

Mervyn Allen Buhay *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BUHAY

Neutral citation: 2003 SCC 30.

File No.: 28667.

2002: November 1; 2003: June 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Marijuana seized from rented locker — Whether accused's constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure violated — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Application of Charter — Exclusion of evidence — Marijuana seized from rented locker — Whether accused had reasonable expectation of privacy in locker — Whether Charter applies to initial search by private security guards — Whether subsequent warrantless search and seizure by police violated accused's 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), 32.

The accused rented a locker at the Winnipeg bus depot. A short time later, one of the security guards detected a strong odour of marijuana coming from the locker. The locker was opened by a Greyhound agent for the security guards, and inside they found a duffel bag containing some marijuana. The security guards placed the items back in the locker, locked it, and contacted the police. The police officers smelled marijuana and a Greyhound agent opened the locker for them. One of the

Mervyn Allen Buhay *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. BUHAY

Référence neutre : 2003 CSC 30.

N^o du greffe : 28667.

2002 : 1^{er} novembre; 2003 : 5 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Recevabilité — Marijuana saisie dans un casier loué — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives est-il violé? — Dans l'affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Application de la Charte — Exclusion de la preuve — Marijuana saisie dans un casier loué — L'accusé avait-il une attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier? — La Charte s'applique-t-elle à la fouille initiale par des gardes de sécurité privés? — La fouille et la saisie sans mandat effectuées ensuite par la police violaient-elles le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2), 32.

L'accusé loue un casier à la gare routière de Winnipeg. Peu de temps après, un garde de sécurité sent une forte odeur de marijuana provenant du casier. Le casier est ouvert par un employé de Greyhound pour les gardes de sécurité qui y trouvent un sac de voyage contenant de la marijuana. Les gardes de sécurité remettent les objets dans le casier, le verrouillent et appellent la police. Les policiers sentent l'odeur de marijuana et un employé de Greyhound leur ouvre le casier. Un policier saisit le sac

officers seized the bag of marijuana, and placed it in the cruiser. The police officers did not have a search warrant. One of the officers testified that the idea of obtaining a warrant did not cross his mind. The other officer mentioned that he considered obtaining a warrant, but did not think the accused had a reasonable expectation of privacy in the locker and that, further, he did not think he had sufficient grounds to obtain a warrant. The next day, an individual tried to retrieve the bag from the locker, and the accused was later arrested and charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking. The trial judge, finding a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, granted the motion to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, and acquitted the accused. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and entered a conviction.

Held: The appeal should be allowed and the acquittal entered at trial restored.

The accused had a reasonable expectation of privacy in the contents of the locker he rented. The accused had control and possession of the locker's contents through possession of the key. Moreover, the signs on the lockers made no mention of the possibility that they might be opened and searched. A reasonable person would expect that his or her private belongings, when secured in a locker that he or she has paid money to rent, will be left alone, unless the contents appear to pose a threat to the security of the bus depot. The existence of a master key does not in itself destroy the expectation of privacy. While it was not as high as the privacy afforded to one's own body, home or office, a reasonable expectation of privacy existed in the locker sufficient to engage the accused's s. 8 *Charter* rights.

The initial search by the security guards did not trigger the application of the *Charter* because the guards were not acting as agents of the state, nor could their activities be assimilated or ascribed to the government. However, the police were required to obtain a warrant to search the accused's locker. The warrantless search and seizure was an impermissible intrusion of the state on a legitimate and reasonable expectation of privacy and therefore constitutes a violation of s. 8 of the *Charter*. The Court of Appeal erred in finding that there was no search and seizure by the police. A person's reasonable expectation of privacy as to the contents of a rented and locked bus depot locker is not destroyed merely because a private individual invades that privacy by investigating the contents of the locker. The accused's reasonable expectation of privacy was continuous. The intervention of the security guards does not relieve the police from the requirement of prior judicial authorization before seizing contraband uncovered by security guards.

de marijuana et le met à l'arrière de l'auto-patrouille. Les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition. L'un d'eux a témoigné qu'il n'avait jamais pensé à en obtenir un, et l'autre qu'il y avait songé, mais ne pensait pas que l'appelant avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier et qu'en outre, il n'y avait pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat. Le lendemain, un individu tente de reprendre le sac dans le casier, et l'accusé est arrêté plus tard et inculpé pour possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Le juge du procès conclut à la violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, accorde la demande d'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et acquitte l'accusé. La Cour d'appel fait droit à l'appel du ministère public et inscrit une déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'acquittal prononcé au procès est rétabli.

L'accusé avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard du contenu du casier loué. Ayant la clé du casier, l'appelant avait le contrôle et la possession de ce qu'il contenait. De plus, la vignette apposée aux casiers ne faisait pas mention de la possibilité qu'ils soient ouverts et fouillés. Une personne raisonnable s'attendrait à ce que personne ne touche à ses objets personnels déposés dans un casier loué contre paiement, à moins qu'ils ne paraissent constituer une menace pour la sécurité de la gare routière. L'existence d'un passe-partout ne supprime pas en soi l'attente de vie privée. Même si elle n'était pas aussi grande qu'à l'égard du corps, du lieu de résidence ou du lieu de travail, l'attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier était suffisante pour qu'entre en jeu la garantie de l'art. 8 de la *Charte*.

La fouille initiale par les gardes de sécurité n'a pas enclenché l'application de la *Charte* parce qu'ils n'agissaient pas à titre de représentants de l'État et que leurs activités ne pouvaient pas être attribuées ou assimilées à celles de l'État. Toutefois, les policiers devaient obtenir un mandat avant de procéder à la fouille du casier de l'accusé. La fouille et la saisie sans mandat sont une violation inacceptable par l'État d'une attente légitime et raisonnable de vie privée, et donc une violation de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel a eu tort de conclure qu'il n'y a eu ni fouille ni saisie par la police. Le seul fait qu'un particulier a porté atteinte à sa vie privée en fouillant le contenu du casier verrouillé loué n'élimine pas l'attente raisonnable de vie privée qu'a une personne relativement au contenu de ce casier. L'attente raisonnable de vie privée de l'accusé était continue. L'intervention des gardes de sécurité ne soustrait pas les policiers à l'obligation d'obtenir au préalable l'autorisation du tribunal de saisir la contrebande découverte par les gardes de sécurité.

This Court should not interfere with the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. On the issue of trial fairness, the evidence in this case is non-conscriptive, "discoverable" evidence, and its admission would not render the trial unfair. On the question of the seriousness of the breach, the trial judge is entitled to considerable deference. The fact that obtaining a warrant did not even cross the mind of one officer demonstrates a certain casual attitude toward the accused's *Charter* rights. The other officer's admission that he did consider obtaining a warrant but that he thought that he lacked sufficient grounds to get one also suggests blatant disregard for the accused's rights. Moreover, there was no situation of urgency or necessity, as there was no immediate danger that the evidence would be lost, removed or destroyed, nor was an imminent threat posed by the marijuana in the locker. The situation did not require immediate action to secure the evidence, as the locking mechanism was still engaged and the 24-hour limit had not expired. It is also clear from the record that the police could have obtained the evidence without infringing the accused's rights. The failure of the police officers to explore other investigative techniques that were available to them shows the absence of sincere effort to comply with the *Charter*. While some other elements militate in favour of the admission of the evidence, the evidence considered as a whole supports a conclusion that the violation was serious. The trial judge's assessment of the seriousness of the interference with the accused's privacy interests reveals no misapprehension of the evidence, or failure to consider relevant factors, and is not unreasonable.

The administration of justice does not have to be brought into disrepute on a national scale before courts may interfere to protect the integrity of the process within which they operate. While s. 24(2) is not an automatic exclusionary rule, neither should it become an automatic inclusionary rule when the evidence is non-conscriptive and essential to the Crown's case. An appellate court must determine if, all factors considered, the trial judge's conclusion to exclude the evidence, based on her or his finding that its admission would bring the administration of justice into disrepute, was reasonable. In light of the trial judge's concern as to the long-term effect of the law enforcement officers' attitude in this case, it was well within his judicial discretionary power to conclude that the admission of the marijuana in this case would cause greater disrepute to the justice system than its exclusion would, and such decision is very well within the limits of reasonableness.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Collins*, [1987] 1

La Cour ne doit pas modifier la décision du juge du procès d'écartier la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Sur l'équité du procès, la preuve en l'espèce était une preuve non conscrite et « susceptible d'être découverte », et son utilisation ne rendrait pas le procès inéquitable. Sur la gravité de la violation, le juge du procès a droit à une grande déférence. Le fait qu'un des agents n'a même pas pensé à obtenir un mandat indique une certaine désinvolture envers les droits constitutionnels de l'accusé, et l'admission de l'autre agent qu'il y avait songé, mais pensait ne pas avoir de motifs suffisants pour obtenir un mandat, indique également un mépris flagrant des droits de l'accusé. De plus, il n'y avait aucune situation d'urgence ou de nécessité, puisqu'il n'y avait pas de risque immédiat que la preuve soit perdue, enlevée ou détruite, et la marijuana dans le casier ne constituait pas une menace imminente. La situation n'exigeait pas de mesures immédiates pour protéger la preuve, puisque le verrou était toujours en place, et que la période maximale de 24 heures n'avait pas expiré. Il ressort aussi clairement du dossier que la police aurait pu obtenir la preuve sans porter atteinte aux droits de l'accusé. L'omission des policiers d'envisager d'autres techniques d'enquête possibles montre qu'ils n'ont pas fait d'efforts sincères pour se conformer à la *Charte*. Si certains éléments militent en faveur de l'utilisation de l'élément de preuve, la preuve, prise globalement, étaye la conclusion que l'atteinte aux droits de l'accusé était grave. L'appréciation par le juge de la gravité de l'atteinte aux droits de l'accusé en matière de vie privée ne révèle aucune erreur d'interprétation de la preuve ou omission de tenir compte de facteurs pertinents, et son appréciation n'est pas déraisonnable.

Il n'est pas nécessaire que l'administration de la justice risque d'être déconsidérée à l'échelle nationale pour que les tribunaux soient autorisés à intervenir pour préserver l'intégrité du système judiciaire dans lequel ils opèrent. Le paragraphe 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique mais il ne faut pas non plus en faire une règle d'inclusion automatique quand la preuve n'est pas conscrite et qu'elle est essentielle à la poursuite. La cour d'appel doit décider si, compte tenu de tous les facteurs, la décision du juge du procès d'exclure la preuve, après avoir conclu que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice, était raisonnable. Vu sa crainte concernant les effets à long terme de l'attitude des policiers en l'espèce, le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de conclure que l'utilisation de la preuve — la marijuana — déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son exclusion, et cette décision est raisonnable à tous points de vue.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Collins*,

S.C.R. 265; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48; *R. v. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Caucchi* (1995), 43 C.R. (4th) 403; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. v. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8; *R. v. Belliveau* (1986), 75 N.B.R. (2d) 18; *R. v. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548; *R. v. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195, aff'd [1996] 1 S.C.R. 70; *R. v. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341, aff'd [1996] 1 S.C.R. 70; *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983); *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2), 32(1).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).
Private Investigators and Security Guards Act, R.S.M. 1987, c. P132, ss. 1 “security guard”, 35.

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 84 C.R.R.

[1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48; *R. c. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Caucchi* (1995), 43 C.R. (4th) 403; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. c. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8; *R. c. Belliveau* (1986), 75 R.N.-B. (2^e) 18; *R. c. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548; *R. c. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195, conf. par [1996] 1 R.C.S. 70; *R. c. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341, conf. par [1996] 1 R.C.S. 70; *Texas c. Brown*, 460 U.S. 730 (1983); *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2), 32(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).
Loi sur les détectives privés et les gardiens de sécurité, L.R.M. 1987, ch. P132, art. 1 « gardien de sécurité », 35.

Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 84 C.R.R.

(2d) 366, 246 W.A.C. 111, [2001] M.J. No. 215 (QL), 2001 MBCA 70, setting aside a decision of the Provincial Court (2000), 147 Man. R. (2d) 149, [2000] M.J. No. 571 (QL). Appeal allowed.

Bruce F. Bonney and G. Bruce Gammon, for the appellant.

David G. Frayer, Q.C., and *Erin E. Magas*, for the respondent.

Written submissions only by *Carole Lebeuf*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. — We are asked in this appeal to determine the constitutionality of a seizure of marijuana made from a locker the appellant had rented at the Winnipeg bus depot. This involves the determination of whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to an initial search conducted by private security guards. It also involves the determination of whether the subsequent warrantless search and seizure by the police violated the appellant's rights under s. 8 of the *Charter* and if so, whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

I. The Facts

The Winnipeg bus depot has a set of lockers that can be rented out by the public. The lockers can be accessed by a key. The fee for a locker is \$2 for any period of 24 hours or less, with a \$4 overtime charge for an additional 24 hours. After the period expires, the contents of the locker may be removed and held for 30 days, after which they can be sold for accrued charges. A sticker on each locker explains these terms and conditions. The lockers are owned by Canadian Locker Company and are managed on an alternating basis by Greyhound Bus Lines and Grey Goose Bus Lines.

On March 14, 1998, two individuals approached the security desk at the Winnipeg bus depot to inquire about the use of lockers there. While one of the individuals spoke to the security guards, the other went to the bank of lockers and removed a bag

(2d) 366, 246 W.A.C. 111, [2001] M.J. No. 215 (QL), 2001 MBCA 70, qui a infirmé une décision de la Cour provinciale (2000), 147 Man. R. (2d) 149, [2000] M.J. No. 571 (QL). Pourvoi accueilli.

Bruce F. Bonney et G. Bruce Gammon, pour l'appelant.

David G. Frayer, c.r., et *Erin E. Magas*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Carole Lebeuf*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ARBOUR — Le pourvoi porte sur la constitutionnalité d'une saisie de marijuana trouvée dans un casier loué par l'appelant à la gare routière de Winnipeg. La Cour doit décider si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à une fouille initiale effectuée par des employés d'un service de sécurité privé. La Cour doit déterminer également si la fouille et la saisie subséquentes effectuées sans mandat par des policiers ont porté atteinte aux droits de l'appelant garantis à l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

I. Les faits

La gare routière de Winnipeg met à la disposition du public des casiers fermant à clé, qui peuvent être loués à raison de 2 \$ pour une période d'au plus 24 heures. Une somme de 4 \$ est exigée pour toute période supplémentaire de 24 heures. Une fois la période écoulée, le contenu peut être retiré du casier et conservé pendant 30 jours, après quoi il peut être vendu pour paiement des frais. Ces conditions figurent sur un autocollant apposé sur chacun des casiers, lesquels appartiennent à Canadian Locker Company et sont gérés à tour de rôle par les sociétés d'autocars Greyhound et Grey Goose.

Le 14 mars 1998, deux individus se présentent au poste de surveillance de la gare routière de Winnipeg pour se renseigner sur l'utilisation des casiers. Pendant que l'un d'eux parle aux gardes de sécurité, l'autre se dirige vers les casiers et retire un

1

2

3

from locker 135. He was noticed digging through the bag, and one of the security guards noted a slight odour of marijuana. The second man was pacing in front of the security guards and was glancing around. The two individuals were then seen locking the locker and walking out of the bus depot.

4 Approximately one hour and 45 minutes later, after completing other duties, the security guards decided to investigate further. They went to the locker. One of the guards, Mr. Mah, sniffed the vent of the locker door and smelled a strong odour of marijuana. The security guards went to the Cargo Express Agent for Greyhound Bus Lines, Mr. Will, and advised him of what they suspected was in the locker and inquired whether they could gain access. Mr. Will opened the locker with his master key. One of the security guards removed the duffel bag that they had seen being placed in the locker earlier and opened it. Inside, they found a sleeping bag with a quantity of marijuana rolled up in the middle. Following this discovery, the security guards placed the items back in the locker, locked it, and contacted the Winnipeg Police Service.

5 A short time later, Constables Barker and Riddell attended the bus depot and were directed by the security guards to locker 135. The officers smelled marijuana and the Greyhound agent opened the locker for them. Constable Barker seized the bag of marijuana and placed it in the back of his cruiser.

6 The police officers did not have a search warrant. Constable Barker testified that the idea of obtaining a warrant never crossed his mind and Constable Riddell mentioned that he did consider obtaining a warrant but that he did not think the appellant had a reasonable expectation of privacy in the locker and that, further, he did not think he had sufficient grounds to obtain a warrant.

7 Following the seizure of the drugs from the locker, the officers placed a note inside the locker with the pager number of an undercover vice officer. They instructed the security guards at the bus terminal to keep an eye on the locker. The next day, an individual attended at locker 135, opened it with a key, and upon reading the note, left the

sac du casier 135. On le voit fouiller dans le sac. Un des gardes de sécurité remarque une légère odeur de marijuana. Pendant ce temps, le premier individu va et vient devant les gardes de sécurité en jetant un coup d'œil aux alentours. On voit ensuite les deux individus verrouiller le casier et quitter la gare.

Environ une heure et 45 minutes plus tard, après s'être acquittés d'autres tâches, les gardes de sécurité décident de faire une vérification et se rendent au casier. L'un d'eux, M. Mah, sent une forte odeur de marijuana se dégageant de l'ouverture d'aération du casier. Les gardes de sécurité vont ensuite voir le responsable des messageries express de Greyhound, M. Will, lui font part de leurs soupçons et lui demandent s'il peut ouvrir le casier. M. Will ouvre le casier avec son passe-partout. Un des gardes de sécurité retire le sac de voyage qu'ils avaient vu être déposé dans le casier, et l'ouvre. À l'intérieur, ils trouvent de la marijuana dissimulée dans un sac de couchage enroulé. Forts de leur découverte, ils remettent le tout en place, verrouillent le casier et appellent le service de police de Winnipeg.

Peu après, les agents de police Barker et Riddell se présentent à la gare routière, et les gardes de sécurité leur indiquent le casier 135. Les agents sentent l'odeur de marijuana. L'employé de Greyhound ouvre de nouveau le casier. L'agent Barker saisit le sac de marijuana et le met à l'arrière de l'autopatrouille.

Les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition. L'agent Barker a témoigné qu'il n'avait jamais pensé à en obtenir un, et l'agent Riddell, qu'il y avait songé, mais avait conclu que l'appellant n'avait pas d'attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier et qu'en outre, il n'y avait pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat.

Après avoir saisi la drogue, les agents laissent dans le casier une note portant le numéro de téléavertisseur d'un agent banalisé de la section de la moralité. Ils demandent aux gardes de sécurité de surveiller le casier. Le lendemain, un individu s'approche du casier 135, l'ouvre à l'aide d'une clé et, après avoir pris connaissance de la note,

premises. The appellant was arrested later that afternoon.

At the time of these events, Greyhound Bus Lines was responsible for the lockers. Mr. Will testified that the company's policy was to enter a locker if it believed that the locker contained something dangerous or if it was "giving off a bad odour or something like that". No notice of this policy was given to those who rented the lockers.

II. Judgments Below

A. *Provincial Court of Manitoba* (2000), 147 Man. R. (2d) 149

The appellant was charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking, contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. At trial before Aquila Prov. Ct. J., a *voir dire* was held to determine the admissibility of the marijuana that was seized from the bus depot locker.

The trial judge first determined whether the *Charter* applied to the security guards. He held that it was clear from the evidence that the security guards were employed by a private security firm and that in order for the *Charter* to apply, they must be found to have been acting as agents of the state. Considering the decisions of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154, and of this Court in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, he concluded that the security guards were not agents of the state and that the *Charter* therefore did not apply to the initial search by them.

Aquila Prov. Ct. J. then examined the search and seizure by the police officers. As the search was warrantless, it was *prima facie* unreasonable. In accordance with the test set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, it could only be found reasonable if: (1) it was authorized by law, (2) the law itself was reasonable, and (3) the manner in which the search was carried out was reasonable. Aquila Prov. Ct. J. found that there were no "exigent circumstances" in the present case, and that the police officers could have easily obtained a search warrant.

quitte les lieux. L'appelant est arrêté plus tard dans l'après-midi.

Lors de ces événements, les casiers étaient sous la responsabilité de Greyhound. Selon le témoignage de M. Will, la société avait pour politique d'ouvrir un casier lorsqu'on croyait qu'il contenait quelque chose de dangereux ou [TRADUCTION] « si une mauvaise odeur s'en dégageait, ou quelque chose du genre ». Les personnes qui louaient les casiers n'étaient pas avisées de cette politique.

II. Historique judiciaire

A. *Cour provinciale du Manitoba* (2000), 147 Man. R. (2d) 149

L'appelant a été accusé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, un acte criminel prévu au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Au procès, le juge Aquila tient un *voir-dire* sur la recevabilité en preuve de la marijuana saisie dans le casier de la gare routière.

Le juge examine tout d'abord si la *Charte* s'applique aux gardes de sécurité. Selon lui, il ressort de la preuve qu'ils travaillaient pour une entreprise privée et, pour que la *Charte* s'applique, ils doivent avoir agi à titre de représentants de l'État. Après examen des arrêts *R. c. Fitch* (1994), 47 B.C.A.C. 154, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, de notre Cour, il conclut que les gardes de sécurité n'étaient pas des représentants de l'État et que la *Charte* ne s'applique donc pas à la fouille initiale qu'ils ont effectuée.

Le juge Aquila considère ensuite la fouille et la saisie effectuées par les policiers. Aucun mandat n'ayant été obtenu au préalable, la fouille est de prime abord abusive. Suivant le critère établi dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, elle peut être jugée non abusive si (1) elle est autorisée par la loi, (2) la loi elle-même n'a rien d'abusif et (3) la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive. Le juge Aquila conclut qu'il n'y avait pas de [TRADUCTION] « situation pressante » en l'espèce et que les policiers auraient pu facilement obtenir un mandat.

8

9

10

11

12

Aquila Prov. Ct. J. then considered whether the appellant had a reasonable expectation of privacy with respect to the locker. He followed the test set out by Cory J. in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, and concluded that the appellant had a personal and reasonable expectation of privacy. In particular, the appellant had a contract for exclusive use of the locker for 24 hours, which had not expired. Unless the locker contained something dangerous or was giving off an obnoxious smell, neither the managers nor the police had a right to enter. Consequently, the seizure by police violated s. 8 of the *Charter*.

Le juge Aquila examine ensuite si l'appelant avait, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée. Appliquant le critère établi par le juge Cory dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, il conclut que l'appelant avait une attente personnelle raisonnable de vie privée. Plus particulièrement, l'appelant avait conclu un contrat pour l'utilisation exclusive du casier pendant une période de 24 heures, qui n'était pas expirée. Ni la direction ni la police n'avait le droit de l'ouvrir si le casier ne renfermait rien de dangereux ou s'il ne s'en dégageait pas d'odeur nauséabonde. La saisie effectuée par les policiers porte donc atteinte à l'art. 8 de la *Charte*.

13

To determine whether the evidence should be excluded, Aquila Prov. Ct. J. followed the test established in *Collins*. He found that the evidence was real and non-conscriptive. However, he concluded that the violation was serious and not merely technical. The trial judge expressed concern at the casual approach that the police took in infringing the appellant's rights. He felt that exclusion was necessary to discourage similar police conduct in the future. Aquila Prov. Ct. J. granted the motion to exclude the evidence, and, as the parties agreed that the outcome of the case rested entirely on the admissibility of the drugs, the appellant was acquitted.

Pour décider si la preuve doit être écartée, le juge Aquila applique le critère dégagé dans *Collins*. Il estime qu'il s'agit d'une preuve matérielle et qui n'a pas été « conscrite » en mobilisant l'accusé contre lui-même. Il juge cependant que l'atteinte est grave et non seulement de pure forme. Il est préoccupé par la manière désinvolte avec laquelle la police a porté atteinte aux droits de l'appelant. Il juge nécessaire d'écarter la preuve afin de dissuader à l'avenir ce type de comportement chez les policiers. Il accueille la requête visant à écartier la preuve et, comme les parties ont convenu que l'issue de l'affaire dépend entièrement de la recevabilité de la drogue en preuve, l'appelant est acquitté.

B. *Court of Appeal of Manitoba* (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 2001 MBCA 70

B. *Cour d'appel du Manitoba* (2001), 156 Man. R. (2d) 111, 2001 MBCA 70

14

In a brief judgment, Huband J.A. for the Manitoba Court of Appeal allowed the Crown's appeal and entered a conviction. The Court of Appeal was satisfied that the initial search by the security guards did not violate s. 8 because they were privately employed and, therefore, were not subject to the *Charter*. The court found that when the police opened the locker and seized the marijuana, there was merely a "transfer of control" from the security guards to the police. The court reasoned that had the security guards placed the marijuana into a corner cupboard or into a different locker, there would have been no question that the transfer of the marijuana would not have constituted a search and seizure by the police. Placing the marijuana back into the same locker on a temporary basis, but still under the

Dans un court jugement, le juge Huband accueille le pourvoi du ministère public et inscrit une déclaration de culpabilité. La Cour d'appel estime que la fouille initiale n'a pas porté atteinte à l'art. 8 parce que les gardes de sécurité étaient employés par une entreprise privée et n'étaient donc pas assujettis à la *Charte*. Elle conclut que lorsque les policiers ont ouvert le casier puis saisi la marijuana, il y a eu un simple [TRADUCTION] « transfert de contrôle » des gardes de sécurité aux policiers. La Cour explique que si les gardes de sécurité avaient mis la marijuana dans un placard ou un autre casier, il aurait été clair que ce transfert n'équivalait ni à une fouille ni à une saisie policières. Le fait qu'ils ont temporairement remis la marijuana dans le même casier et en ont conservé le contrôle mène à la même conclusion.

control of the security guards, leads to the same conclusion. As there was no search or seizure conducted by agents of the state, there was no violation of s. 8.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

24. . . .

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

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Private Investigators and Security Guards Act, R.S.M. 1987, c. P132

1 In this Act

“security guard” means a person who, for hire or reward, guards or patrols for the purpose of protecting persons or property.

35 No person holding a licence under this Act shall hold himself out in any manner as performing or providing services or duties connected with the police.

IV. Issues

This appeal raises four issues:

- (1) Whether the appellant had a reasonable expectation of privacy with respect to the locker;
- (2) Whether the *Charter* applies to the security guards and if so, whether the original

Comme il n’y a eu ni fouille ni saisie par des représentants de l’État, il n’y a pas eu d’atteinte à l’art. 8.

III. Dispositions législatives applicables

Charte canadienne des droits et libertés

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

24. . . .

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

32. (1) La présente charte s’applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Loi sur les détectives privés et les gardiens de sécurité, L.R.M. 1987, ch. P132

1 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« gardien de sécurité » Personne qui, contre rémunération ou récompense, fait une surveillance ou une patrouille aux fins de protection de personnes ou de biens.

35 Le titulaire d’une licence délivrée sous le régime de la présente loi ne peut donner lieu de croire, de quelque manière, qu’il fournit des services ou exerce des fonctions ayant des rapports avec le travail de la police.

IV. Questions en litige

Le pourvoi soulève quatre questions :

- (1) L’appelant avait-il, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée?
- (2) La *Charte* s’applique-t-elle aux gardes de sécurité et, dans l’affirmative, la fouille

search of locker 135 was contrary to s. 8 of the *Charter*;

- (3) Whether the subsequent warrantless search and seizure by the police was contrary to s. 8 of the *Charter*; and
- (4) If there was an unreasonable search or seizure, whether the relevant evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

17

I have come to the conclusion that the trial judge correctly applied the law to the facts of the case at bar and that the Court of Appeal erred in finding that there was no search and seizure by the police. The appellant had a reasonable expectation of privacy in the contents of the locker he rented at the Winnipeg bus depot. The initial search by the security guards did not trigger the application of the *Charter* because the security guards were not acting as agents of the state. However, the police were required to obtain a warrant to search the appellant's locker. This warrantless search and seizure, not otherwise justified, violated the rights of the appellant under s. 8 of the *Charter*. I conclude that this Court should not interfere with the trial judge's decision to exclude the evidence under s. 24(2). The trial judge made no unreasonable findings of fact or legal error and I see no reason for intervening with his conclusion.

V. Analysis

A. *The Appellant's Expectation of Privacy With Respect to Locker 135*

18

Section 8 of the *Charter* protects the right to be secure against unreasonable search and seizure. To establish an infringement of s. 8, the person raising the claim must first establish that he or she had a reasonable expectation of privacy in the thing searched or seized (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159; *Edwards, supra*, at para. 30). Reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances (see, for example, *Edwards*, at para. 31, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62). The factors to be considered in assessing the totality of the circumstances include, but are not restricted to,

initiale du casier 135 est-elle contraire à l'art. 8 de la *Charte*?

- (3) La fouille et la saisie subséquentes effectuées sans mandat par les policiers sont-elles contraires à l'art. 8 de la *Charte*?
- (4) S'il y a eu fouille ou saisie abusive, l'élément de preuve en cause doit-il être écarté en application du par. 24(2) de la *Charte*?

Je conclus que le juge du procès a correctement appliqué le droit aux faits de l'espèce et que la Cour d'appel a fait erreur en concluant qu'il n'y a eu ni fouille ni saisie policières. L'appelant avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard du contenu du casier loué à la gare routière de Winnipeg. La fouille initiale par les gardes de sécurité n'a pas enclenché l'application de la *Charte* parce qu'ils n'agissaient pas à titre de représentants de l'État. Toutefois, les policiers devaient obtenir un mandat avant de procéder à la fouille du casier de l'appelant. Non justifiées par ailleurs, la fouille et la saisie sans mandat ont porté atteinte aux droits de l'appelant garantis à l'art. 8 de la *Charte*. Je conclus que la Cour ne doit pas modifier la décision du juge du procès d'écartier la preuve en vertu du par. 24(2). Le juge n'a tiré aucune conclusion de fait déraisonnable et n'a fait aucune erreur de droit. Rien ne justifie de réformer sa décision.

V. Analyse

A. *Les attentes de l'appelant en matière de vie privée à l'égard du casier 135*

L'article 8 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Prouver une atteinte à cette disposition exige d'établir tout d'abord que la personne en cause avait une attente raisonnable de vie privée à l'égard de l'objet visé par la fouille, la perquisition ou la saisie (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159; *Edwards*, précité, par. 30). L'attente raisonnable doit être appréciée en fonction de toutes les circonstances (voir p. ex. *Edwards*, par. 31, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 62). Les facteurs à considérer comportent notamment, sans s'y limiter, la présence de l'accusé pendant la fouille, la

the accused's presence at the time of the search, possession or control of the property or place searched, ownership of the property or place, historical use of the property or item, ability to regulate access, existence of a subjective expectation of privacy, and the objective reasonableness of the expectation (*Edwards*, at para. 45).

In this case, the question, "framed in broad and neutral terms" (*Wong, supra*, at p. 50), is whether in a society such as ours persons who store and lock belongings in a bus depot locker have a reasonable expectation of privacy.

In my opinion, the protections of s. 8 extend to the objects that a person stores and locks in a bus depot locker. I agree with Aquila Prov. Ct. J. that the appellant had a reasonable expectation of privacy in locker 135. As the trial judge put it, at para. 32:

I am satisfied that Mr. Buhay had a personal and reasonable expectation of privacy in the content of the locker. He had a contractual obligation for a period of 24 hours for the exclusive use of that locker, which had not expired. Unless a dangerous substance was being stored, or a substance emitting obnoxious fumes was contained in the locker, neither the managers nor police had a right to enter. . . .

The appellant had control and possession of the locker's contents through possession of the key. Although he did not own the locker, and although it remained the property of the bus companies, the appellant did pay the required fee to rent the locker for his exclusive use for a particular period of time. Through the use of a key, the appellant had ability to regulate access to the locker for the rental period. Moreover, the signs on the lockers made no mention of the possibility that they might be opened and searched. The key holder would, in my view, have a subjective expectation of privacy and this expectation is objectively reasonable. Indeed, generally, the purpose for renting a locker in such a location is to secure one's belongings against theft, damage, or even the simple curiosity of others. A reasonable person would expect that his or her private belongings, when secured in a locker that he or she has paid money to rent, will be left alone, unless the contents appeared to pose a threat to the security of the bus

possession ou le contrôle des biens ou des lieux faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition, leur propriété, l'usage antérieur des biens ou des objets, la capacité de régir l'accès au lieu, l'existence d'une attente subjective de vie privée et le caractère raisonnable de l'attente sur le plan objectif (*Edwards*, par. 45).

En l'espèce, la question qui se pose, « en termes plus généraux et plus neutres » (*Wong*, précité, p. 50), est de savoir si, dans notre société, la personne qui met ses affaires sous clé dans un casier de gare routière a une attente raisonnable de vie privée.

À mon sens, les garanties de l'art. 8 s'étendent aux objets qu'une personne met sous clé dans un tel casier. Je conviens avec le juge Aquila que l'appellant avait, à l'égard du casier 135, une attente raisonnable de vie privée. Voici ce qu'il dit (au par. 32) :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que M. Buhay avait, à l'égard du contenu du casier, une attente personnelle raisonnable de vie privée. Il avait droit, par contrat, à l'utilisation exclusive du casier pendant une période de 24 heures, et celle-ci n'avait pas encore expiré. Sans la présence d'une substance dangereuse ou dégageant des vapeurs désagréables, ni la direction ni la police n'avaient le droit d'ouvrir le casier. . . .

Comme il avait la clé du casier, l'appellant avait le contrôle et la possession de ce qu'il contenait. Il n'était pas propriétaire du casier, qui demeurait la propriété des sociétés d'autocars, mais il avait payé la somme exigée pour avoir droit à l'utilisation exclusive du casier pendant une période déterminée. Grâce à sa clé, l'appellant pouvait régir l'accès au casier pendant la durée de la location. De plus, la vignette apposée aux casiers ne faisait pas mention de la possibilité qu'ils soient ouverts et fouillés. À mon avis, le détenteur de la clé avait une attente subjective de vie privée et cette attente était raisonnable sur le plan objectif. Dans un tel lieu, en effet, on loue généralement un casier pour protéger ses affaires contre le vol ou l'endommagement ou la simple curiosité d'autrui. Il est raisonnable de s'attendre à ce que personne ne touche aux objets personnels déposés dans un casier loué contre paiement, à moins qu'ils ne paraissent constituer une menace pour la sécurité de l'endroit. La même conclusion

19

20

21

depot. The same conclusion was reached in *R. v. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48.

22

The respondent argues that the appellant had a low expectation of privacy because the bus companies owned the lockers and had a master key so they “could access the lockers at any time”. True as this may be, it does not remove the reasonable expectation of privacy. A reasonable expectation of privacy is contextual. The expectation does not have to be of the highest form of privacy to trigger the protection of s. 8. For example, someone who rents a hotel room does not own the room, and very likely understands that hotel management has a master key. A reasonable understanding is that hotel staff will access the room, but for limited purposes. There is therefore a reasonable expectation of some privacy in the room, which can be enhanced by the display of a sign requesting privacy.

23

The issue was addressed by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180, where the court held at p. 186: “. . . I am not persuaded that hotel guests’ awareness that cleaning staff will enter their rooms at least daily removes the reasonable expectation of privacy” and further:

Privacy would be inadequately protected if the reasonableness of a given expectation of privacy in one’s office or hotel room could be displaced by an awareness of the possibility that cleaning staff may rummage through anything that is not locked away.

Although hotel rooms and bus lockers are not entirely analogous, I believe that the existence of a master key does not in itself destroy the expectation of privacy. If such were the case, there would be no expectation of privacy in an apartment building, office complex or university residence, for instance. Unless an emergency or other exigent circumstances arise, locker renters may reasonably expect that their lockers are free from unauthorized search by bus terminal security agents or by the police.

24

As recently stated in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, this Court has adopted a liberal

est tirée dans *R. c. Dinh* (2001), 42 C.R. (5th) 318, 2001 ABPC 48.

L’intimée soutient que l’appelant avait une attente minimale de vie privée puisque les sociétés d’autocars étaient propriétaires des casiers et disposaient d’un passe-partout [TRADUCTION] « leur permettant de les ouvrir à tout moment ». Cela est vrai, mais l’attente raisonnable de vie privée ne disparaît pas pour autant. Le caractère raisonnable de l’attente dépend du contexte. Il n’est pas requis que l’attente soit du plus haut degré de vie privée pour que la garantie de l’art. 8 s’applique. Par exemple, la personne qui loue une chambre d’hôtel n’en est pas propriétaire, et elle sait probablement que la direction dispose d’un passe-partout. Il est raisonnable de supposer que le personnel de l’hôtel entrera dans la chambre, mais à certaines fins seulement. Il existe donc à l’égard de la chambre une attente raisonnable de vie privée, qui peut être accrue avec une affichette « Ne pas déranger ».

La Cour d’appel de l’Ontario, examinant la question dans *R. c. Mercer* (1992), 70 C.C.C. (3d) 180, dit, à la p. 186 : [TRADUCTION] « . . . je ne crois pas que le fait de savoir que le personnel d’entretien entrera au moins une fois par jour dans sa chambre empêche le client d’un hôtel d’avoir une attente raisonnable de vie privée » et ajoute :

[TRADUCTION] La vie privée ne serait pas adéquatement protégée si l’attente de vie privée à l’égard du bureau ou d’une chambre d’hôtel cessait d’être raisonnable parce qu’on a conscience de la possibilité que le personnel d’entretien fouine dans ce qui n’est pas mis sous clé.

Bien que l’analogie entre une chambre d’hôtel et un casier de gare routière ne soit pas parfaite, j’estime que l’existence d’un passe-partout ne supprime pas en soi l’attente de vie privée. Si cela était le cas, une telle attente n’existerait pas, par exemple, dans un immeuble d’habitation, un complexe de bureaux ou une résidence universitaire. Sauf urgence ou autres circonstances pressantes, le locataire d’un casier peut raisonnablement s’attendre à ce que les agents de sécurité de la gare ou les policiers ne fouillent pas son casier sans autorisation.

Tout récemment, dans *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, la Cour a interprété de manière

approach to the protection of privacy. Bastarache J. stressed at para. 16 that this protection extends not only to homes and personal items, but to information which we choose to keep confidential — particularly that which is kept under lock and key. The same applies to personal items which we choose to keep safe from the interference of others by storing and locking them in a space rented for that purpose. While it was not as high as the privacy afforded to one's own body, home, or office, a reasonable expectation of privacy existed in locker 135 sufficient to engage the appellant's s. 8 *Charter* rights. We must now turn to whether the initial search by the security guards constituted a violation of s. 8 of the *Charter*.

B. *Were the Security Guards State Agents During the Initial Search of Locker 135?*

Section 32 of the *Charter* provides that its provisions apply to the Parliament and government of Canada, and to the legislature and government of the provinces. Accordingly, the initial search of the appellant's locker by the security guards can only come under s. 8 scrutiny if the guards can be categorized either as "part of government" or as performing a specific government function (*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624), or if they can be considered state agents (*R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *M. (M.R.)*, *supra*). For this latter determination, it is important to focus on the relationship between the state (the police) and the private entity (the security guards). The test was enunciated in the context of police informers by Iacobucci J., writing for the Court, in *Broyles*, at p. 608:

A relationship between the informer and the authorities which develops after the statement is made, or which in no way affects the exchange between the informer and the accused, will not make the informer a state agent for the purposes of the exchange in question. Only if the relationship between the informer and the state is such that the exchange between the informer and the accused is materially different from what it would have been had there been no such relationship should the informer be considered a state agent for the purposes of the exchange. I would accordingly adopt the following simple test: would the exchange between the accused and

libérale le droit à la protection de la vie privée. Le juge Bastarache souligne au par. 16 que cette protection s'étend non seulement à la résidence et aux objets personnels, mais aussi aux renseignements qu'on veut garder confidentiels, spécialement ceux qu'on met sous clé. Il en va de même des objets personnels qu'on choisit de mettre hors de la portée d'autrui en les rangeant sous clé dans un espace loué à cette fin. Même si elle n'était pas aussi grande que celle afférente au corps, au lieu de résidence ou au lieu de travail, l'attente raisonnable de vie privée à l'égard du casier 135 était suffisante pour qu'entre en jeu la garantie de l'art. 8 de la *Charte*. Il faut maintenant décider si la fouille initiale par les gardes de sécurité porte atteinte à l'art. 8.

B. *Les gardes de sécurité étaient-ils des représentants de l'État pendant la fouille initiale du casier 135?*

L'article 32 de la *Charte* énonce que ses dispositions s'appliquent au parlement ou au gouvernement du Canada, ainsi qu'à la législature et au gouvernement des provinces. Par conséquent, l'art. 8 ne s'applique à la fouille initiale du casier de l'appellant que si les gardes de sécurité peuvent être considérés comme « faisant partie du gouvernement » ou exerçant une fonction gouvernementale précise (*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624), ou qu'ils peuvent être assimilés à des représentants de l'État (*R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *M. (M.R.)*, précité). Dans ce dernier cas, il faut examiner le lien entre l'État (la police) et l'entité privée (les gardes de sécurité). Dans *Broyles*, p. 608, une affaire concernant un indicateur, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, énonce le critère applicable :

Lorsque les liens entre l'indicateur et les autorités se sont établis après l'obtention de la déclaration ou qu'ils n'affectent aucunement l'échange qui a eu lieu entre l'indicateur et l'accusé, ils n'auront pas pour effet de transformer l'indicateur en un représentant de l'État aux fins de l'échange en cause. Ce n'est que si les liens entre l'indicateur et l'État sont tels que l'échange entre l'indicateur et l'accusé s'est déroulé de façon essentiellement différente, que l'indicateur devra être considéré comme un représentant de l'État aux fins de l'échange. Par conséquent, je suis d'avis d'adopter le simple critère suivant : L'échange entre l'accusé et l'indicateur aurait-il

the informer have taken place, in the form and manner in which it did take place, but for the intervention of the state or its agents?

26 In *M. (M.R.)*, *supra*, at para. 29, the Court applied that test in the context of a search of a student by a school official. Cory J., for the majority, held at para. 28 that “[t]he mere fact that there was cooperation between the vice-principal and the police and that an officer was present during the search is not sufficient to indicate that the vice-principal was acting as an agent of the police. . . . There is no evidence of an agreement or of police instructions to Mr. Cadue that could create an agency relationship.”

27 In the present case, both the Court of Appeal and Aquila Prov. Ct. J. held that there was no *Charter* violation since the security guards were private actors and were not agents of the state. I agree.

28 Nothing in the evidence allows a conclusion that the security guards or the agency by which they were employed can be assimilated to the government itself, nor can their activities be ascribed to those of the government. Private security guards are neither government agents nor employees, and apart from a loose framework of statutory regulation, they are not subject to government control. Their work may overlap with the government’s interest in preventing and investigating crime, but it cannot be said that the security guards were acting as delegates of the government carrying out its policies or programs. Even if one concedes that the protection of the public is a public purpose which is the responsibility of the state, this is not sufficient to qualify the functions of the security guards as governmental in nature. To this effect, this Court, in *Eldridge*, *supra*, held, at para. 43:

. . . the mere fact that an entity performs what may loosely be termed a “public function”, or the fact that a particular activity may be described as “public” in nature, will not be sufficient to bring it within the purview of “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*.

eu lieu, de la même façon et sous la même forme, n’eût été l’intervention de l’État ou de ses représentants?

Dans *M. (M.R.)*, précité, par. 29, la Cour applique ce critère à la fouille d’un élève par un membre de la direction de l’école. Au nom de la majorité, le juge Cory conclut, au par. 28, que « [l]e seul fait qu’il y ait eu coopération entre le directeur adjoint et la police et qu’un policier ait assisté à la fouille n’est pas suffisant pour indiquer que le directeur adjoint agissait en qualité de mandataire de la police. [. . .] Il n’y a aucune preuve de l’existence d’une entente ou de directives données à M. Cadue par la police qui aient pu donner naissance à un rapport mandant-mandataire. »

En l’espèce, la Cour d’appel et le juge Aquila concluent qu’il n’y a pas eu atteinte à la *Charte* puisque les gardes de sécurité appartenaient au secteur privé et n’étaient pas des représentants de l’État. Je suis d’accord.

Rien dans la preuve ne permet d’assimiler à l’État les gardes de sécurité ou l’agence pour laquelle ils travaillaient, ni d’attribuer leurs activités à l’État. Les gardes de sécurité privés ne sont ni des représentants ni des employés de l’État, et hormis un encadrement législatif minimal, ils ne sont pas sous l’autorité de l’État. Il peut y avoir chevauchement entre leur travail et l’intérêt de l’État dans la prévention et la répression du crime, mais on ne peut dire que les gardes de sécurité sont délégués par l’État pour veiller à l’application de ses politiques ou de ses programmes. Même si l’on concède que la protection du public relève de la mission publique de l’État, cela ne permet pas de conclure à la nature gouvernementale des fonctions exercées par les gardes de sécurité. À cet égard, dans *Eldridge*, précité, par. 43, la Cour dit :

. . . le seul fait qu’une entité exerce ce qu’on peut librement appeler une « fonction publique » ou le fait qu’une activité particulière puisse être dite de nature « publique » n’est pas suffisant pour que cette entité soit assimilée au « gouvernement » pour l’application de l’art. 32 de la *Charte*.

In order for the *Charter* to apply to a private entity, it must be found to be implementing a specific governmental policy or program. As I stated further on in *McKinney*, at p. 269, “[a] public purpose test is simply inadequate” and “is simply not the test mandated by s. 32”. [Emphasis in original.]

The security guards cannot either be considered state agents. Based on the test set out in *Broyles*, *supra*, and *M. (M.R.)*, *supra*, the proper question is whether the security guards would have searched the contents of locker 135 but for the intervention of the police. On the facts here, it is clear that the security guards acted totally independently of the police in their initial search. In *M. (M.R.)*, the involvement of the police was even greater than in the case at bar, since the police had been contacted prior to the search and were present during the search. In the present case, the relationship between the police and the security guards developed after the security guards searched the appellant’s locker. The guards started an investigation on their own initiative, without any instructions or directions from the police. While the incident report forms used by the security guards contain spaces for police incident numbers and badge numbers, I agree with the Crown that this only reflects a general policy of the security company to cooperate with the police. It is only normal, considering their functions, that security guards may be called upon to contact the police on a regular basis. That does not put them in a “standing” agency relationship with the police. This is confirmed by the *Private Investigators and Security Guards Act*, R.S.M. 1987, c. P132, which regulates the security guards’ activities in Manitoba. Indeed, s. 35 expressly provides that security guards should not hold themselves out in any manner as performing or providing services or duties connected with the police.

Volunteer participation in the detection of crime by private actors, or general encouragements by the police authorities to citizens to participate in the detection of crime, will not usually be sufficient direction by the police to trigger the application of the *Charter*. Rather, the intervention of the police

Pour que la *Charte* s’applique à une entité privée, il doit être établi que celle-ci met en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé. Comme j’ai ajouté, dans *McKinney*, à la p. 269, « [l]e critère de l’objet public est simplement inadéquat » et « [c]e n’est tout simplement pas le critère qu’impose l’art. 32 ». [Souligné dans l’original.]

Les gardes de sécurité ne peuvent non plus être considérés comme des représentants de l’État. Compte tenu du critère dégagé dans *Broyles* et dans *M. (M.R.)*, précités, la question à se poser est de savoir si les gardes de sécurité auraient fouillé le casier 135 sans l’intervention des policiers. Il ressort des faits de l’espèce que, lors de la fouille initiale, les agents de sécurité ont agi de manière totalement indépendante de la police. Dans *M. (M.R.)*, la participation policière était même plus grande qu’en l’espèce, car les policiers avaient été appelés avant la fouille et y avaient assisté. En l’espèce, le lien entre la police et les gardes de sécurité s’est établi après que ces derniers eurent fouillé le casier de l’appellant. Les gardes ont procédé à une vérification de leur propre chef, sans aucune directive de la police. Même si le formulaire de rapport utilisé par les gardes de sécurité renferme des espaces pour y inscrire le numéro de rapport d’événement et de matricule des policiers, je conviens avec le ministère public que cela montre seulement que l’entreprise de sécurité a pour politique générale de collaborer avec la police. Vu leurs fonctions, il est normal que les gardes de sécurité soient périodiquement appelés à communiquer avec la police. Cela n’établit pas pour autant une relation « permanente » mandant-mandataire entre la police et eux. La *Loi sur les détectives privés et les gardiens de sécurité*, L.R.M. 1987, ch. P132, qui régleme les activités des gardes de sécurité au Manitoba, le confirme. En effet, l’art. 35 dispose expressément qu’un garde de sécurité ne doit pas donner lieu de croire, de quelque manière, qu’il fournit des services ou exerce des fonctions ayant des rapports avec le travail de la police.

Habituellement, le fait pour des citoyens de participer volontairement à la détection du crime ou pour les autorités policières de les encourager de manière générale à le faire ne constitue pas, de la part de la police, une direction suffisante pour que s’applique la *Charte*. L’intervention de la police doit viser

29

30

must be specific to the case being investigated (see, on the specific issue of whether security guards were acting as agents of the state: *Fitch, supra*; *R. v. Caucci* (1995), 43 C.R. (4th) 403 (Que. C.A.)). In the case at bar, there is nothing in the evidence which supports the view that the police instructed the security guards to search locker 135 and therefore the security guards cannot be considered state agents.

31 While there has been a growing use of private security in Canada and while private security officers arrest, detain and search individuals on a regular basis, “[t]he exclusion of private activity from the *Charter* was not a result of happenstance. It was a deliberate choice which must be respected” (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 262). It may be that if the state were to abandon in whole or in part an essential public function to the private sector, even without an express delegation, the private activity could be assimilated to that of a state actor for *Charter* purposes. This is not the case here. As for whether private security guards are “agents of the state”, the test in *Broyles, supra*, invites a case-by-case analysis which focusses on the actions which have given rise to the alleged *Charter* breach by the security guards and the relationship between them and the state. In any event, it should be noted that where no state actors are involved, other remedies than those under the *Charter* may be available for exclusion of the impugned evidence, as we will see below. In this case, the trial judge correctly focussed his analysis on the search conducted by the police, to which I now turn.

C. *Was the Search of Locker 135 by the Police Contrary to Section 8 of the Charter?*

32 We must now determine whether the search of the locker by the police was a reasonable search within the meaning of s. 8 (*Edwards, supra*, at para. 45). “A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable, and if the manner in which the search was carried out is reasonable”: *Collins, supra*, at p. 278. The search of the locker was a warrantless search. Such searches are *prima*

spécifiquement une affaire sous enquête (voir, sur la question précise de savoir si des gardes de sécurité ont agi à titre de représentants de l’État, *Fitch*, précité; *R. c. Caucci* (1995), 43 C.R. (4th) 403 (C.A. Qué.)). En l’espèce, rien dans la preuve n’indique que les policiers ont donné aux gardes de sécurité la directive de fouiller le casier 135, de sorte que ces derniers ne peuvent être considérés comme des représentants de l’État.

Bien que le recours aux agences de sécurité privées se soit accru au Canada et que des agents de sécurité procèdent couramment à des arrestations, à des mises en détention et à des fouilles, « [l]’exclusion des activités privées de l’application de la *Charte* n’est pas le fruit du hasard. C’est un choix délibéré qu’il faut respecter » (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 262). Si l’État abandonnait au secteur privé, en totalité ou en partie, une fonction publique essentielle, même sans délégation expresse, il se peut que l’activité privée soit alors assimilée à une activité de l’État pour les besoins de la *Charte*. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Pour ce qui est de savoir si un garde de sécurité du secteur privé est un « représentant de l’État », le critère établi dans *Broyles*, précité, appelle une analyse cas par cas, axée sur les actes qui ont donné lieu à l’atteinte alléguée à la *Charte* et sur le lien existant entre les gardes de sécurité et l’État. Quoiqu’il en soit, il faut souligner que, lorsque aucun représentant de l’État n’est intervenu, il existe d’autres moyens que le recours à la *Charte* pour écarter la preuve contestée, comme nous le verrons plus loin. En l’espèce, le juge du procès a mis l’accent, à juste titre, sur la fouille des policiers, que j’examine maintenant.

C. *La fouille du casier 135 par les policiers contrevient-elle à l’art. 8 de la Charte?*

Nous devons maintenant décider si la fouille du casier par les policiers est abusive au sens de l’art. 8 (*Edwards*, précité, par. 45). La fouille n’est pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée de manière abusive : *Collins*, précité, p. 278. La fouille du casier a été effectuée sans mandat. Elle est donc, de prime abord, abusive et il incombe au

facie unreasonable, and the onus rests on the Crown to demonstrate on a balance of probabilities that the search was reasonable.

The Court of Appeal concluded, at para. 11, that the marijuana had been obtained by the police following a simple transfer of control from the security guards, which did not constitute a search and seizure by the police:

It was only after the marihuana was discovered and under the control of the security guards that the police were called in. When the police attended, the locker was reopened and the marihuana taken into police custody. But the reality is that this was a mere transfer of control from the security guards to the police. Had the security guards placed the marihuana into a corner cupboard or into a different locker, there would be no question but that the transfer of the marihuana would not have constituted a search and seizure by the police. Placing the marihuana back into the same locker on a temporary basis, but still under the control of the security guards, leads to the same conclusion.

With respect, I disagree. The appellant initially had a reasonable expectation of privacy regarding the contents of his locker. His privacy was invaded by the security guards. The guards then placed his belongings back in the locker. The appellant's reasonable expectation of privacy was continuous. Just because the security guards violated his privacy once does not mean that any subsequent violations will be permissible. The conduct of the police — opening of a locked locker over which the appellant still had lawful control and taking possession of its contents — constituted a “search” within the meaning of s. 8 as well as a “seizure”, the essence of which is the “taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent”: *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 431, *per* La Forest J.

This Court has held that in certain circumstances, the mere “transfer of control” of evidence from a private citizen to police can constitute a seizure within the meaning of s. 8. In *Dymnt*, *supra*, La Forest J. said, at p. 435:

If I were to draw the line between a seizure and a mere finding of evidence, I would draw it logically and purposefully at the point at which it can reasonably be said

ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle ne l'était pas.

La Cour d'appel conclut, au par. 11, que la police a mis la main sur la marijuana à la suite d'un simple transfert de contrôle de la drogue par les gardes de sécurité, et qu'il ne s'agit donc ni d'une fouille ni d'une saisie policière :

[TRADUCTION] Ce n'est qu'une fois la marijuana découverte et sous le contrôle des gardes de sécurité qu'on a appelé la police. À l'arrivée des policiers, le casier a été rouvert et la marijuana a été confiée à leur garde. Dans les faits, il s'agit d'un simple transfert du contrôle de la drogue des gardes de sécurité aux policiers. Si les gardes de sécurité avaient mis la marijuana dans un placard ou dans un autre casier, il aurait été clair que ce transfert n'équivalait ni à une fouille ni à une saisie policière. Le fait qu'ils ont remis temporairement la marijuana dans le même casier et en ont conservé le contrôle mène à la même conclusion.

Avec égards, je ne suis pas d'accord. Initialement, l'appelant avait une attente raisonnable de vie privée relativement au contenu de son casier. Les gardes de sécurité ont porté atteinte à sa vie privée. Ils ont ensuite remis ses affaires dans le casier. L'attente raisonnable de vie privée de l'appelant était continue. Ce n'est pas parce que les gardes de sécurité avaient déjà porté atteinte à sa vie privée que toute atteinte subséquente était acceptable. Le comportement de la police — ouvrir un casier verrouillé dont l'appelant avait encore la possession légitime et mettre la main sur son contenu — équivalait à une « fouille » au sens de l'art. 8, de même qu'à une « saisie », celle-ci se produisant « lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement » : *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431, *le juge* La Forest.

La Cour a statué que, dans certaines circonstances, le simple « transfert de contrôle » de la preuve d'un citoyen à la police peut constituer une saisie au sens de l'art. 8. Dans *Dymnt*, précité, le juge La Forest dit, à la p. 435 :

Si je devais tracer la ligne de démarcation entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve, je la situerais, logiquement et conformément à son objet, au point où

33

34

that the individual had ceased to have a privacy interest in the subject-matter allegedly seized.

In this case, it cannot reasonably be said that the appellant had ceased to have a privacy interest in the contents of his locker. The subsequent conduct of the police should be considered a seizure within the meaning of s. 8. I see no basis for holding that a person's reasonable expectation of privacy as to the contents of a rented and locked bus depot locker is destroyed merely because a private individual (such as a security guard) invades that privacy by investigating the contents of the locker. The intervention of the security guards does not relieve the police from the *Hunter* requirement of prior judicial authorization before seizing contraband uncovered by security guards. To conclude otherwise would amount to a "circumvention of the warrant requirement" (*Law, supra*, at para. 23). The security guards' search of the locker, which is not subject to the *Charter*, cannot exempt the police from the stringent prerequisites that come into play when the state wishes to intrude the appellant's privacy (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 64; *Law*, at para. 23).

35 I agree with the trial judge that the presumption that the warrantless search was unreasonable has not been rebutted by the Crown. There were no exigent circumstances, that is no immediate danger of the loss, removal, destruction, or disappearance of evidence if the search and seizure was delayed (*R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 243). The Crown cannot rely on any statutory or common law authority to show that the search was "authorized by law". Therefore, the requirements of *Collins* have not been satisfied.

36 The reasons for the police officers proceeding as they did are not relevant at this stage. Whether they believed that a warrant was not required, or would not likely be obtained, would not affect the legality of the search. These issues will be addressed in the s. 24(2) analysis (see *Mercer, supra*, at p. 189). Evidently, the fact that there may not have been

on peut raisonnablement affirmer que l'individu n'a plus droit à la préservation du caractère confidentiel de l'objet qui serait saisi.

En l'espèce, on ne peut raisonnablement affirmer que l'appellant n'avait plus droit à la préservation du caractère confidentiel de ce qui se trouvait dans son casier. Les mesures prises subséquemment par la police doivent être assimilées à une saisie au sens de l'art. 8. Je ne vois aucun motif de conclure que, du seul fait qu'un particulier (comme un garde de sécurité) a porté atteinte à sa vie privée en fouillant le contenu du casier verrouillé qu'elle a loué dans une gare routière, une personne n'a plus d'attente raisonnable de vie privée relativement au contenu de ce casier. L'intervention des gardes de sécurité ne soustrait pas les policiers à l'obligation, énoncée dans *Hunter*, d'obtenir au préalable l'autorisation du tribunal de saisir la contrebande découverte par les gardes de sécurité. Toute autre conclusion équivaldrait à « contourner l'exigence d'obtenir un mandat » (*Law*, précité, par. 23). La fouille du casier par les gardes de sécurité, qui échappe à l'application de la *Charte*, ne peut soustraire la police aux exigences rigoureuses qui s'appliquent lorsque l'État décide de s'immiscer dans la vie privée d'un citoyen (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 64; *Law*, par. 23).

Comme le juge du procès, j'estime que le ministère public n'a pas réfuté la présomption selon laquelle la fouille sans mandat était abusive. Il n'y avait ni situation d'urgence ni risque imminent que des éléments de preuve soient perdus, enlevés, détruits ou qu'ils disparaissent si la fouille, la perquisition ou la saisie était retardée (*R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 243). Le ministère public ne peut invoquer aucun pouvoir conféré par la loi ou la common law pour établir que la fouille était « autorisée par la loi ». Les exigences découlant de *Collins* ne sont donc pas remplies.

Les motifs pour lesquels les policiers ont agi comme ils l'ont fait sont sans pertinence à ce stade. Qu'ils aient cru qu'un mandat n'était pas nécessaire ou qu'ils ne l'obtiendraient probablement pas n'a aucune incidence sur la légalité de la fouille. Ces questions sont examinées dans l'analyse relative au par. 24(2) (voir *Mercer*, précité, p. 189).

sufficient grounds to obtain a search warrant does not justify a warrantless search. Quite the opposite. It confirms that the invasion of privacy is not permissible. In such a case, “the avenues open to law enforcement authorities are to continue to investigate by methods less intrusive than a search and to seek to obtain a search warrant should the proper grounds upon which to do so materialize”: *Mercer*, at p. 189; see also *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 29.

The Crown also contends that the seizure was justified under the “plain view” doctrine, because the actions of the security guards put the contraband in plain view of the police. This argument must fail. It is not sufficient to argue that the evidence was in plain view at the time of the seizure. Indeed, it will nearly always be the case that police see the object when they seize it (see *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. v. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8 (Sask. C.A.), at para. 36). It stretches the meaning of “plain view” to argue that an item placed in a duffel bag inside a locked locker is somehow in plain view of the police. The “plain view” doctrine requires, perhaps as a central feature, that the police officers have a prior justification for the intrusion into the place where the “plain view” seizure occurred (see, e.g., *Law, supra*, at para. 27; *Spindloe, supra*; *R. v. Belliveau* (1986), 75 N.B.R. (2d) 18 (C.A.); *R. v. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548 (Sask. C.A.); *R. v. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195 (C.A.), aff’d [1996] 1 S.C.R. 70; *R. v. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341 (N.S.C.A.), aff’d [1996] 1 S.C.R. 70; *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983), at p. 741; *Coolidge, supra*). The police did not come upon the marijuana during the course of a routine patrol or by the ordinary use of their senses. The police had no prior authorization to enter into the appellant’s locker. While, in the circumstances of this case, they could lawfully enter the bus station, they could not lawfully enter the locker itself without a warrant. It follows the contraband was clearly not in plain view of the police so as to justify the legality of the seizure within the “plain view” doctrine.

Évidemment, l’absence de motifs suffisants pour obtenir un mandat ne justifie pas de procéder à une fouille sans mandat. Bien au contraire, elle confirme que l’atteinte à la vie privée est inacceptable. En pareil cas, [TRADUCTION] « les options qui s’offrent aux responsables de l’application de la loi sont de poursuivre l’enquête en recourant à des méthodes moins attentatoires que la fouille et la perquisition et de demander un mandat dès qu’ils ont des motifs suffisants de le faire » : *Mercer*, p. 189; voir aussi *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 29.

Le ministère public prétend également que la théorie des « objets bien en vue » justifie la saisie parce que les actes des gardes de sécurité ont eu pour effet de mettre la contrebande bien à la vue des policiers. Cet argument doit être rejeté. Il ne suffit pas d’affirmer que la preuve était bien en vue au moment de la saisie. En fait, dans la quasi-totalité des cas, les policiers voient l’objet lorsqu’ils le saisissent (voir *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *R. c. Spindloe* (2001), 154 C.C.C. (3d) 8 (C.A. Sask.), par. 36). C’est forcer le sens de l’expression que de soutenir qu’un article placé dans un sac à l’intérieur d’un casier verrouillé est en quelque sorte « bien en vue » des policiers. La théorie des objets bien en vue exige, et peut-être s’agit-il d’un élément central, que l’agent de police ait été préalablement justifié de s’introduire dans les lieux où ont été saisis les objets « bien en vue » (voir p. ex. *Law*, précité, par. 27; *Spindloe*, précité; *R. c. Belliveau* (1986), 75 R.N.-B. (2^e) 18 (C.A.); *R. c. Nielsen* (1988), 43 C.C.C. (3d) 548 (C.A. Sask.); *R. c. Kouyas* (1994), 136 N.S.R. (2d) 195 (C.A.), conf. par [1996] 1 R.C.S. 70; *R. c. Fitt* (1995), 96 C.C.C. (3d) 341 (C.A.N.-É.), conf. par [1996] 1 R.C.S. 70; *Texas c. Brown*, 460 U.S. 730 (1983), p. 741; *Coolidge*, précité). Les policiers n’ont pas découvert la marijuana lors d’une patrouille de routine ou par l’usage ordinaire de leurs sens. Ils n’avaient pas obtenu l’autorisation préalable d’ouvrir le casier de l’appelant. Même si, dans les circonstances en l’espèce, ils pouvaient légalement pénétrer dans la gare routière, ils ne pouvaient accéder légalement au casier sans mandat. Comme la contrebande n’était manifestement pas à la vue des policiers, la légalité de la saisie ne peut être justifiée suivant cette théorie.

38

The warrantless search and seizure of the items stored in the rented and locked bus depot locker was an impermissible intrusion of the state on a legitimate and reasonable expectation of privacy and, therefore, constitutes a violation of s. 8 of the *Charter*.

39

Before turning to s. 24(2), I wish to address briefly the approach taken by the Court of Appeal in this case. I will make two observations. First, we do not have to decide whether there would have been a “search” by the police had the security guards not replaced the contents inside the locker but had held it in a corner cupboard. This is not what they did here. Had they done so, we might have had to adapt the test in *Broyles, supra*, to determine if and when the security guards would have become state agents or, alternatively, if the “mere transfer of control” in that case could have been characterized as a “seizure” by the police within the meaning of s. 8.

40

Second, and more importantly, I wish to stress that even if the reasoning of the Court of Appeal were sound and that there had been no search and seizure triggering s. 8 of the *Charter*, remedies other than under the *Charter* might be available in such a case to an accused seeking exclusion of the impugned evidence. Indeed, even in the absence of a *Charter* breach, judges have a discretion at common law to exclude evidence obtained in circumstances such that it would result in unfairness if the evidence was admitted at trial, or if the prejudicial effect of admitting the evidence outweighs its probative value (see, in the context of confessions: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 696, *per* Lamer J., as he then was; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 69, *per* Iacobucci J.; see also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 339-40); see also, in other contexts, *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, *per* La Forest J.; *Caucci, supra*, at paras. 13 and 17; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pp. 30-33). Such an argument was not advanced in this case as the appellant maintained throughout that he was entitled to a *Charter* remedy for a s. 8 violation. In light of my conclusion on the s. 8 issue, it is not necessary to explore

La fouille et la saisie sans mandat des articles mis sous clé dans le casier loué à la gare routière sont donc une violation inacceptable par l'État d'une attente à la fois légitime et raisonnable de vie privée, et donc une violation de l'art. 8 de la *Charte*.

Avant de passer au par. 24(2), je ferai deux brèves remarques sur le raisonnement de la Cour d'appel. Premièrement, nous n'avons pas à décider si l'intervention de la police aurait constitué une « fouille » dans le cas où les gardes de sécurité n'auraient pas remis les objets à l'intérieur du casier, mais les auraient rangés dans un placard. Ce n'est pas ce qu'ils ont fait. S'ils l'avaient fait, nous aurions pu devoir adapter le critère de *Broyles*, précité, pour décider si les gardes de sécurité étaient devenus des représentants de l'État, et à quel moment, ou, subsidiairement, si le « simple transfert de contrôle » pouvait être considéré comme une « saisie » par la police au sens de l'art. 8.

Deuxièmement, et cela est plus important, même si le raisonnement de la Cour d'appel était valable et qu'aucune fouille, perquisition ou saisie n'avait enclenché l'application de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé pouvait avoir d'autres moyens que le recours à la *Charte* pour demander l'exclusion de la preuve en cause. En effet, même en l'absence de violation de la *Charte*, les tribunaux ont, en common law, le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve obtenue dans des circonstances telles que son utilisation rendrait le procès inéquitable ou que l'effet préjudiciable de son utilisation l'emporterait sur sa valeur probante (voir en matière d'aveux : *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 696, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 69, le juge Iacobucci; voir également J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 339-340); et dans d'autres contextes, *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, le juge La Forest; *Caucci*, précité, par. 13 et 17; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 30-33). Cet argument n'a pas été invoqué par l'appellant qui a soutenu dans toutes les instances avoir droit à réparation en vertu de la *Charte* en raison de la violation de l'art. 8. Étant donné ma conclusion relative à l'art. 8, il n'est pas

further whether this common law discretion could have extended to the exclusion of real evidence in circumstances such as here. Rather, we must turn to whether the marijuana illegally seized by the police should be excluded under s. 24(2) because its admission “would bring the administration of justice into disrepute”.

D. *Should the Evidence be Excluded Under Section 24(2) of the Charter?*

Since this Court’s landmark decision in *Collins*, *supra*, the various factors to be considered in making this determination have been organized under a three-step inquiry which has been generally adopted and applied in subsequent decisions of this Court. In the recent decision of *Law*, *supra*, the Court summarized at para. 33 the process for determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute:

In *Collins*, *supra*, this Court grouped the circumstances to be considered under s. 24(2) into three categories: (1) the effect of admitting the evidence on the fairness of the subsequent trial, (2) the seriousness of the police’s conduct, and (3) the effects of excluding the evidence on the administration of justice. Trial judges are under an obligation to consider these three factors.

Prior to discussing these factors in the context of this case, it is appropriate to canvass the principles applicable to appellate review of a trial judge’s decision to exclude or admit evidence following a breach of the *Charter*.

The trial judge’s decision whether to exclude or not evidence under s. 24(2) of the *Charter* is, like any question of admissibility, a question of law from which an appeal will generally lie (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 653). In *Therens*, Le Dain J. clearly indicated, at p. 654, that “[u]nder the terms of s. 24(2), where a judge concludes that the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, he or she has a duty, not a discretion, to exclude the evidence. This distinction is of some importance, of course, with reference to the scope of review of a determination under s. 24(2).” It does not follow

nécessaire d’approfondir la question de savoir si ce pouvoir discrétionnaire de common law aurait pu s’appliquer à l’exclusion d’une preuve matérielle dans des circonstances telles que celles de la présente espèce. Nous devons plutôt nous demander si la marijuana saisie illégalement par la police doit être exclue en vertu du par. 24(2) parce que son utilisation « est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ».

D. *Faut-il écarter la preuve en application du par. 24(2) de la Charte?*

Depuis l’arrêt-clé *Collins*, précité, la Cour a regroupé les facteurs à examiner sur ce point dans une analyse en trois temps qu’elle a généralement suivie dans ses décisions ultérieures. Dans le récent arrêt *Law*, précité, au par. 33, la Cour résume le processus permettant de décider si l’utilisation d’un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice :

Dans *Collins*, précité, la Cour a regroupé en trois catégories les facteurs à examiner pour l’application du par. 24(2) : (1) l’effet de l’utilisation de la preuve sur l’équité du procès à venir; (2) la gravité de la conduite de la police; (3) l’effet de l’exclusion de la preuve sur l’administration de la justice. Au procès, les juges sont tenus de prendre ces trois facteurs en considération.

Avant d’examiner ces facteurs dans le contexte de l’espèce, il convient de passer en revue les principes applicables à l’appel de la décision du juge du procès d’exclure ou non un élément de preuve à la suite d’une violation de la *Charte*.

La décision du juge du procès d’écarter ou non un élément de preuve sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte* constitue, comme toute question de recevabilité, une question de droit pouvant généralement faire l’objet d’un appel (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 653). Dans cet arrêt, le juge Le Dain dit clairement, à la p. 654, que suivant le « par. 24(2), lorsqu’un juge conclut que l’utilisation d’une preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, il a le devoir et non pas le pouvoir discrétionnaire d’écarter cette preuve. Cette distinction revêt évidemment une certaine importance relativement à l’étendue du contrôle qui peut être fait d’une

41

42

however that there are no discretionary elements in a s. 24(2) analysis.

43

Indeed, in *Collins, supra*, while expressing agreement with Le Dain J. regarding the duty of the judge to admit or exclude evidence as a result of her or his findings, Lamer J. mentioned, at pp. 275-76, that where the trial judge's decision is based, for instance, on his assessment of the credibility of the witness, that assessment cannot be challenged by way of appeal. Later in his reasons, at p. 283, Lamer J. reminded trial judges that their "discretion [on whether admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute] is grounded in community values" and that it would not be interfered with on appeal unless it is exercised in an unreasonable manner.

44

In light of the above, a distinction has been drawn between the judicial adjudication of disrepute, which involves an appreciation of evidence in the exercise of discretion, and the judicial decision to exclude, which is a duty flowing from a finding of disrepute (see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 423). Deciding whether each of the preconditions to exclusion is met requires an evaluation of the evidence and the exercise of a substantial amount of judgment which mandates deference by appellate courts (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3rd ed. 2002), at p. 276; see also *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 733). This Court has emphasized on numerous occasions the importance of deferring to the s. 24(2) *Charter* findings of lower court judges: see, e.g., *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *Kokesch, supra*, at p. 19; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 625; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 539; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3, at p. 3; *Grant, supra*, at p. 256; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 35; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68. It was recently recalled by this Court in *Law, supra*, at para. 32:

décision rendue en vertu du par. 24(2). » Cela ne veut pas dire pour autant que l'analyse fondée sur le par. 24(2) ne comporte aucun élément discrétionnaire.

En effet, dans *Collins*, précité, tout en se disant d'accord avec le juge Le Dain quant à l'obligation du juge d'utiliser ou d'écarter la preuve selon les conclusions auxquelles il arrive, le juge Lamer signale, aux p. 275-276, que lorsque la décision du juge du procès s'appuie, par exemple, sur son appréciation de la crédibilité du témoin, cette appréciation ne peut être contestée en appel. Plus loin, à la p. 283, le juge Lamer rappelle à chaque juge que « son pouvoir discrétionnaire [de décider si l'utilisation de l'élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice] est enraciné dans les valeurs de la société » et que sa décision ne sera pas modifiée en appel s'il n'a pas exercé ce pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

Compte tenu de ce qui précède, une distinction existe entre la conclusion du tribunal concernant la déconsidération de l'administration de la justice, qui suppose une appréciation de la preuve dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et la décision judiciaire d'écarter un élément de preuve, qui constitue un devoir qui en découle (voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 423). Décider si chacune des conditions préalables à l'exclusion est remplie exige une appréciation de la preuve et l'exercice d'une large part de jugement, et commande donc de la déférence de la part de la cour d'appel (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3^e éd. 2002), p. 276; voir aussi *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 733). La Cour a souligné plusieurs fois l'importance de la déférence envers les conclusions des juges d'instances inférieures concernant le par. 24(2) de la *Charte* : voir p. ex. *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 98; *Kokesch*, précité, p. 19; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 783; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, p. 625; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 539; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3, p. 3; *Grant*, précité, p. 256; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 35; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68. Récemment, dans *Law*, précité, par. 32, elle l'a soulignée à nouveau :

While the decision to exclude must be a reasonable one, a reviewing court will not interfere with a trial judge's conclusions on s. 24(2) absent an "apparent error as to the applicable principles or rules of law" or an "unreasonable finding"

This is also consistent with the recent decision of this Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. The appreciation of whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute is a question of mixed fact and law as it involves the application of a legal standard to a set of facts. In *Housen*, at para. 37, Iacobucci and Major JJ., for the majority, held that "[t]his question is subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law".

On the s. 24(2) issue as on all others, the trial judge hears evidence and is thus better placed to weigh the credibility of witnesses and gauge the effect of their testimony. Iacobucci J., dissenting in part in *Belnavis*, *supra*, at para. 76, explained cogently the rationale for deference to the findings of trial judges:

The reasons for this principle of deference are apparent and compelling. Trial judges hear witnesses directly. They observe their demeanour on the witness stand and hear the tone of their responses. They therefore acquire a great deal of information which is not necessarily evident from a written transcript, no matter how complete. Even if it were logistically possible for appellate courts to re-hear witnesses on a regular basis in order to get at this information, they would not do so; the sifting and weighing of this kind of evidence is the particular expertise of the trial court. The further up the appellate chain one goes, the more of this institutional expertise is lost and the greater the risk of a decision which does not reflect the realities of the situation.

The findings of the trial judge which are based on an appreciation of the testimony of witnesses will therefore be shown considerable deference. In s. 24(2) findings, this will be especially true with

Bien que la décision d'écarter un élément de preuve doive être raisonnable, la cour siégeant en révision ne modifiera pas les conclusions du juge de première instance concernant le par. 24(2) en l'absence d'une « erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » ou d'une « conclusion déraisonnable ».

Cette affirmation est également compatible avec le récent arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. La question de savoir si l'utilisation d'un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice est une question mixte de fait et de droit en ce qu'elle suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. Dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major, pour la majorité, statuent que « [c]ette question est assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n'ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l'erreur peut constituer une erreur de droit » (par. 37).

Sur l'application du par. 24(2) comme sur toute autre question, le juge du procès entend la preuve et il est mieux placé pour apprécier la crédibilité des témoins et juger de l'effet de leurs témoignages. Dans *Belnavis*, précité, où il était dissident en partie, le juge Iacobucci explique de manière convaincante la raison d'être de cette déférence due aux conclusions du juge du procès (au par. 76) :

Les raisons qui expliquent ce principe de retenue sont évidentes et impérieuses. Les juges du procès entendent directement les témoins. Ils observent leur comportement à la barre et entendent le ton de leurs réponses. Ils obtiennent donc beaucoup de renseignements qui ne se dégagent pas nécessairement d'une transcription, si complète soit-elle. Même si, sur le plan logistique, il était possible aux cours d'appel de réentendre régulièrement les témoins afin d'obtenir ces renseignements, elles ne le feraient pas; l'examen et l'évaluation de ce genre d'éléments de preuve relèvent de la compétence particulière de la cour de première instance. Plus on remonte la chaîne d'appels, plus on perd cette compétence institutionnelle et plus le risque est grand de voir prendre une décision qui ne reflète pas la réalité de la situation.

Quand elles sont fondées sur une appréciation des témoignages, les conclusions du juge du procès appellent une grande déférence. Cela est particulièrement vrai, pour l'application du par. 24(2), à

45

46

47

respect to the assessment of the seriousness of the breach, which depends on factors generally established through testimony, such as good faith and the existence of a situation of necessity or urgency (*Law, supra*, at paras. 38-41).

48

As I explain in greater detail below, it is my view that the trial judge's conclusions were neither unreasonable nor based upon an error or a misapprehension of the applicable law. They are therefore entitled to deference from this Court. Even though my own appreciation of the s. 24(2) factors may have been different than that of the trial judge, I can find no basis to overrule his findings on this regard.

(1) Trial Fairness

49

Where the admission of the evidence would render a trial unfair, it could bring the administration of justice into disrepute to receive it and it must therefore be excluded. As Bastarache J. explained in *Law, supra*, at para. 34, citing *Collins, supra*, at p. 284, “[t]he concept of trial fairness is ultimately concerned with the continued effects of unfair self-incrimination on the accused; thus, the principal (though not exclusive) considerations at this stage will be the nature of the evidence obtained and the nature of the right violated”. As Bastarache J. noted, the leading case on this issue is *Stillman, supra*, which held that the admission of “conscriptive” evidence, whether self-emanating or derivative, would generally affect the fairness of the trial. Evidence will be classified as conscriptive where “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*, at para. 80, *per* Cory J.

50

The evidence obtained in violation of the *Charter* which does not emanate from the accused but rather existed independently of the violation is classified as non-conscriptive evidence. Its admission will not affect adjudicative fairness, but the second and third sets of factors may militate towards its exclusion: *Stillman, supra*; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8.

l'égard de l'appréciation de la gravité de l'atteinte, qui dépend de facteurs ressortant généralement des témoignages, comme la bonne foi et l'existence d'une situation d'urgence ou de nécessité (*Law, précité*, par. 38-41).

Comme je l'explique en détail plus loin, j'estime que les conclusions du juge du procès ne sont ni déraisonnables ni fondées sur une erreur ou une mauvaise interprétation du droit applicable. La Cour doit donc faire preuve de déférence à leur égard. Même si ma propre appréciation des facteurs d'application du par. 24(2) pourrait différer de celle du juge du procès, je ne vois aucune raison d'infirmier sa décision sur ce point.

(1) L'équité du procès

Lorsque l'utilisation d'une preuve aurait pour effet de rendre le procès inéquitable, elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, de sorte que la preuve doit être écartée. Comme l'explique le juge Bastarache dans *Law, précité*, par. 34, reprenant les propos de la Cour dans *Collins, précité*, p. 284, « [l]a notion d'équité du procès s'attache en fin de compte aux effets continus de l'auto-incrimination sur l'accusé, de sorte que les principaux (mais non les seuls) éléments dont il faut tenir compte à cette étape sont la nature de la preuve obtenue et celle du droit violé ». Il précise que l'arrêt-clé à cet égard est *Stillman, précité*, où la Cour statue que l'utilisation de la preuve conscrite, « obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même », qu'elle émane de l'accusé ou qu'il s'agisse d'une preuve dérivée, porte généralement atteinte à l'équité du procès. Une preuve est conscrite 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, le juge Cory.

La preuve obtenue en violation de droits garantis par la *Charte* qui n'émane pas de l'accusé mais existe indépendamment de l'atteinte est qualifiée de preuve non conscrite. Son utilisation ne touche pas l'équité du procès, mais les deuxième et troisième groupes de facteurs peuvent militer en faveur de son exclusion : *Stillman, précité*; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8.

In the present case, Aquila Prov. Ct. J. was correct in concluding that admission of the marijuana seized following the search of locker 135 does not affect adjudicative fairness. The appellant has not been conscripted against himself in the creation of evidence and the evidence pre-existed the violation of the *Charter*. Furthermore, the evidence was clearly “discoverable” without any infringement of *Charter* rights. Thus, as the marijuana is non-conscriptive, “discoverable” evidence, its admission would not render the trial unfair. The admissibility of the marijuana therefore turns on a balancing of the factors relevant to the second and third questions — how serious was the breach, and would exclusion of the evidence discredit the justice system?

(2) Seriousness of the Breach

The second set of factors relates to the seriousness of the *Charter* violation. The seriousness of the police’s conduct depends on “whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant” (*Therens, supra*, at p. 652). It is also relevant to consider whether the violation was motivated by a situation of urgency or necessity: *Therens*, at p. 652; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at p. 367; *Law, supra*, at para. 37. Also pertinent is whether the police officer could have obtained the evidence by other means, thus rendering her or his disregard for the *Charter* gratuitous and blatant: *Collins, supra*, at p. 285; *Law*, at para. 37. The court may also look at some or all of the following factors: the obtrusiveness of the search, the individual’s expectation of privacy in the area searched and the existence of reasonable and probable grounds (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 34). As we have seen, the trial judge is entitled to considerable deference on this point: *Law*, at para. 38.

In this case, the trial judge concluded as follows, at para. 40:

The violation was serious and was not simply a technical one. The court is concerned at the casual approach that the police took in infringing the accused’s rights in

En l’espèce, le juge Aquila a raison de conclure que l’utilisation en preuve de la marijuana saisie lors de la fouille du casier 135 ne porte pas atteinte à l’équité du procès. L’appelant n’a pas été forcé de participer à la constitution de la preuve, et la preuve existait avant l’atteinte à la *Charte*. En outre, l’élément de preuve était manifestement « susceptible d’être découvert » sans atteinte à un droit constitutionnel. Comme la marijuana est une preuve non conscrite et « susceptible d’être découverte », son utilisation n’aurait pas pour effet de rendre le procès inéquitable. Pour décider de la recevabilité de cet élément de preuve, il faut donc pondérer les facteurs correspondant aux deuxième et troisième questions : quelle est la gravité de l’atteinte, et l’exclusion de la preuve déconsidérerait-elle l’administration de la justice?

(2) La gravité de l’atteinte

Le deuxième ensemble de facteurs a trait à la gravité de la violation de la *Charte*. Sa gravité dépend de « savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s’il s’agit d’une violation délibérée, volontaire ou flagrante » (*Therens*, précité, p. 652). Il y a lieu de déterminer également si l’atteinte a été motivée par une situation d’urgence ou de nécessité : *Therens*, p. 652; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, p. 367; *Law*, précité, par. 37. Il importe aussi de déterminer si l’agent de police aurait pu obtenir la preuve par d’autres moyens, auquel cas l’inobservation de la *Charte* serait dénuée de motif et flagrante : *Collins*, précité, p. 285; *Law*, par. 37. La Cour peut également tenir compte des facteurs suivants : le caractère envahissant de la fouille, les attentes en matière de vie privée de la personne à l’égard du lieu où s’effectue la fouille et l’existence de motifs raisonnables et probables (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 34). On a vu que la conclusion du juge du procès sur ce point justifie une grande déférence : *Law*, par. 38.

Dans la présente affaire, le juge du procès conclut ce qui suit au par. 40 :

[TRADUCTION] L’atteinte était grave et non simplement de pure forme. La cour déplore la manière désinvolte avec laquelle la police a porté atteinte aux droits

51

52

53

these circumstances. It is this court's view and concern that if the evidence was to be admitted in this trial that it may encourage similar conduct by police in the future.

This conclusion comes after Aquila Prov. Ct. J. carefully reviewed the law on s. 24(2), including, citing *Silveira, supra*, the factors to be considered in determining the seriousness of a *Charter* breach.

54 The reasons given by Aquila Prov. Ct. J. to exclude the impugned evidence are admittedly somewhat brief. However, there is no suggestion here that the deficiencies in the scope of the reasons foreclose meaningful appellate review (*R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26). As pointed out by Binnie J. in *Sheppard*, at para. 26: “[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself”.

55 The fact that Aquila Prov. Ct. J. did not explicitly review all the evidence in his reasons does not persuade me that he failed to consider it as a whole in reaching his conclusion. After listing the three factors to be considered in applying s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge clearly indicated on what basis he excluded the evidence. He directed himself correctly on the applicable law. A detailed examination of the record supports the reasonableness of his conclusions.

56 Aquila Prov. Ct. J. was particularly influenced by the fact that the police officers could have obtained a search warrant, but that they did not do so. Indeed, he quoted Lamer J. in *Collins, supra*, at p. 285: “In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.”

57 The good faith of the police is an important factor to consider in order to assess the seriousness of a violation of s. 8 of the *Charter*. Indeed, the central concern expressed by the trial judge was what he called the “casual approach” of the police towards the rights of the appellant. It is not clear from the record whether the police officers did not obtain a

de l'appelant. Elle estime que permettre l'utilisation de l'élément de preuve au procès pourrait inciter la police à persister dans ce comportement.

Le juge Aquila tire cette conclusion après avoir examiné attentivement l'état du droit relativement au par. 24(2), et notamment, suivant l'arrêt *Silveira*, précité, les facteurs à considérer pour déterminer le degré de gravité de l'atteinte à la *Charte*.

Les motifs donnés par le juge Aquila pour écarter l'élément de preuve en cause sont, on en convient, assez brefs. Rien ne permet de penser toutefois que ce laconisme empêche une véritable révision en appel (*R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26). Comme le fait remarquer le juge Binnie dans cet arrêt, au par. 26, « [l]a cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé ».

Le fait que le juge Aquila ne passe pas explicitement en revue l'ensemble de la preuve ne signifie pas, à mon avis, qu'il a omis de la considérer dans sa totalité pour arriver à sa conclusion. Après avoir énuméré les trois facteurs à considérer pour appliquer le par. 24(2) de la *Charte*, le juge du procès précise clairement les motifs pour lesquels il écarte la preuve. Il a bien circonscrit le droit applicable. L'examen détaillé du dossier montre que sa conclusion est raisonnable.

Le juge Aquila a été particulièrement influencé par le fait que les agents de police auraient pu obtenir un mandat, mais n'ont pas cherché à le faire. Il cite en effet le juge Lamer dans *Collins*, précité, p. 285 : « D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve. »

La bonne foi des policiers est un facteur important dans l'appréciation de la gravité d'une atteinte à l'art. 8 de la *Charte*. En fait, la principale préoccupation du juge du procès est ce qu'il appelle le comportement « désinvolte » des policiers envers les droits de l'appelant. Le dossier n'indique pas clairement si les policiers n'ont pas obtenu de

warrant because they wilfully disregarded the appellant's rights or because they (mistakenly) believed, in good faith, that the appellant did not have a reasonable expectation of privacy in the locker. Constable Barker testified under cross-examination that to obtain a warrant never crossed his mind:

Q All right. Now, at that point in time, did you think about the search warrant?

A No, we did not.

Q The thought of a search warrant never crossed your mind; is that correct?

A No. That's correct.

Q All right. So you never discussed that with Sergeant Trakalo or anything like that?

A No, I did not.

. . . .

Q All right. Have you ever obtained a search warrant before –

A Yes, I have.

Q – in your course of business? Okay. So – and – and you know that as a general procedure, if – if you find a situation where there might be a receptacle, or a house or some location that is a private location, that contains contraband, what you do is you set up a guard over the location, or surveillance, and you go get a search warrant, and then you come back and you enter the premise or – or the receptacle, car, location, whatever it is you're getting the search warrant for; is that a correct procedure I'm referring to there?

A Yes, it is.

Q Okay. And again, no thought of that at this point in time?

A No. [Emphasis added.]

The other constable, Constable Riddell, mentioned that he did consider obtaining a warrant but that he did not think the appellant had a reasonable expectation of privacy in the locker and that, further,

mandat parce qu'ils ont délibérément passé outre aux droits de l'appelant ou parce qu'ils croyaient, à tort, mais de bonne foi, que l'appelant n'avait pas, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée. En contre-interrogatoire, l'agent Barker dit que l'idée d'obtenir un mandat ne lui est jamais venue à l'esprit :

[TRADUCTION]

Q Bien, à ce moment-là, avez-vous pensé à obtenir un mandat de fouille et perquisition?

R Non, nous n'y avons pas pensé.

Q L'idée d'obtenir un mandat ne vous est jamais venue à l'esprit, c'est bien ça?

R Non. C'est exact.

Q Bien. Donc, vous n'avez jamais abordé cette question ou une question de ce genre avec l'agent Trakalo?

R Non, je ne l'ai pas fait.

. . . .

Q Bien. Aviez-vous déjà obtenu un mandat auparavant –

R Oui.

Q – dans l'exercice de vos fonctions? Bon. Donc – et vous connaissez la procédure normale – si vous vous trouvez dans une situation où il est possible qu'un réceptacle, ou une maison ou quelque endroit qui est un endroit privé, renferme de la contrebande, de mettre les lieux sous garde ou sous surveillance et d'obtenir un mandat, puis de revenir et de s'introduire dans les lieux ou – ou d'ouvrir le réceptacle, le véhicule, l'endroit, selon ce pour quoi vous demandez le mandat; est-ce bien la procédure à suivre?

R Oui, en effet.

Q Bien. À nouveau, vous n'y avez pas pensé à ce moment-là?

R Non. [Je souligne.]

L'autre policier, l'agent Riddell, mentionne qu'il a envisagé d'obtenir un mandat, mais qu'il ne croyait pas que l'accusé avait, relativement au casier, une attente raisonnable de vie privée ni

he did not think he had sufficient grounds to obtain a warrant:

Q Okay. And by the way, was there any thought about a search warrant up to that point in time? When you went over to that locker there, were you thinking about a search warrant at all?

A Thinking about it, yeah. It's always in the back of your mind, I guess, but –

Q Right. And the reason why you thought about it is because you – you go up there, and you see here's a locker, it's locked –

A Um-hum.

Q – it's something, obviously, that a citizen or maybe – (INAUDIBLE) a foreigner, even, but someone has paid to have privacy in that locker, right?

A Yeah. I guess my thinking was, sir, that being the bus depot's locker, that they had kind of given up the right to privacy in that case.

Q Okay. Well, that's – that's your thoughts. I understand.

A Yeah.

Q So the thought did cross your mind about a search warrant?

A Sure.

Q All right. But it didn't go any further than that, in the sense that you didn't discuss it with your partner?

A Not in detail. I guess basically the short of it was just basically what you and I have just discussed.

Q Right. So you – you decided at that point that whoever was using that locker didn't have sufficient right of privacy, in your mind, that would require a search warrant; that was your reason for not getting a search warrant?

A That, and there would be lack of grounds, even, to – maybe to get a search warrant at the time. [Emphasis added.]

qu'il avait des motifs suffisants pour obtenir un mandat :

[TRADUCTION]

Q Bien. Et en passant, jusqu'à ce moment-là, avez-vous pensé à un mandat de fouille et perquisition? Lorsque vous vous êtes dirigé vers le casier, avez-vous jamais pensé à un mandat?

R Ouais, j'y ai pensé. On y pense toujours, je suppose, mais –

Q Bien. Et vous y avez pensé parce que vous vous dirigez vers l'endroit en question et vous voyez un casier, un casier verrouillé.

R Uh-huh.

Q – c'est quelque chose, de toute évidence, qu'un citoyen ou peut-être – (INAUDIBLE) un étranger, même, mais quelqu'un a payé pour avoir accès en privé à ce casier, n'est-ce-pas?

R Ouais. Je suppose que mon raisonnement a été, Monsieur, que s'agissant d'un casier dans une gare routière, l'intéressé avait en quelque sorte renoncé à sa vie privée dans ce cas.

Q Bien. Alors, c'est ce que vous pensiez. Je comprends.

R Ouais.

Q Donc l'idée vous est venue d'obtenir un mandat de perquisition?

R Certainement.

Q Bien. Mais ce n'est pas allé plus loin, au sens où vous n'en avez pas discuté avec votre collègue?

R Pas de manière précise. Finalement, je suppose qu'en fait, ça s'est limité à ce dont on vient de parler vous et moi.

Q Bien. Donc vous – vous avez décidé alors que quiconque utilisait ce casier n'avait pas un droit suffisant au respect de sa vie privée pour que vous soyez tenu d'obtenir un mandat; c'est la raison pour laquelle vous n'avez pas obtenu de mandat?

R Ça, et l'absence de motifs, même pour – peut-être obtenir alors un mandat de perquisition. [Je souligne.]

59

It should first be noted that the officer's subjective belief that the appellant's rights were not affected does not make the violation less serious, unless his belief was reasonable (see, e.g., *Mercer*,

Il convient de signaler tout d'abord que la croyance subjective de l'agent qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits de l'appelant ne diminue pas la gravité de l'atteinte, à moins que sa croyance n'ait

supra, at p. 191). As Sopinka, Lederman and Bryant note, *supra*, at p. 450, “good faith cannot be claimed if a *Charter* violation is committed on the basis of a police officer’s unreasonable error or ignorance as to the scope of his or her authority”. Given that the locker had been rented for private use and was locked, and given the broad interpretation this Court has given to the right of privacy, I do not think the officer’s perception that the right to privacy had been “given up” was altogether reasonable.

I share Aquila Prov. Ct. J.’s view that the fact that obtaining a warrant did not even cross the mind of one officer demonstrates a certain casual attitude toward the appellant’s *Charter* rights. Moreover, the admission of Constable Riddell that he did consider obtaining a warrant but that he thought that he lacked sufficient grounds to get one also suggests blatant disregard for the appellant’s rights. In *Kokesch*, *supra*, at p. 29, Sopinka J. stressed the significance of the admission by the police that they were aware they did not have reasonable and probable grounds sufficient to obtain a search warrant:

Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, it follows that they must leave the suspect alone, not charge ahead and obtain evidence illegally and unconstitutionally. Where they take this latter course, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise, not less. Any other conclusion leads to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. The Crown would happily concede s. 8 violations if they could routinely achieve admission under s. 24(2) with the claim that the police did not obtain a warrant because they did not have reasonable and probable grounds. The irony of this result is self-evident. [First emphasis added; second emphasis in original.]

In this case, the admission by Constable Riddell that he thought there were insufficient grounds to obtain a warrant can properly be viewed as fatal to a claim of good faith. This admission clearly reveals that the police officer made the choice to avoid the legal requirements of obtaining a

été raisonnable (voir p. ex. *Mercer*, précité, p. 191). Comme Sopinka, Lederman et Bryant le signalent dans leur ouvrage, *op. cit.*, p. 450, [TRADUCTION] « la bonne foi ne peut être invoquée lorsqu’une atteinte à la *Charte* découle d’une erreur déraisonnable d’un agent de police ou de la méconnaissance de l’étendue de son pouvoir ». Puisque le casier avait été loué pour un usage privé et était verrouillé, et vu l’interprétation libérale par la Cour du droit à la vie privée, je ne pense pas que la perception de l’agent selon laquelle l’appelant avait « renoncé » au respect de sa vie privée était de quelque façon raisonnable.

Je partage l’avis du juge Aquila que le fait qu’un des agents n’a même pas pensé à obtenir un mandat indique une certaine désinvolture envers les droits constitutionnels de l’appelant. De plus, le fait que l’agent Riddell a reconnu qu’il y avait songé, mais pensait ne pas avoir de motifs suffisants pour obtenir un mandat, indique également un mépris flagrant des droits de l’appelant. Dans *Kokesch*, précité, p. 29, le juge Sopinka insiste sur l’importance de l’admission, par un policier, qu’il savait ne pas avoir de motifs raisonnables et probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition :

Lorsque la police n’a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d’autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille, et non aller de l’avant et obtenir une preuve d’une manière illégale et inconstitutionnelle. Si elle agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu’elle ne le serait autrement, elle ne l’est pas moins. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l’arrêt *Hunter*. La poursuite concéderait volontiers qu’il y a eu violation de l’art. 8 si elle pouvait systématiquement obtenir l’utilisation de la preuve en vertu du par. 24(2) en prétendant que la police n’a pas obtenu de mandat parce qu’elle n’avait pas de motifs raisonnables et probables pour ce faire. L’ironie de ce résultat est évidente. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l’original.]

En l’espèce, on peut à juste titre considérer que l’admission de l’agent Riddell qu’il estimait ne pas avoir de motifs suffisants pour obtenir un mandat exclut toute allégation de bonne foi. Cette admission révèle clairement que, même s’il croyait qu’il pouvait être nécessaire d’obtenir

60

61

warrant even on his own assumption that one might be required.

62

Moreover, there was no situation of urgency or necessity, as there was no immediate danger that the evidence would be lost, removed or destroyed, nor was an imminent threat posed by the marijuana in the locker. The situation did not require immediate action to secure the evidence, as the locking mechanism was still engaged and the 24-hour limit had not expired. It is also clear from the record that the police could have obtained the evidence without infringing the appellant's rights. The police could have secured the evidence by other means, by obtaining surveillance of the locker, for example. The officers' evidence indicated that they did not perform surveillance because there were not enough officers on duty that day, which was a Sunday. Under cross-examination, Constable Riddell testified as follows:

Q . . . For example, you didn't set up surveillance on the locker, to see who came to go inside of it, did you?

A No.

Q Any reason why you didn't do that?

A We weren't authorized to do so. We thought it was a good idea, but it just didn't happen that way.

Q When you say you weren't authorized to do so, what does that mean?

A Well, just lack of manpower.

63

The failure of the police officers to explore the other investigative techniques that were available to them shows the absence of sincere effort to comply with the *Charter* (see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at p. 1008, *per* Dickson C.J.; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 455). As Lamer J. wrote in *Collins*, *supra*, at p. 285, "the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious". This principle was reiterated in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 76, where Sopinka J. held that "[i]f other

un mandat, l'agent de police a délibérément choisi de se soustraire à cette obligation légale.

De plus, il n'y avait aucune situation d'urgence ou de nécessité, puisqu'il n'y avait pas de risque imminent que les éléments de preuve soient perdus, enlevés ou détruits, et la présence de la marijuana dans le casier ne constituait pas une menace imminente. La situation n'exigeait pas de mesures immédiates pour protéger la preuve, puisque le verrou était toujours en place, et que la période maximale de 24 heures n'avait pas expiré. Il ressort également du dossier que la police aurait pu obtenir la preuve sans porter atteinte aux droits de l'appelant. Elle aurait pu protéger la preuve par d'autres moyens, en faisant surveiller le casier par exemple. Selon leurs témoignages, les policiers ne se sont pas chargés de la surveillance parce qu'il n'y avait pas suffisamment d'agents en fonction ce jour-là, qui était un dimanche. En contre-interrogatoire, l'agent Riddell dit :

[TRADUCTION]

Q . . . Par exemple, vous n'avez pas mis le casier sous surveillance, pour voir qui se présenterait et l'ouvrirait, n'est-ce-pas?

R Non.

Q Pourquoi ne pas l'avoir fait?

R Nous n'avions pas l'autorisation de le faire. Nous pensions que c'était une bonne idée, mais ça ne s'est pas passé comme ça.

Q Que voulez-vous dire par nous n'avions pas l'autorisation de le faire?

R Eh bien, nous n'étions pas assez nombreux.

L'omission des policiers d'envisager les autres techniques d'enquête qui s'offraient à eux montre qu'ils n'ont pas fait d'efforts sincères pour s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles (voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 1008, le juge en chef Dickson; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 455). Dans *Collins*, précité, p. 285, le juge Lamer dit que « l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte* ». La Cour rappelle ce principe dans *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 76, où le juge Sopinka conclut que « [s]'il existait

techniques were indeed available, it is demonstrative of bad faith and is particularly serious that the police chose to violate the appellant's rights". Similarly, in *Dyment, supra*, where there was no evidence that the respondent's rights were knowingly breached, but where there was no urgency and other investigative techniques were available, this Court made it clear, at p. 440, that "such lax police procedures cannot be condoned".

As indicated earlier, the police officers' casual attitude towards the warrant requirement appears to have been the determinative factor for the trial judge. The evidence supports this finding. The officers appear to have thought that getting a warrant was nothing more than a technical requirement that in this case may have been unnecessary or unavailable if, indeed, they thought about constitutional requirements at all.

Some other elements must be considered and some militate in favour of admission of the evidence. The search was not especially obtrusive and the appellant had a lesser expectation of privacy than there is in one's body, home or office. As Cory J. stressed in *Belnavis, supra*, at para. 40: "Obviously, the degree of the seriousness of the breach will increase the greater the expectation of privacy. Clearly the converse must also be true." Furthermore, regardless of Constable Riddell's belief that he did not have sufficient grounds to obtain a search warrant, objectively, he probably did. Indeed, the locker was emitting a smell of marijuana and the security guards, who had seen and handled what they identified as marijuana, were credible informants. The information that they conveyed to the police would have likely been sufficient for issuance of a warrant. This Court has repeatedly held that the existence of reasonable and probable grounds lessened the seriousness of the violation (see, e.g., *Caslake, supra*, at para. 34; *Belnavis, supra*, at para. 42; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295, at p. 299; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at p. 560; and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 60).

However, in balancing all of the relevant factors in the circumstances of this case, I cannot conclude

effectivement d'autres techniques, cela démontre qu'il y avait mauvaise foi, et le fait que la police a choisi de violer les droits de l'appelant est particulièrement grave. » De même, dans *Dyment*, précité, où la preuve indiquait qu'il n'y avait pas eu d'atteinte délibérée aux droits de l'intimé, mais qu'il n'y avait pas non plus de situation d'urgence, et que d'autres techniques d'enquête auraient pu être utilisées, la Cour dit clairement « qu'on ne saurait excuser des méthodes aussi relâchées de la part de la police » (p. 440).

On a vu précédemment que l'attitude désinvolte de la police face à l'obligation d'obtenir un mandat paraît avoir été déterminante pour le juge du procès. La preuve appuie cette conclusion. Les policiers paraissent avoir pensé que l'obtention d'un mandat n'était rien de plus qu'une formalité qui, dans ce cas, était inutile ou hors de portée, si tant est même qu'ils aient songé à leurs obligations constitutionnelles.

D'autres éléments doivent être considérés, et certains militent en faveur de l'utilisation de la preuve. La fouille n'a pas été particulièrement envahissante, et l'appelant avait une attente de vie privée moins grande que si l'objet de la fouille avait été son corps, sa résidence ou son bureau. Le juge Cory souligne, dans *Belnavis*, précité, par. 40 : « De toute évidence, plus l'attente en matière de vie privée est grande, plus la violation est grave. Il est clair que l'inverse doit aussi être vrai. » De plus, même si l'agent Riddell croyait qu'il n'avait pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat, il en avait probablement d'un point de vue objectif. En effet, une odeur de marijuana se dégageait du casier et les gardes de sécurité, qui avaient vu et manipulé ce qu'ils avaient identifié comme étant de la marijuana, étaient des informateurs dignes de foi. L'information relayée aux policiers aurait probablement suffi pour obtenir un mandat. La Cour a maintes fois statué que l'existence de motifs raisonnables et probables atténue la gravité de la violation (voir p. ex. *Caslake*, précité, par. 34; *Belnavis*, précité, par. 42; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, p. 299; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, p. 560; et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 60).

Toutefois, la pondération de tous les facteurs pertinents dans les circonstances de l'espèce ne

64

65

66

that the conclusion of Aquila Prov. Ct. J. as to the seriousness of the violation is unreasonable. The evidence considered as a whole supports a conclusion that the violation was serious. The trial judge's assessment of the seriousness of the interference with the appellant's privacy interests reveals no misapprehension of the evidence, or failure to consider relevant factors, and is not unreasonable. His reasons reveal a full and clear understanding of the law. There is, in my view, no question that Aquila Prov. Ct. J. was in the best position to weigh the testimonies that led him to conclude that the police took a casual approach at infringing the appellant's rights.

(3) The Effect of Exclusion on the Reputation of the Administration of Justice

67

The third question from *Collins* is whether excluding the evidence would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than admitting it. This factor is generally related to the seriousness of the offence and the importance of the evidence to the case for the Crown. In *Law, supra*, at para. 39, the Court summarized this inquiry as follows: "In general, this turns on whether the unconstitutionally obtained evidence forms a crucial part of the Crown's case and, where trial fairness is not affected, the seriousness of the underlying charge."

68

In this case, the conviction turned on the admissibility of the evidence. It was thus essential to the Crown's case. As for the seriousness of the offence, in *Kokesch, supra*, at p. 34, Sopinka J. said:

The offences with which the appellant is charged are serious offences, though narcotics offences involving marijuana are generally regarded as less serious than those involving "hard" drugs such as cocaine and heroin.

These factors favour admitting the evidence. For the trial judge, however, they were outweighed by his concerns about the police officers' disregard for the appellant's *Charter* rights and the longer-term

me permet pas de conclure que la décision du juge Aquila concernant la gravité de la violation est déraisonnable. Prise globalement, la preuve étaye la conclusion que l'atteinte aux droits de l'appelant était grave. L'appréciation par le juge de la gravité de cette atteinte ne révèle aucune erreur d'interprétation de la preuve ou omission de tenir compte de facteurs pertinents, et son appréciation n'est pas déraisonnable. Ses motifs indiquent une connaissance claire et complète du droit applicable. Il ne fait aucun doute, selon moi, que le juge Aquila était le mieux à même de soupeser les témoignages qui l'ont amené à conclure que la police avait porté atteinte aux droits de l'appelant de manière désinvolte.

(3) L'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice

La troisième question énoncée dans *Collins* est de savoir si l'administration de la justice serait plus susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion de la preuve que par son utilisation. Ce facteur est généralement lié à la gravité de l'infraction et à l'importance de l'élément de preuve dans la preuve à charge. Dans *Law, précité*, par. 39, la Cour résume la démarche : « En général, la réponse à cette question repose, d'une part, sur la question de savoir si les éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle constituent une partie vitale de la preuve du ministère public et, d'autre part, lorsqu'il n'y a pas atteinte à l'équité du procès, sur la gravité de l'accusation sous-jacente. »

En l'espèce, la déclaration de culpabilité dépendait de la recevabilité de la preuve. Celle-ci était donc essentielle à la poursuite. Dans *Kokesch, précité*, p. 34, le juge Sopinka dit ceci au sujet de la gravité de l'infraction :

Les infractions dont l'appelant est inculpé sont graves, bien que les infractions relatives aux stupéfiants tels que le chanvre indien soient généralement considérées comme moins sérieuses que celles qui concernent des drogues « dures » comme la cocaïne et l'héroïne.

Ces facteurs militent en faveur de l'utilisation de la preuve. Cependant, le juge du procès a estimé que le mépris des policiers envers les droits constitutionnels de l'appelant et les effets à long terme de cette

effects of the attitude they displayed in this case: “The court is concerned at the casual approach that the police took in infringing the accused’s rights in these circumstances. It is this court’s view and concern that if the evidence was to be admitted in this trial that it may encourage similar conduct by police in the future” (para. 40).

Again, although Aquila Prov. Ct. J. did not expand greatly on this particular branch of the *Collins* test, he did begin his reasons on s. 24(2) by listing the three factors to be considered in applying this section of the *Charter* and his conclusion shows that he did consider all of them, including the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

Lamer J. stressed at p. 281 in *Collins* that s. 24(2) is not a remedy for police misconduct. However, he also stressed that the purpose of s. 24(2) “is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings. This further disrepute will result from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing, or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies” (first emphasis in original; second emphasis added). Iacobucci J. also recalled in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 25, that the purpose of the *Collins* test is “to oblige law enforcement authorities to respect the exigencies of the *Charter* . . .”. The expressed concern of the trial judge that admitting the evidence in these circumstances may encourage similar police conduct in the future is in line with this purpose of the *Collins* test. More importantly, provincial court judges handle these kinds of issues on a daily basis. They have a much better understanding than we do about the likely effects of their decisions on their communities and on those who enforce the law in those communities. A concern such as the one expressed by Aquila Prov. Ct. J. should not, in my view, be dismissed lightly. The administration of justice does not have to be brought into disrepute on a national scale before

attitude désinvolte l’emportaient : [TRADUCTION] « La cour déplore la manière désinvolte avec laquelle la police a porté atteinte aux droits de l’appelant. Elle estime que permettre l’utilisation de l’élément de preuve au procès pourrait inciter la police à persister dans ce comportement » (par. 40).

Encore une fois, même si, dans ses motifs, le juge Aquila ne s’attarde pas longuement sur ce volet particulier du critère dégagé dans *Collins*, il énumère dès le départ les trois facteurs à considérer pour l’application du par. 24(2) de la *Charte*, et sa conclusion montre qu’il a tenu compte de chacun d’eux, y compris l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice.

Dans *Collins*, p. 281, le juge Lamer signale que le par. 24(2) n’offre pas une réparation à l’égard de la conduite inacceptable de la police. Cependant, il fait également valoir que le but du par. 24(2) « est d’empêcher que [l’utilisation de la preuve dans l’instance] ne déconsidère encore plus l’administration de la justice. Cette déconsidération additionnelle découlera de l’utilisation des éléments de preuve qui priveraient l’accusé d’un procès équitable ou de l’abolition judiciaire d’une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite » (premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l’original). Le juge Iacobucci rappelle également dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 25, que le critère établi dans *Collins* a pour objectif « de contraindre les autorités chargées d’appliquer la loi à respecter les exigences de la *Charte* . . . ». La crainte exprimée par le juge du procès que l’utilisation de la preuve dans ces circonstances n’incite la police à persister dans ce comportement s’inscrit donc dans le droit fil de cet objectif. Mais surtout, les juges des cours provinciales sont appelés quotidiennement à trancher de telles questions. Ils sont plus au fait que nous ne le sommes des effets probables de leurs décisions sur leur collectivité et sur les personnes chargées d’y appliquer la loi. À mon avis, une crainte comme celle exprimée par le juge Aquila ne doit pas être écartée à la légère. Il n’est pas nécessaire que l’administration de la justice risque d’être

69

70

courts may interfere to protect the integrity of the process within which they operate.

71 Admittedly, there are various precedents where non-conscriptive evidence such as drugs was admitted on the basis that exclusion would bring the administration of justice into further disrepute than admission would, especially where the evidence was essential to the Crown (see, e.g., *Mercer, supra*; *Kokesch, supra*; *Evans, supra*). Section 24(2) is not an automatic exclusionary rule (see, *inter alia*, *Dyment, supra*); in my view, neither should it become an automatic inclusionary rule when the evidence is non-conscriptive and essential to the Crown's case.

72 The question under s. 24(2) is whether the system's repute will be better served by the admission or the exclusion of the evidence, and it is thus necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence: *Collins, supra*, at pp. 285-86. At the end of the day, though, the constitutional question is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute (*Collins*, at p. 281). An appellate court must determine if, all factors considered, the trial judge's conclusion to exclude the evidence, based on her or his finding that its admission would bring the administration of justice into disrepute, was reasonable.

73 The decision to exclude evidence always represents a balance between the interests of truth on one side and the integrity of the judicial system on the other: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 534. This was well put by Doherty J.A. in a recent decision of the Court of Appeal for Ontario, *R. v. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169, at para. 47: "The last stage of the *R. v. Collins, supra*, inquiry asks whether the vindication of the specific *Charter* violation through the exclusion of evidence extracts too great a toll on the truth seeking goal of the criminal trial." The trial judge concluded that the vindication of the *Charter* breach in this case, which was serious, did not extract too great a toll on the truth seeking goal of the criminal justice system. In light

déconsidérée à l'échelle nationale pour que les tribunaux soient autorisés à intervenir pour préserver l'intégrité du système judiciaire dans lequel ils opèrent.

Il est vrai que, dans diverses affaires, une preuve non conscrite (de la drogue, par exemple) a été utilisée parce que son exclusion aurait davantage déconsidéré l'administration de la justice que son utilisation, surtout lorsqu'il s'agissait d'une preuve essentielle au ministère public (voir p. ex. *Mercer, Kokesch* et *Evans*, précités). Le paragraphe 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique (voir entre autres *Dyment*, précité); à mon avis, il ne faut pas non plus en faire une règle d'inclusion automatique dans les cas où la preuve n'est pas conscrite et est essentielle à la poursuite.

La question qui sous-tend le par. 24(2) est de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servie par l'utilisation de la preuve ou par son exclusion, de sorte qu'il est nécessaire d'examiner la déconsidération susceptible de découler de l'exclusion de la preuve : *Collins*, précité, p. 285-286. Au bout du compte, cependant, la question constitutionnelle est de savoir si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*Collins*, p. 281). La cour d'appel doit décider si, compte tenu de tous les facteurs, la décision du juge du procès d'exclure la preuve, après avoir conclu que son utilisation aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice, était raisonnable.

La décision d'écarter un élément de preuve met toujours en balance l'intérêt qu'il y a à découvrir la vérité, d'une part, et l'intégrité du système judiciaire, d'autre part : *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 534. Le juge Doherty exprime bien cela dans *R. c. Kitaitchik* (2002), 161 O.A.C. 169, par. 47, une décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario : [TRADUCTION] « La dernière étape de l'analyse préconisée dans *R. c. Collins*, précité, consiste à déterminer si la sanction de l'atteinte à la *Charte* par l'exclusion de l'élément de preuve entrave trop sévèrement l'objectif du procès pénal qu'est la recherche de la vérité. » Le juge du procès a conclu que, en l'espèce, la sanction de l'atteinte à la *Charte*, une atteinte grave, n'entravait pas trop sévèrement

of his concern as to the long-term effect of the law enforcement officers' attitude in this case, it was well within Aquila Prov. Ct. J.'s judicial discretionary power to conclude that the admission of the marijuana in this case would cause greater disrepute to the justice system than its exclusion would, and such decision is very well within the limits of reasonableness.

VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the acquittal entered at trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Phillips, Aiello, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Solicitor for the intervener: Attorney General's Prosecutor, Montréal.

l'objectif de recherche de la vérité du système de justice pénale. Vu sa crainte concernant les effets à long terme de l'attitude désinvolte des policiers en l'espèce, le juge Aquila avait le pouvoir discrétionnaire de conclure que l'utilisation de la preuve — la marijuana — déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son exclusion, et cette décision est raisonnable à tous points de vue.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquiescement inscrit à l'issue du procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Phillips, Aiello, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Procureur général du Canada, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant: Substitut du procureur général du Québec, Montréal.