins être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Le ministère public soulève par ailleurs le recours, « au besoin », à la disposition réparatrice, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Lorsqu’il y a eu violation de la *Charte* dans le cadre de la collecte d’éléments de preuve, je ne crois pas que le ministère public puisse éviter l’analyse fondée sur le par. 24(2) en invoquant directement l’application de la disposition réparatrice, qui prévoit que, malgré une erreur de droit, la cour d’appel peut rejeter l’appel si elle « est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ». La disposition réparatrice vise dans ce cas particulier une erreur judiciaire. Le paragraphe 24(2) a trait à l’équilibre entre les droits individuels et les droits garantis par la *Charte* et à la considération dont jouit l’administration de la justice.

Ma collègue le juge Arbour affirme qu’il s’agit d’une erreur « négligeable » (par. 11) dans la décision du juge du procès en matière de preuve. À mon avis, il ne s’agit pas de savoir si l’erreur est négligeable ou colossale. Le problème est qu’en fin de compte le jury a entendu des détails d’un aveu qui couvrent 34 pages de transcription compromettante provenant non pas du souvenir du policier mais de l’enregistrement exclu.

Je ne revisiterai pas la décision du juge du procès d’annuler l’ordonnance d’autorisation, pour les raisons déjà mentionnées, mais je n’hésite pas à revisiter l’ordonnance d’exclusion qu’il a par la suite

68

69

70

71

72

order with respect to the transcript because the exclusion of the evidence, as distinguished from the validity of the authorization order, was the subject matter of Southin J.A.'s dissent.

73 The message of s. 24(2) of the *Charter* is that, even if admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would not create a substantial wrong or miscarriage of justice to a particular accused, the court must nevertheless consider whether, "having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". The appellant says the disrepute arises because the officer did indirectly what the *Charter* says he could not do directly, and thereby rendered both the *Charter* protection meaningless and prior judicial authorizations superfluous.

74 Following the path laid out in the *Charter* and in *Duarte* (p. 59), I think we are obliged to consider under s. 24(2) whether the detailed rendition of the body-pack evidence ought to have been excluded on *Charter* grounds. If so, the conviction would have to be quashed as urged in Southin J.A.'s dissent.

#### E. Application of Section 24(2)

75 The conclusion that the officer's evidence contravened s. 8 of the *Charter* does not, of course, render it inadmissible: *Duarte, supra*; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Stillman, supra*. Section 24(2) provides that evidence obtained in violation of the *Charter* "shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". While the constitutional direction is to balance *all* of the circumstances, these circumstances are generally grouped around three primary considerations:

1. Does the admission of the evidence affect the fairness of the trial?
2. How serious was the *Charter* breach?

rendue en vertu du par. 24(2) au sujet de la transcription, car la dissidence du juge Southin portait sur l'exclusion de la preuve et non sur la validité de l'ordonnance d'autorisation,

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* comporte le message suivant : même si l'admission de certains éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* ne produirait aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave pour un accusé donné, le tribunal doit néanmoins examiner si « eu égard aux circonstances, [. . .] leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». L'appelant soutient qu'il y a déconsidération de l'administration de la justice puisque le policier a fait indirectement ce que la *Charte* lui interdit de faire directement. De ce fait, la protection qu'offre la *Charte* n'a plus aucun sens et les autorisations judiciaires préalables sont superflues.

Suivant le cheminement préconisé dans la *Charte* et dans *Duarte* (p. 59), je pense que nous sommes tenus d'examiner en vertu du par. 24(2) si le compte rendu détaillé de la preuve obtenue par micro-émetteur de poche aurait dû être écarté pour des motifs fondés sur la *Charte*. Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité devrait être annulée, comme le recommande le juge Southin dans ses motifs dissidents.

#### E. L'application du par. 24(2)

La conclusion que le témoignage du policier contrevient à l'art. 8 de la *Charte* ne le rend naturellement pas inadmissible (*Duarte*, précité; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Stillman*, précité). En effet, le par. 24(2) prévoit que les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* « sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Bien que les principes constitutionnels établissent qu'il faut soupeser *toutes* les circonstances, celles-ci se groupent généralement autour de trois principaux facteurs :

1. L'admission de la preuve compromet-elle l'équité du procès?
2. Quelle est la gravité de la violation de la *Charte*?

3. What would be the effect of excluding the evidence on the repute of the administration of justice?

On the first question, the Court has held that “[a] fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused”: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, *per* McLachlin J., as she then was, at para. 45. The proper balance in respect of the first question was further analysed in *Stillman*, *supra*, which set out a two-stage approach. The first stage requires courts to classify the evidence as either conscriptive or non-conscriptive. If the evidence is classified as conscriptive, the second stage then requires the party seeking to admit the evidence to prove on a balance of probabilities that the evidence could have been discovered by alternative, non-conscriptive means. In explaining how to differentiate between conscriptive and non-conscriptive evidence, Cory J. rejected the importance earlier attached by some judges to the difference between real evidence and *viva voce* evidence. He stated, at para. 77:

The crucial element which distinguishes non-conscriptive evidence from conscriptive evidence is not whether the evidence may be characterized as “real” or not. Rather, it is whether the accused was compelled to make a statement or provide a bodily substance in violation of the *Charter*.

*Stillman* established that the key issue on the first branch of the test is “the manner in which the evidence was obtained” (para. 119).

Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples. [*Stillman*, para. 80]

3. Quelle serait l’incidence de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice?

En ce qui a trait à la première question, la Cour a statué qu’un « procès équitable est celui qui répond à l’intérêt qu’a le public à connaître la vérité, tout en préservant l’équité fondamentale en matière de procédure pour l’accusé » (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, le juge McLachlin (plus tard Juge en chef de notre Cour), par. 45). L’arrêt *Stillman*, précité, a analysé de manière plus approfondie le juste équilibre à atteindre au regard de la première question, établissant une approche en deux étapes. Suivant la première étape, les tribunaux doivent qualifier la preuve de preuve obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même ou de preuve non obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même. Dans le premier cas, la partie qui cherche à faire admettre la preuve doit, lors d’une seconde étape, démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve aurait pu être découverte autrement que par mobilisation de l’accusé contre lui-même. En expliquant comment distinguer ces deux types de preuve, le juge Cory a rejeté l’importance que certains juges accordaient auparavant à la différence entre une preuve matérielle et une preuve de vive voix. Voici ce qu’il écrit à cet égard au par. 77 :

L’élément crucial qui distingue la preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même de celle obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même n’est pas de savoir si la preuve peut être qualifiée de « matérielle ». Il s’agit plutôt de savoir si l’accusé a été forcé de faire une déclaration ou de fournir une substance corporelle en violation de la *Charte*.

Pour ce qui est de la première étape de l’approche, l’arrêt *Stillman* a établi que l’élément primordial est « la manière dont [la preuve] a été obtenue » (par. 119).

La preuve est obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même lorsque l’accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s’incriminer sur l’ordre de l’État au moyen d’une déclaration, de l’utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles. [*Stillman*, par. 80]

76

77

78 The proper focus at this stage is therefore on the actions involved in obtaining the evidence rather than on the form in which the evidence exists.

79 Applying the above principles to this case, it is clear that the appellant was not detained nor was he compelled to confess to the murder. Instead, the confession was freely volunteered to someone the appellant thought was just another influential crook. The *Charter* breach (the secret recording) neither caused nor contributed to the appellant's statements. The appellant may, from his point of view, reflect with hindsight that he chose his friends unwisely, something which the *Charter* cannot purport to protect him against (*Duarte, supra*, at p. 41), but the officer heard nothing that the appellant did not intend him to hear. Moreover, as noted by Hall J.A., the existence of the statements was not contingent on the grant of the impugned authorization since the police would have proceeded with the undercover operation with or without the recording device, and the officer would, in either event, have heard what the appellant had to say.

80 In a similar case involving the unauthorized recording of a conversation by a police participant, *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422, the full Court, *per* Cory J., found the recorded evidence to be non-conscriptive. In that case, the accused, a lawyer, initiated a scheme in which he would pay police officers to refer impaired driving cases to him. The evidence against the accused included statements he had made to an undercover officer wearing a hidden recording device. As the officer had failed to obtain prior authorization to record the conversation, the recording contravened s. 8 of the *Charter*. In concluding that the admission of this evidence would not affect the fairness of the trial, Cory J. observed, at para. 55, that the accused "could not by any stretch of the imagination be said to have been conscripted into incriminating himself in these conversations" (emphasis added).

Par conséquent, à cette étape-ci, il convient de se concentrer plutôt sur la façon dont la preuve a été obtenue que sur la forme sous laquelle elle existe.

Selon les principes susmentionnés, il est clair que l'appellant n'a pas été détenu ni forcé à avouer le meurtre. Il a plutôt de lui-même fait des aveux à une personne qu'il croyait simplement être un autre escroc influent. La violation de la *Charte* (l'enregistrement secret) n'a ni donné lieu ni contribué à ses déclarations. De son point de vue, l'appellant peut penser, avec le recul, qu'il a mal choisi ses amis, ce à l'égard de quoi la *Charte* ne peut le protéger (*Duarte*, précité, p. 41), mais le policier n'a rien entendu de ce que l'appellant ne voulait pas qu'il entende. Par ailleurs, comme le juge Hall l'a noté, l'existence des déclarations n'était pas tributaire de l'obtention de l'autorisation contestée, car la police aurait entrepris l'opération secrète avec ou sans dispositif d'enregistrement et le policier aurait de toute façon entendu ce que l'appellant avait à dire.

Dans une affaire semblable, *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422, où il est question de l'enregistrement non autorisé d'une conversation par un policier qui était l'un des interlocuteurs, le juge Cory, au nom de l'ensemble de la Cour, a jugé que la preuve sous forme d'enregistrement ne constituait pas une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même. Dans cette affaire, l'accusé, un avocat, avait établi un stratagème par lequel il verserait une somme d'argent aux policiers qui lui enverraient des cas de conduite avec facultés affaiblies. La preuve contre l'accusé comprenait des déclarations qu'il avait faites à un agent d'infiltration muni d'un dispositif d'enregistrement caché. Le policier n'ayant pas obtenu d'autorisation préalable, l'enregistrement de la conversation contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*. Concluant que l'admission de cette preuve ne compromettrait pas l'équité du procès, le juge Cory a fait observer que, « [m]ême en faisant un gros effort d'imagination, on ne peut dire que [l'accusé] a été forcé de s'incriminer dans ces conversations » (par. 55 (je souligne)).

*Wijesinha* was cited with approval by the majority in *Stillman*, at para. 96, as being “an example of a situation where evidence obtained in violation of a *Charter* right was admitted because there was no compulsion”.

It is not entirely clear from the report of *Wijesinha* how much independent recollection of the conversation the policeman retained at the time of the trial. Here, it is important to remember, the undercover officer to whom the statements were volunteered recalled at the time of trial all the most significant elements of what was said. The officer’s evidence on that point at trial, previously reproduced at para. 44, was so striking as to warrant repetition:

Well, it’s not every day that someone comes to you in a hotel room and sits down and has a one-on-one conversation with you explaining how they killed someone, disposed of their bike in the bush, hit them with a crowbar while they were still alive, drove down a road with the deceased in the truck, dragged her into the bush, took her spandex shorts off to make it look as though it might be a rape, purposely throw those spandex shorts across the road behind some logs and then go home. It’s not every day someone will sit down and tell you that.

With respect to the additional detail provided by verbatim recitation from the transcript, we cannot now know (because the officer did not know) precisely what “parts” the officer recalled when he looked at the transcript the day after the confession and what “parts” he did not recall at that time. What is important is that all of the essential elements of the confession were still present in the officer’s mind at the date of the trial.

I therefore conclude, on the first question, that the admission of the additional detail, despite its 34-page length, did not affect the fairness of the trial.

On the second question, the seriousness of the *Charter* breach, it is beyond dispute that the police officers acted in good faith. They applied for and received prior judicial authorization for the surreptitious recording. The authorization was not quashed

Dans *Stillman*, par. 96, les juges majoritaires ont cité avec approbation l’arrêt *Wijesinha* en le qualifiant d’« exemple de cas où la preuve obtenue en violation d’un droit garanti par la *Charte* a été admise parce qu’il n’y avait pas eu de contrainte ».

Il ne ressort pas très clairement de l’arrêt *Wijesinha* dans quelle mesure le policier, au moment du procès, a un souvenir personnel de la conversation. En l’espèce, il importe de se rappeler que l’agent d’infiltration à qui les déclarations ont été faites librement se souvenait au procès de tous les éléments les plus importants de ce qui a été dit. Le témoignage du policier sur ce point au procès, déjà reproduit au par. 44, est si frappant qu’il mérite d’être répété :

[TRADUCTION] C’est que ce n’est pas tous les jours que quelqu’un vient vous voir dans une chambre d’hôtel, s’assoit et vous explique en tête à tête comment il a tué une personne, s’est débarrassé de sa bicyclette dans les buissons, l’a frappée avec une pince monseigneur alors qu’elle était encore en vie, est parti avec la défunte dans son camion, l’a traînée dans les buissons, a enlevé son short en spandex pour faire croire à un viol, a délibérément lancé le short de l’autre côté de la route, derrière des rondsins, puis est rentré chez lui. Ce n’est pas tous les jours que quelqu’un va s’asseoir pour vous raconter tout cela.

Pour ce qui est des détails additionnels fournis par la lecture textuelle de la transcription, nous ne pouvons maintenant déterminer exactement (parce que le policier ne le savait pas) quelles sont les « parties » dont celui-ci se souvenait lors de son examen de la transcription le lendemain de l’aveu et quelles sont les « parties » qu’il ne se rappelait plus à ce moment-là. Ce qui importe, c’est que l’ensemble des éléments essentiels de l’aveu aient été encore frais à sa mémoire à la date du procès.

En ce qui concerne la première question, je conclus donc que l’admission des détails additionnels, malgré les 34 pages qu’ils représentent, n’a pas compromis l’équité du procès.

Quant à la deuxième question, à savoir la gravité de la violation de la *Charte*, la bonne foi des policiers est incontestable. Ils ont demandé et reçu au préalable l’autorisation judiciaire de procéder subrepticement à l’enregistrement. L’autorisation n’a pas été

81

82

83

84

because of false statements or misstatements in the supporting affidavit. The trial judge simply disagreed with the authorizing judge about the sufficiency of the allegations. This is a stronger case for the Crown than *Duarte* itself where the evidence gathered in violation of s. 8 of the *Charter* was nevertheless admitted because the breach “stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event” (p. 60). Here the officers correctly understood the law and, in the opinion of the authorizing judge, they had complied with it.

85 Moreover, the appellant’s act of volunteering these statements to the officer indicates a low expectation of privacy. A greatly reduced expectation of privacy in a s. 8 case should have “a significant impact on the trial judge’s assessment of the seriousness of the breach”: *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 40. Here the appellant intended disclosure of the facts of the victim’s murder (though not, of course, his identity). His expectation was that the information should eventually be disclosed in the courts through the mouth of a substitute accused. Disclosure of his identity was achieved not through the unauthorized recording but by the undercover officer himself based on his unaided present recollection.

86 On the third question, I believe that *exclusion* of the officer’s testimony of his conversation of January 29th would itself bring the administration of justice into disrepute. Murder is the most serious of crimes. This murder was particularly brutal and senseless. The appellant freely confessed his guilt to someone he thought was a partner in crime in what he thought was an act of enlightened self-interest. The exclusion of the tape and transcript did not make the confession disappear and nor should it have done so. The key elements of the confession were available from the undercover officer with or without the benefit of the corrected transcripts. He would have been unshakeable on the most damaging

annulée en raison de déclarations fausses ou inexactes dans l’affidavit déposé à l’appui de la demande d’autorisation. Le juge du procès est simplement en désaccord avec le juge saisi de la demande d’autorisation quant à la suffisance des allégations. Il s’agit en l’espèce d’un cas encore plus favorable pour le ministère public que *Duarte*, où la preuve obtenue en violation de l’art. 8 de la *Charte* avait néanmoins été admise du fait que la violation « découlait d’une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l’accusé soit reconnu coupable » (p. 60). Ici, les policiers ont correctement compris le droit et, de l’avis du juge saisi de la demande d’autorisation, ils s’y sont conformés.

En outre, le fait que l’appelant a de lui-même fait ces déclarations au policier démontre une faible attente en matière de vie privée. Une attente beaucoup moindre en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 devrait avoir « une incidence marquée sur l’évaluation, par le juge du procès, de la gravité de la violation » (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 40). En l’espèce, l’appelant avait l’intention de révéler les faits du meurtre de la victime (mais non son identité, bien sûr). Il s’attendait à ce que l’information soit ultérieurement divulguée en cour par l’entremise d’un autre accusé. L’identité de l’appelant avait été divulguée non pas au moyen de l’enregistrement non autorisé, mais par l’agent d’infiltration lui-même à partir de son seul souvenir contemporain.

Pour ce qui est de la troisième question, j’estime que l’*exclusion* du témoignage du policier au sujet de la conversation du 29 janvier déconsidérerait en soi l’administration de la justice. Le meurtre est le crime le plus grave. Ce meurtre était particulièrement brutal et gratuit. L’appelant a librement avoué sa culpabilité à quelqu’un qu’il croyait être un « partenaire dans le crime », pensant servir ainsi son intérêt personnel de façon ingénieuse. L’exclusion de l’enregistrement et de la transcription n’a pas fait disparaître l’aveu, et ce, à juste titre. Le policier pouvait témoigner quant aux principaux éléments de l’aveu avec ou sans les transcriptions révisées. Il aurait été inébranlable sur les aspects les plus



points in the confession, corroborated by his January 30th visit to the crime scene with the appellant as his guide. In short, the appellant has not established that, having regard to all the circumstances, admission of the truthful, accurate and complete details of his voluntary statements into evidence would bring the administration of justice into disrepute.

*Duarte* established an important aspect of privacy rights which must not be undermined by allowing the state to introduce unauthorized “participant” wiretaps under the guise of an undercover policeman’s “notes”. We should affirm the s. 8 protection laid down in *Duarte*, but acknowledge that where the issue is the admissibility of evidence, s. 8 rights are not to be read in isolation from s. 24(2), as the Court affirmed in *Duarte* itself and in *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, *R. v. Solomon*, [1997] 3 S.C.R. 696, and in other cases.

It must be remembered that *Duarte* was decided on very broad policy grounds. At a time when participant surveillance using body-packs was not regulated by the *Criminal Code*, this Court’s concern was with the inhibition of social discourse amongst Canadians generally, and not particularly amongst those with criminal proclivities, as is evident in some of the judicial dicta adopted in that case (at pp. 50, 52 and 54):

Few of us would ever speak freely if we knew that all our words were being captured by machines for later release before an unknown and potentially hostile audience. No one talks to a recorder as he talks to a person.

[T]he relevant question is not whether criminals must bear the risk of warrantless surveillance, but whether it should be imposed on all members of society.

Were third-party bugging a prevalent practice, it might well smother that spontaneity -- reflected in frivolous, impetuous, sacrilegious, and defiant discourse -- that liberates daily life.

dommageables de l’aveu, corroboré par sa visite, le 30 janvier, du lieu du crime, avec l’appelant pour guide. Bref, l’appelant n’a pas démontré que, eu égard aux circonstances, l’admission en preuve des détails véridiques, exacts et complets de ses déclarations volontaires déconsidérerait l’administration de la justice.

L’arrêt *Duarte* a établi un aspect important du droit à la vie privée qu’il ne faut pas miner en autorisant l’État à introduire, sous prétexte qu’il s’agit des « notes » d’un agent d’infiltration, un enregistrement électronique non autorisé, effectué par un « participant » à la conversation. Nous devrions confirmer la protection de l’art. 8 établie dans *Duarte*. Toutefois, nous devons aussi reconnaître que, dans le cas où la question en litige porte sur l’admissibilité de la preuve, les droits garantis par cet article doivent être interprétés non pas isolément, mais en fonction du par. 24(2), comme la Cour l’a affirmé notamment dans *Duarte* et dans *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, et *R. c. Solomon*, [1997] 3 R.C.S. 696.

Il ne faut pas oublier que l’affaire *Duarte* a été tranchée selon des principes très généraux. À une époque où la surveillance participative par micro-émetteur de poche n’était pas réglementée par le *Code criminel*, la Cour craignait que les Canadiens en général, et non particulièrement les personnes ayant une propension au crime, ne s’empêchent de participer à des discussions sociales. C’est ce qui ressort de certaines des remarques incidentes que la Cour a fait siennes dans cet arrêt (aux p. 50, 52 et 54) :

[TRADUCTION] Peu d’entre nous parleraient franchement si nous savions que tous nos propos sont interceptés par des machines en vue de leur diffusion ultérieure devant un auditoire inconnu et peut-être hostile. Personne ne parle à un magnétophone comme il parle à un être humain.

[L]a question pertinente n’est pas de savoir si les criminels doivent supporter le risque d’une surveillance sans mandat, mais bien de savoir si elle devrait être infligée à tous les membres de la société.

Si l’écoute électronique par des tiers était une pratique répandue, elle pourrait étouffer cette spontanéité -- reflétée dans les propos frivoles, vifs, sacrilèges et provocants -- qui est la manifestation de la liberté dans la vie quotidienne.

89

The Ontario Court of the Appeal in *Duarte* was gently admonished for having put the focus too narrowly on those people engaged in “illegal activities” (p. 53). This Court acknowledged the force of the Crown’s argument that it might be seen to be anomalous to allow the participant to give *viva voce* evidence from memory of the conversation but exclude an accurate tape recording of the same conversation. Nevertheless, the Court adopted the view that the risk of unauthorized electronic recording is not part of our common experience “and it should not be thrust upon us” (p. 50 (emphasis deleted)). This broader policy focus puts *Duarte* in proper perspective when it comes to exclusion of evidence in a criminal trial. Section 24(2) requires a balancing exercise on the facts of each particular case. In *Duarte* itself, the evidence obtained in breach of s. 8 was ultimately admitted after consideration under s. 24(2). On the facts of this case as well, s. 24(2) ought not to be applied to exclude the testimony. This does not nullify the s. 8 protection. It gives it the measured effect in terms of the admissibility of evidence which the *Charter*, read as a whole, intended it to have. In another case, the s. 24(2) hurdle may not be so readily surmounted.

#### V. Conclusion

90

The appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.*

Dans *Duarte*, la Cour a reproché à la Cour d’appel de l’Ontario de s’être trop limitée aux personnes se livrant à des « activités illégales » (p. 53). Elle a reconnu le poids de l’argument du ministère public selon lequel il pourrait paraître anormal d’autoriser le participant à témoigner de vive voix de mémoire relativement à la conversation et d’exclure un enregistrement précis de cette même conversation. Cependant, la Cour a estimé que le risque de l’enregistrement électronique non autorisé n’est pas implanté dans notre vie quotidienne et qu’« on ne devrait pas nous l’imposer » (p. 50 (soulignement omis)). Ce principe général replace l’arrêt *Duarte* dans son contexte lorsqu’il s’agit d’exclure des éléments de preuve dans un procès criminel. Le paragraphe 24(2) exige un exercice de pondération suivant les faits propres à chaque cas. Dans *Duarte*, les éléments de preuve obtenus en violation de l’art. 8 ont finalement été admis en preuve après un examen fondé sur le par. 24(2). D’après les faits de l’espèce, le par. 24(2) ne peut non plus être appliqué de façon à exclure le témoignage. Cette interprétation n’invalide pas pour autant la protection qu’offre l’art. 8. Elle lui confère, du point de vue de l’admissibilité des éléments de preuve, l’effet mesuré que la *Charte*, prise dans son ensemble, visait à lui conférer. Dans une autre affaire, il ne sera peut-être pas aussi facile de surmonter l’obstacle que représente le par. 24(2).

#### V. Conclusion

Je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l’appelant : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureur de l’intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.*