

Gordon David Goldman *Appellant;*
and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1979: March 14; 1979: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Conspiracy to possess counterfeit money — Evidence — Admissibility — Conversations recorded by consent of one party — Proof of consent — Consenter not a witness — Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1) — Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50.

Evidence — Interception — Conversations intercepted by consent — Direct conversation — Telephone conversation — Admissibility — Voluntariness of consent — Proof of consent — Criminal Code, ss. 178.1, 178.11(2)(a), 178.16(1) — Protection of Privacy Act, 1973-74 (Can.), c. 50.

Appellant Goldman was acquitted on a charge of conspiracy with one Cremascoli (now deceased), one Dwyer, and others unknown, to possess counterfeit American money. The Crown case depended on the admission in evidence of recordings made by police of two conversations on May 20, 1976 between Dwyer and appellant. The first was a telephone conversation and the second a direct conversation during which Dwyer was fitted with a concealed device and from which transmissions were recorded by the police who were some distance away. Dwyer, arrested in the U.S., was found to be in possession of counterfeit U.S. money and to avoid serious punishment agreed to assist the police. He was brought to Canada and gave a consent in writing to the interception of his conversations with Goldman. After completing his part in the matter he returned to the U.S. and has not since been seen by agents of the Crown. Dwyer was not called as a witness at the trial and after a lengthy *voir dire* the trial judge refused to admit the evidence. The judge concluded that Dwyer had given *bona fide* consent to the interception but also that the interceptions having been made without judicial authority were not lawfully made within s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code* and therefore, that since Dwyer's consent did not include a consent to the admission of evidence under s. 178.16(1)(b), the evi-

Gordon David Goldman *Appellant;*
et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1979: 14 mars; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Complot pour possession de monnaie contrefaite — Preuve — Admissibilité — Conversations enregistrées du consentement d'une partie — Preuve du consentement — Celui qui consent n'est pas un témoin — Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) — Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50.

Preuve — Interception — Conversations interceptées de consentement — Conversation en personne — Conversation téléphonique — Admissibilité — Caractère volontaire du consentement — Preuve du consentement — Code criminel, art. 178.1, 178.11(2)a), 178.16(1) — Loi sur la protection de la vie privée, 1973-74 (Can.), chap. 50.

L'appelant Goldman a été acquitté d'une accusation de complot avec un nommé Cremascoli (maintenant décédé), un nommé Dwyer, et d'autres personnes inconnues, pour possession de monnaie américaine contrefaite. La preuve de la poursuite dépend de l'admission d'enregistrements que la police a faits de deux conversations entre Dwyer et l'appelant le 20 mai 1976. La première est une conversation téléphonique et la seconde, une conversation en personne pendant laquelle Dwyer portait, dissimulé sur sa personne, un dispositif dont les émissions ont été enregistrées par la police qui se tenait à quelque distance. Dwyer, arrêté aux É.-U., a été trouvé en possession de monnaie américaine contrefaite et pour éviter une lourde peine, a donné son consentement écrit à ce que la police intercepte ses conversations avec Goldman. Une fois son rôle rempli, il est retourné aux É.-U. et n'a pas été vu depuis par les représentants du ministère public. Dwyer n'a pas témoigné au procès et après un long *voir dire*, le juge du procès a refusé d'admettre la preuve. Le juge a conclu que Dwyer avait donné un consentement valide à l'interception, mais aussi que les interceptions, faites sans autorisation judiciaire, n'étaient pas faites légalement au sens de l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel*; il a donc décidé que, comme le consentement de Dwyer ne comprenait pas son consentement à l'admission en preuve

dence was excluded. The Court of Appeal however accepted the trial judge's finding as to the nature of Dwyer's consent, but held that such consent made the interception lawful and that the evidence was admissible under s. 178.16(1)(a). A new trial was accordingly ordered.

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

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: In addition to its submissions on the points raised by the appellant the Crown argued that the intercepted conversations were not private communications within the meaning of s. 178.1 of the *Criminal Code* because Dwyer, who originated them, had consented to and knew of the interception and that accordingly Part IV.1 of the *Code* did not apply and the conversations were admissible under the common law rules of evidence. The point was not argued at trial and not decided by the Court of Appeal which relied on other grounds for its decision. Once under the definition of "private communication", it is the originator's state of mind that is decisive. If Dwyer was the sole originator of the communications then they were not private within the terms of the *Protection of Privacy Act* and they would not be subject to the terms of Part IV.1 of the *Criminal Code*. There is however the distinction that the *Code* speaks of a "private communication" and not of a "private conversation". It would be an over simplification to say that, in the case of a telephone conversation, the "originator of the private communication" is the person who made the call; or that in the case of a direct conversation the originator was either the arranger of the meeting or the person who made the first remark. Conversation is the broader term and includes an interchange of a series of communications. It is consistent with the scheme of Part IV.1 to consider that the originator of a private communication (under s. 178.1) is the person who makes the remark or series of remarks which the Crown seeks to adduce in evidence. Such a person, speaking with a reasonable expectation of privacy, who makes statements in an electronically intercepted conversation, has, as the originator of them, the protection of the privacy provisions of the *Criminal Code*. The admissibility of the statements at any subsequent trial will depend on Part IV.1 of the *Code*. To the extent that the conversations in this appeal were originated by the appellant they were private under the Act.

While there had been no judicial authorization for the interceptions and the Crown relied solely on a consent to intercept under s. 178.11(2)(a), it is clear, first, that

exigé à l'al. 178.16(1)b), la preuve n'a pas été admise. La Cour d'appel a cependant accepté la conclusion du juge du procès quant à la nature du consentement de Dwyer, mais elle a statué que pareil consentement rendait l'interception légale et que la preuve était admissible en vertu de l'al. 178.16(1)a). Un nouveau procès a par conséquent été ordonné.

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

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: En plus des arguments qu'il a soumis sur les points soulevés par l'appelant, le ministère public a fait valoir que les conversations interceptées n'étaient pas des communications privées au sens de l'art. 178.1 du *Code criminel* parce que Dwyer, qui en était l'auteur, avait consenti à l'interception et était au courant de celle-ci; par conséquent, la Partie IV.1 du *Code* ne s'applique pas et les conversations sont admissibles selon les règles de preuve de *common law*. On n'a pas plaidé ce point au procès et la Cour d'appel ne l'a pas tranché parce qu'elle a fondé sa décision sur d'autres motifs. Selon la définition de «communication privée», c'est l'état d'esprit de l'auteur qui est décisif. Si Dwyer était l'unique auteur des communications, alors celles-ci n'étaient pas privées aux termes de la *Loi sur la protection de la vie privée* et elles ne seraient pas soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. Il y a cependant le fait que le *Code* parle d'une «communication privée» et non d'une «conversation privée». Ce serait trop simplifier de dire, dans le cas d'une conversation téléphonique, que l'«auteur de la communication privée» est la personne qui a appelé, ou, dans le cas d'une conversation en personne, que l'auteur est soit celui qui a organisé la rencontre soit celui qui a prononcé les premiers mots. Le terme conversation est plus large et inclut l'échange d'une série de communications. Considérer que l'auteur d'une communication privée (au sens de l'art. 178.1) est la personne qui fait la remarque ou série de remarques que le ministère public cherche à produire en preuve est compatible avec l'économie de la Partie IV.1. Pareille personne, qui peut raisonnablement s'attendre à une certaine intimité et qui fait des déclarations au cours d'une conversation interceptée électroniquement, bénéficie, comme auteur, des dispositions de protection de la vie privée du *Code criminel*. L'admissibilité des déclarations à un procès subséquent sera soumise à la Partie IV.1 du *Code*. Dans la mesure où l'appelant est l'auteur des conversations dans ce pourvoi, elles étaient privées au sens de la Loi.

Bien qu'aucune autorisation judiciaire des interceptions n'ait été accordée et que le ministère public se soit appuyé uniquement sur un consentement à l'interception

prior to the passing of the *Protection of Privacy Act* interceptions such as these were lawful and further that the only *Criminal Code* provision which could render them unlawful is s. 178.11(1). Subsection (2) of s. 178.11 excepts from the strictures of subs. (1) an interception by consent. A consent interception under s. 178.11(2) is thus unaffected by subs. (1) and remains lawful. The interceptions here, if made with a valid consent, would be lawful under s. 178.16(1) and evidence thereof admissible.

The courts below did not err in their determination of what constituted consent. Consent must be voluntary (*i.e.* free from coercion) and made knowingly, with an awareness of the significance of the consent. On the evidence here the consent was valid and legally effective.

Finally the admission of the signed consent of Dwyer did not contravene the hearsay rule—Dwyer not having been called to give evidence at the trial. The consent in question [under s. 178.11(2)(a)] may be express or implied and on the evidence the Crown properly discharged the onus upon it and raised a clear implication of consent.

Per Laskin C.J., dissenting: In *Rosen v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961, the point was made in dissent that the *ex post facto* consent given in that case to make conversations with the accused admissible against him, being procured by the Crown by a promise of benefit, was not voluntary. If that dissent was right on this point, the present case is *a fortiori*. Once an improper inducement is established any confession that follows is tainted and inadmissible in evidence. Such a fundamental question as the voluntariness of a consent cannot be avoided by calling it a question of fact. The confession cases do not support the position that notwithstanding a threat or fear of prejudice, or promise of benefit or advantage, there may still be a finding of voluntariness as being one of fact. The proper construction of the definition of "private communication" and the meaning of "originator" should be left open.

[*R. v. Miller & Thomas (No. 1)* (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (B.C. Co. Ct.); *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388; *Ibrahim v. The Queen*, [1914] A.C. 599; *Rosen v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961, referred to.]

donné en vertu de l'al. 178.11(2)a), il est clair qu'avant l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée*, des interceptions comme celles-ci étaient légales et de plus, que la seule disposition du *Code criminel* qui peut les rendre illégales est le par. 178.11(1). Le paragraphe 178.11(2) soustrait aux exigences du par. (1) une interception avec consentement, laquelle, en vertu du par. 178.11(2), n'est donc pas touchée par le par. (1) et demeure légale. Si les interceptions en l'espèce ont été faites avec un consentement valide, elles sont légales au sens du par. 178.16(1) et la preuve en est admissible.

Les cours d'instance inférieure n'ont pas erré sur ce qui constitue un consentement. Celui-ci doit être volontaire (c.-à-d. libre de contrainte) et donné sciemment, avec prise de conscience de l'importance de l'acte. Compte tenu de la preuve ici, le consentement était valide et juridiquement bon.

Finalement, l'admission du consentement signé de Dwyer ne contrevient pas à la règle du ouï-dire—Dwyer n'a pas été cité comme témoin au procès. Le consentement en question [en vertu de l'al. 178.11(2)a)] peut être exprès ou tacite et d'après l'ensemble de la preuve, il appert que le ministère public s'est correctement acquitté de la charge de la preuve et a fait ressortir clairement un consentement par implication.

Le juge en chef Laskin, dissident: Dans l'affaire *Rosen c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961, il a été établi, en dissidence, que le consentement *ex post facto* donné dans cette affaire-là pour rendre les conversations avec l'accusé admissibles contre lui, consentement obtenu par le ministère public au moyen d'une promesse d'avantage, n'était pas volontaire. Si cette dissidence est juste sur ce point, il en est de même *a fortiori* dans le présent pourvoi. Une fois qu'une incitation illégale a été établie, toute confession qui suit est viciée et inadmissible en preuve. Il est impossible d'éviter une question aussi fondamentale que celle du caractère volontaire d'un consentement en la qualifiant de question de fait. Les décisions en matière de confession n'appuient pas la proposition que nonobstant une menace ou la crainte d'un préjudice, ou la promesse d'un bénéfice ou avantage, il est encore possible de conclure que le caractère volontaire est une question de fait. La question de l'interprétation correcte de la définition de «communication privée» et le sens d'«auteur» est laissée en suspens.

[*Jurisprudence: R. v. Miller & Thomas (No. 1)* (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (C. comté C.-B.); *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388; *Ibrahim v. The Queen*, [1914] A.C. 599; *Rosen c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal against an acquittal on a charge of conspiracy, with others, to pass counterfeit money. Appeal dismissed, Laskin C.J. dissenting.

Earl J. Levy, Q.C., for the appellant.

David Watt, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—In my reasons in *Rosen v. The Queen*², which are being issued concurrently with the reasons that now follow in this case, I took the point, as a decisive ground for ordering a new trial, that the *ex post facto* consent given in the *Rosen* case to make conversations with the accused admissible against him, being procured by the Crown by a promise of benefit, was not voluntary. The conversations were, therefore, not admissible. If I was right on this point in the *Rosen* case then, in the present case, it is *a fortiori*.

Whereas in *Rosen* there was an illegally intercepted communication and the *ex post facto* consent was intended to make it admissible in evidence, here the promise of leniency to one Dwyer (who was found in possession of counterfeit bills) preceded the recording of any conversation with the appellant Goldman. In reliance on the promise of leniency, Dwyer proceeded to co-operate with the police who, having his written consent, intercepted a telephone conversation and also a face-to-face conversation during which Dwyer wore a concealed body pack. The distinction taken by my brother McIntyre (in refusing to adapt the confession rule to privacy cases) between an inculpatory statement induced by a promise of benefit held out by a person in authority and an already intercepted communication does not apply in the present case.

¹ (1977), 1 C.R. (3d) 257, 38 C.C.C. (2d) 212 *sub. nom. R. v. Cremascoli and Goldman*.

² [1980] 1 S.C.R. 961.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli un appel interjeté de l'acquittement d'une accusation de complot, avec d'autres personnes, pour possession de monnaie contrefaite. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin étant dissident.

Earl J. Levy, c.r., pour l'appelant.

David Watt, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Dans mes motifs dans l'affaire *Rosen c. La Reine*², rendus en même temps que ceux dans le présent pourvoi, j'ai conclu que le consentement *ex post facto* donné dans cette affaire-là pour rendre les conversations avec l'accusé admissibles contre lui, consentement obtenu par le ministère public au moyen d'une promesse d'avantage, n'était pas volontaire et que c'était là un motif décisif pour ordonner un nouveau procès. Les conversations n'étaient donc pas admissibles. Si j'ai raison sur ce point dans l'affaire *Rosen*, *a fortiori* en est-il de même en l'espèce.

Alors que dans l'affaire *Rosen*, le consentement *ex post facto* devait rendre admissible en preuve une conversation interceptée illégalement, en l'espèce la promesse d'indulgence à un nommé Dwyer (qui a été trouvé en possession de billets contrefaits) a précédé l'enregistrement d'une conversation avec l'appelant Goldman. Se fondant sur cette promesse d'indulgence, Dwyer a coopéré avec la police, qui, avec son consentement écrit, a intercepté une conversation téléphonique ainsi qu'une conversation en personne pendant laquelle Dwyer portait un micro-émetteur dissimulé. La distinction qu'a faite mon collègue McIntyre (en refusant d'adapter la règle applicable à une confession aux affaires de protection de la vie privée) entre une déclaration incriminante obtenue par la promesse d'un avantage faite par une personne ayant autorité et une communication déjà interceptée ne s'applique pas en l'espèce.

¹ (1977), 1 C.R. (3d) 257, 38 C.C.C. (2d) 212 *sub. nom. R. v. Cremascoli and Goldman*.

² [1980] 1 R.C.S. 961.

True, there may be a formal similarity in the two situations, but where the promise of benefit or fear of prejudice, as the case may be, induces a person in Dwyer's position to initiate a private communication with an accused which is going to be intercepted by the police, there is the likelihood of leading the accused into damaging statements in order to redeem the promise of benefit or avoid any likely prejudice. It must be remembered that in this case Dwyer, after completing his assignment for the police, went back to the United States and was not available to give evidence at Goldman's trial.

To repeat, if I was correct in *Rosen*, the present case is *a fortiori*. Moreover, I am unable to appreciate how such a fundamental question as the voluntariness of a consent can be avoided by calling it a question of fact. The confession cases do not, in my opinion, support the position that notwithstanding a threat or fear of prejudice, or promise of benefit of advantage, there may still be a finding of voluntariness as being one of fact. Once an improper inducement is established, any confession that follows is tainted and is inadmissible in evidence: see Kaufman, *Admissibility of Confessions* (2nd ed. 1973), c. 5, at pp. 70 *et seq.*

Although this is enough to dispose of the present case (in which I would set aside the order for a new trial by the Ontario Court of Appeal and restore the acquittal at trial), there are other important questions here which merit canvass. In *Rosen*, I was content to proceed on the assumption that the phrase "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) covered both judicially authorized interceptions and interceptions made with prior consent, leaving s. 178.16(1)(b) as a provision envisaging *ex post facto* consent to admission in evidence of an interception that was originally illegal. I am not prepared to rest on this assumption in this case. In my opinion, there is at least ambiguity in the words "lawfully made", and good ground for resolving it in favour of the policy of protection of privacy.

Il est vrai que les deux situations peuvent avoir une ressemblance théorique, mais lorsque la promesse d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, selon le cas, induit une personne dans la situation de Dwyer à prendre l'initiative d'une communication privée avec un accusé, laquelle sera interceptée par la police, il est probable que cette personne amènera l'accusé à faire des déclarations compromettantes afin de profiter de la promesse d'avantage ou d'éviter un préjudice probable. Il faut se rappeler qu'en l'espèce, après avoir rempli son rôle pour la police, Dwyer est retourné aux États-Unis et n'était pas présent pour témoigner au procès de Goldman.

Je répète que si j'ai raison dans l'affaire *Rosen*, il en est de même *a fortiori* dans le présent pourvoi. De plus, je ne vois pas comment il est possible d'éviter une question aussi fondamentale que celle du caractère volontaire d'un consentement en la qualifiant de question de fait. Les décisions en matière de confession n'appuient pas, à mon avis, la proposition que nonobstant une menace ou la crainte d'un préjudice, ou la promesse d'un bénéfice ou avantage, il est encore possible de conclure que le caractère volontaire est une question de fait. Une fois qu'une incitation illégale a été établie, toute confession qui suit est viciée et inadmissible en preuve. Voir Kaufman, *Admissibility of Confessions* (2^e éd. 1973), chap. 5, aux pp. 70 et suiv.

Bien que cela suffise pour trancher le présent pourvoi (dans lequel je suis d'avis d'infirmer la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, d'ordonner un nouveau procès et de rétablir l'acquittement prononcé au procès), d'autres questions importantes en l'espèce méritent d'être examinées. Dans *Rosen*, je me suis contenté de présumer que l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a englobait tant les interceptions autorisées judiciairement que celles faites avec un consentement préalable, ce qui laissait l'al. 178.16(1)b pour le cas du consentement *ex post facto* à l'admission en preuve d'une interception illégale à l'origine. Je ne suis pas disposé à me contenter de cette présomption en l'espèce. A mon avis, l'expression «faite légalement» est à tout le moins ambiguë, et il y a de bonnes raisons de l'interpréter dans le sens de la protection de la vie privée.

The present *Criminal Code* provisions with which we are concerned originated in the *Protection of Privacy Act*, 1973-1974 (Can.), c. 50, an Act which not only added a new Part IV.1 to the *Criminal Code* under the heading "Invasion of Privacy", but as well a new Part I.1 to the *Crown Liability Act*, also headed "Invasion of Privacy" and also amended the *Official Secrets Act* to authorize the Solicitor General to issue warrants for intercepting communications where evidence under oath satisfied him that the interception was necessary for the prevention or detection of subversive activity or necessary to safeguard the security of Canada. The amendment went on to specify the contents of a warrant so issued.

It is by no means clear to me that prior to the passing of the *Protection of Privacy Act* interceptions such as those made here were lawful. They were at least civil trespasses or invasions of privacy, although, in line with the common law, the fruits of the interceptions were, if relevant to an issue in a criminal trial, admissible in evidence. If the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) mean simply not prohibited by law then, of course, they would cover interceptions made with prior consent as well as those made through judicial authorization.

I set out here the relevant provisions of the *Criminal Code* which give perspective to the view that I hold of the words "lawfully made". They are as follows:

178.1 In this Part,

"authorization" means an authorization to intercept a private communication given under section 178.13 or subsection 178.15(2);

"private communication" means any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it;

Les dispositions actuelles du *Code criminel* qui nous intéressent ont leur origine dans la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-1974 (Can.), chap. 50, une loi qui a ajouté non seulement une nouvelle Partie IV.1 au *Code criminel* sous le titre «Atteintes à la vie privée», mais aussi une nouvelle Partie I.1 à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, également intitulée «Atteintes à la vie privée» et qui a aussi modifié la *Loi sur les secrets officiels* pour autoriser le solliciteur général à décerner des mandats pour intercepter des communications s'il est convaincu, en se fondant sur une preuve faite sous serment, que l'interception est nécessaire pour prévenir ou dépister une activité subversive ou nécessaire pour sauvegarder la sécurité du Canada. La modification précise ensuite le contenu d'un mandat ainsi décerné.

Il est loin d'être clair pour moi qu'avant l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée* des interceptions comme celles en cause en l'espèce étaient légales. Elles étaient à tout le moins des délits civils ou des atteintes à la vie privée, bien que, conformément à la *common law*, les fruits de l'interception aient été admissibles en preuve, s'ils étaient pertinents à une question dans un procès criminel. Si l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) signifie seulement non prohibée par la loi, elle englobera bien sûr les interceptions faites avec un consentement préalable de même que celles faites avec une autorisation judiciaire.

Voici les dispositions pertinentes du *Code Criminel* qui placent mon interprétation de l'expression «faite légalement» dans son contexte:

178.1 Dans la présente Partie,

«autorisation» signifie une autorisation d'intercepter une communication privée donnée en vertu de l'article 178.13 ou du paragraphe 178.15(2);

«communication privée» désigne toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine;

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

(2) Subsection (1) does not apply to

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

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

(c) a person engaged in providing a telephone, telegraph or other communication service to the public who intercepts a private communication,

(i) if such interception is necessary for the purpose of providing such service,

(ii) in the course of service observing or random monitoring necessary for the purpose of mechanical or service quality control checks, or

(iii) if such interception is necessary to protect the person's rights or property directly related to providing such service; or

(d) an officer or servant of Her Majesty in right of Canada in respect of a private communication intercepted by him in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

(3) Where a private communication is originated by more than one person or is intended by the originator thereof to be received by more than one person, a consent to the interception thereof by any one of such persons is sufficient for the purposes of paragraph (2)(a), subsection 178.16(1) and subsection 178.2(1).

178.12 An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482 and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by

(a) the Solicitor General of Canada personally, if the offence under investigation is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted at the instance

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

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

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

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

c) à une personne qui fournit au public un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autre et qui intercepte une communication privée,

(i) si cette interception est nécessaire pour la fourniture de ce service,

(ii) à l'occasion de la surveillance du service ou d'un contrôle au hasard nécessaire pour les vérifications mécaniques ou la vérification de la qualité du service, ou

(iii) si cette interception est nécessaire pour protéger ses droits ou biens directement liés à la fourniture d'un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres; ou

d) à un fonctionnaire ou à un préposé de Sa Majesté du chef du Canada, pour une communication privée qu'il a interceptée à l'occasion d'un contrôle au hasard qui est nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

(3) Lorsqu'une communication privée a pour auteurs plus d'une personne ou que son auteur la destine à plus d'une personne, il suffit, aux fins de l'alinéa (2)a), du paragraphe 178.16(1) et du paragraphe 178.2(1), que l'une quelconque de ces personnes consente à son interception.

178.12 Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge défini à l'article 482, et être signée par le procureur général de la province où la demande est présentée ou par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins du présent article par

a) le solliciteur général du Canada lui-même, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant,

of the Government of Canada and conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, or

(b) the Attorney General of a province personally, in respect of any other offence in that province,

and shall be accompanied by an affidavit which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

(c) the facts relied upon to justify the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence;

(d) the type of private communication proposed to be intercepted;

(e) the names and addresses, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, and if not known, a general description of the place at which private communications are proposed to be intercepted or, if a general description of that place cannot be given, a general description of the manner of interception proposed to be used;

(f) the period for which the authorization is requested; and

(g) whether other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears they are unlikely to succeed or that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures. 1973, c. 50, s. 2.

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied that it would be in the best interests of the administration of justice to do so and that

(a) other investigative procedures have been tried and have failed;

(b) other investigative procedures are unlikely to succeed; and

(c) the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

(2) An authorization shall

(a) state the offence in respect of which private communications may be intercepted;

(b) state the type of private communication that may be intercepted;

être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom, ou

b) le procureur général d'une province lui-même, pour toute autre infraction se situant dans cette province,

et il doit y être joint une déclaration assermentée d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être faite sur la foi de renseignements tenus pour vérifi-ques et indiquant ce qui suit:

c) les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu'à son avis il y a lieu d'accorder une autorisation, ainsi que les détails relatifs à l'infraction;

d) le genre de communication privée que l'on se propose d'intercepter;

e) les noms et adresses, s'ils sont connus, de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonna-bles et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et, s'ils ne sont pas connus, une description générale du lieu où l'on se propose d'intercepter les communica-tions privées ou, si l'on ne peut donner une description générale de ce lieu, une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

f) la période pour laquelle l'autorisation est demandée; et

g) si d'autres méthodes d'enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant donné l'urgence de l'affaire, il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'admi-nistration de la justice et que

a) d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué;

b) les autres méthodes d'enquête ont peu de chance de succès; ou

c) l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

(2) Une autorisation doit

a) indiquer l'infraction relativement à laquelle des communications privées pourront être interceptées;

b) indiquer le genre de communication privée qui pourra être interceptée;

- (c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted and where the identity of such persons is not known, generally describe the place at which private communications may be intercepted or, if a general description of that place cannot be given, generally describe the manner of interception that may be used;
- (d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; and
- (e) be valid for the period, not exceeding thirty days, set forth therein.

178.15 (1) Notwithstanding section 178.12, an application for an authorization may be made *ex parte* to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482, designated from time to time by the Chief Justice, by a peace officer specially designated in writing for the purposes of this section by

- (a) the Solicitor General of Canada, if the offence is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted by the Government of Canada and conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, or
- (b) the Attorney General of a province, in respect of any other offence in the province,

if the urgency of the situation requires interception of private communications to commence before an authorization could, with reasonable diligence, be obtained under section 178.13.

(2) Where the judge to whom an application is made pursuant to subsection (1) is satisfied that the urgency of the situation requires that interception of private communications commence before an authorization could, with reasonable diligence, be obtained pursuant to section 178.13, he may, on such terms and conditions, if any, as he considers advisable, give an authorization in writing for a period of up to thirty-six hours.

(3) For the purposes of section 178.16 only, an interception of a private communication in accordance with an authorization given pursuant to this section shall be deemed not to have been lawfully made unless the judge who gave the authorization or, if such judge is unable to act, a judge of the same jurisdiction, certifies that if the application for the authorization had been made to him pursuant to section 178.12 he would have given the authorization.

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly

- c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées et, lorsque l'identité de ces personnes n'est pas connue, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées ou s'il est impossible de donner une description générale de ce lieu, la façon dont elles pourront l'être;
- d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public; et
- e) être valide pour la période de trente jours au plus qui y est indiquée.

178.15 (1) Nonobstant l'article 178.12, une demande d'autorisation peut être présentée *ex parte* à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou à un juge défini à l'article 482, désigné par le juge en chef, à l'occasion, par un agent de la paix spécialement désigné par écrit aux fins du présent article par

- a) le solliciteur général du Canada, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant, être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom, ou
- b) le procureur général d'une province, pour toute autre infraction se situant dans cette province,

si l'urgence de la situation exige que l'interception de communications privées commence avant qu'il soit possible, avec toute la diligence raisonnable, d'obtenir une autorisation en vertu de l'article 178.13.

(2) Lorsque le juge auquel une demande est présentée en application du paragraphe (1) est convaincu que l'urgence de la situation exige que l'interception de communications privées commence avant qu'il soit possible, avec toute la diligence raisonnable, d'obtenir une autorisation en vertu de l'article 178.13, il peut, selon les modalités qu'il estime à propos le cas échéant, donner une autorisation par écrit pour une période de trente-six heures.

(3) Aux fins de l'article 178.16 seulement l'interception d'une communication privée en conformité d'une autorisation donnée en application du présent article est censée ne pas avoir été légalement faite à moins que le juge qui a donné cette autorisation ou, en cas d'empêchement de ce juge, un juge de la même juridiction, ne certifie que, si une demande d'autorisation lui avait été présentée en application de l'article 178.12, il aurait donné l'autorisation demandée.

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirecte-

as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

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

(2) Where in any proceedings the judge is of the opinion that any private communication or any other evidence that is inadmissible pursuant to subsection (1)

- (a) is relevant, and
- (b) is inadmissible by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure, not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization under which such private communication was intercepted or by means of which such evidence was obtained, or
- (c) that, in the case of evidence, other than the private communication itself, to exclude it as evidence may result in justice not being done.

he may, notwithstanding subsection (1), admit such private communication or evidence as evidence in such proceedings.

(4) A private communication that has been lawfully intercepted shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of his intention together with

- (a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting forth full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and
- (b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

I refer also to provisions of the *Crown Liability Act* as added by the *Protection of Privacy Act*, these being,

7.1 In this Part,

“authorization” means an authorization to intercept a private communication given under section 178.13 of the *Criminal Code*;

ment grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

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

(2) Lorsque, au cours de quelque procédure, le juge est d'avis qu'une communication privée ou autre preuve inadmissible aux termes du paragraphe (1)

- a) est pertinente, et
- b) est inadmissible uniquement à cause d'un défaut de forme ou d'une irrégularité dans la procédure, lorsqu'il ne s'agit pas d'un défaut ou d'une irrégularité de fond, dans la demande ou l'émission de l'autorisation en vertu de laquelle cette communication privée a été interceptée ou au moyen de laquelle cette preuve a été obtenue, ou
- c) que, dans le cas d'une preuve, à l'exception de la communication privée elle-même, son exclusion peut empêcher que justice soit rendue,

il peut, nonobstant le paragraphe (1), admettre en preuve cette communication privée ou cette preuve dans cette procédure.

(4) Une communication privée qui a été légalement interceptée ne doit être admise en preuve que si la partie qui a l'intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné

- a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix; et
- b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

Je renvoie aussi aux dispositions suivantes de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* ajoutées par la *Loi sur la protection de la vie privée*:

7.1 Dans la présente Partie,

«autorisation» signifie une autorisation d'intercepter une communication privée donnée en vertu de l'article 178.13 du *Code criminel*;

7.2 (1) Subject to subsection (2), where a servant of the Crown, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, intentionally intercepts a private communication, in the course of his employment, the Crown is liable for all loss or damage caused by or attributable to such interception, and for punitive damages in an amount not exceeding \$5,000, to each person who incurred such loss or damage.

(2) The Crown is not liable under subsection (1) for loss or damage or punitive damages referred to therein where the interception complained of

(a) was lawfully made;

(b) was made with the consent, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it; or

(c) was made by an officer or servant of the Crown in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

7.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'un préposé de la Couronne, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte intentionnellement une communication privée dans l'exercice de ses fonctions, la Couronne est responsable de la totalité des pertes ou dommages causés par cette interception ou qui lui sont attribuables, et de dommages-intérêts punitifs n'excédant pas \$5,000 envers chaque personne qui a subi ces pertes ou dommages.

(2) La Couronne n'est pas responsable, en vertu du paragraphe (1), des pertes ou dommages ni des dommages-intérêts punitifs y mentionnés lorsque l'interception ayant fait l'objet de la plainte

a) a été légalement faite;

b) a été faite avec le consentement, exprès ou tacite, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destinait; ou

c) a été faite par un fonctionnaire ou préposé de la Couronne à l'occasion d'un contrôle au hasard nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

The tort liability imposed upon the Crown by s. 7.2(1) above parallels the criminal liability imposed by s. 178.11(1) of the *Criminal Code*, but in each case there are qualifying or saving provisions found in s. 7.2(2) and s. 178.11(2) respectively. The qualification of tort liability under s. 7.2(2)(a) where the interception was "lawfully made" necessarily excludes express or implied consent to an interception since this is provided for under s. 7.2(2)(b), being in the same wording as s. 178.11(1)(b) of the *Criminal Code*. So too, s. 7.2(2)(c) is a particular saving provision which again limits the meaning of "lawfully made" in s. 7.2(2)(a). It appears to me to follow that the words "lawfully made" refer to a judicial authorization, having regard to the fact that "authorization" is defined in s. 7.1 of the amended *Crown Liability Act* by reference to the definition of this word in s. 178.13 of the *Criminal Code*. The way in which the *Criminal Code* amendments and those in the *Crown Liability Act* are tied together strongly supports the conclusion that the same construction should be placed upon the words "lawfully made" in both statutes.

La responsabilité délictuelle que le par. 7.2(1) impose à Sa Majesté est le parallèle de la responsabilité criminelle qu'impose le par. 178.11(1) du *Code criminel*, mais dans chaque cas il y a des réserves ou des exonérations aux par. 7.2(2) et 178.11(2), respectivement. L'exonération de la responsabilité délictuelle en vertu de l'al. 7.2(2)a) quand l'interception a été «léggalement faite» exclut nécessairement un consentement exprès ou tacite à une interception puisque ce cas relève de l'al. 7.2(2)b) dont les termes sont identiques à ceux de l'al. 178.11(1)b) du *Code criminel*. L'alinéa 7.2(2)c) apporte aussi une réserve particulière qui limite le sens de l'expression «léggalement faite» à l'al. 7.2(2)a). Il s'ensuit à mon avis que l'expression «léggalement faite» se rapporte à une autorisation judiciaire, compte tenu du fait que l'art. 7.1 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, modifiée, définit «autorisation» par renvoi à la définition de ce terme à l'art. 178.13 du *Code criminel*. La façon dont les modifications au *Code criminel* et celles à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* sont reliées appuie fortement la conclusion que la même interprétation doit être donnée à l'expression «léggalement faite» dans les deux lois.

Even if reference is had to the *Criminal Code* amendments alone, their context under the *Protection of Privacy Act* points to a difference between interceptions that, because of judicial authorization, are "lawfully made" and those that are made with consent. This difference is reflected in s. 178.15(3) as well as in s. 178.16(2)(b). Thus, s. 178.15(3) opens with the words "For the purposes of s. 178.16 only, an interception of a private communication in accordance with an authorization given pursuant to this section shall be deemed not to have been lawfully made unless . . .", and the provisions of s. 178.16(2)(b) referring to defects in form of an authorization, are consistent with the view that "lawfully made" refers to judicial authorization. They cannot have any application to interceptions under s. 178.11(2)(a) or to those permitted for the limited purposes of s. 178.11(2)(c) and (d). Again, the notice provisions of s. 178.16(4) bear a similarity to the information that must be included in an authorization under s. 178.13 and thus reinforce my view that s. 178.16(1)(a) applies only to judicial authorization of an interception.

In my opinion, s. 178.16, in the light of the elaborate controls set up under ss. 178.11 to 178.14 was designed to protect privacy of communication by altering the common law rule as to admission of illegally obtained evidence, so that even if collaboration with the police resulted under s. 178.11(2)(a), this did not *ipso facto* make the evidence obtained by a consensual interception admissible without a further consent under s. 178.16(1)(b). I do not agree that the legislation under examination is sufficiently clear to warrant the conclusion that a consent under s. 178.11(2)(a) dispenses with any further consent in relation to admissibility. Indeed, s. 178.16(2) reinforces this position.

In principle, I see a vast difference between a judicial authorization for an interception which, at the same time, would make its fruits admissible in evidence and a prior consent by a private person to

Même si l'on examine seulement les modifications apportées au *Code criminel*, leur contexte dans la *Loi sur la protection de la vie privée* indique une différence entre les interceptions qui, à cause d'une autorisation judiciaire, sont «faites légalement» et celles qui sont faites avec un consentement. Cette différence se manifeste dans le par. 178.15(3) de même que dans l'al. 178.16(2)b). Le paragraphe 178.15(3) commence avec la phrase «Aux fins de l'art. 178.16 seulement, l'interception d'une communication privée en conformité d'une autorisation donnée en application du présent article est censée ne pas avoir été légalement faite à moins que . . .», et les dispositions de l'al. 178.16(2)b) qui se rapportent aux défauts de forme d'une autorisation sont compatibles avec l'opinion que l'expression «faite légalement» se rapporte à une autorisation judiciaire. Elles ne peuvent s'appliquer aux interceptions faites en vertu de l'al. 178.11(2)a) ou à celles permises aux fins limitées des al. 178.11(2)c)et d). Ici encore, les dispositions du par. 178.16(4) sur le préavis sont semblables à celles sur les indications que doit contenir une autorisation en vertu de l'art. 178.13 et ainsi renforcent mon opinion que l'al. 178.16(1)a) ne s'applique qu'à l'autorisation judiciaire d'une interception.

A mon avis, compte tenu des contrôles détaillés établis par les art. 178.11 à 178.14, l'art. 178.16 était destiné à protéger le caractère privé des communications en modifiant la règle de *common law* relative à l'admission d'une preuve obtenue illégalement; ainsi, même s'il y a collaboration avec la police en vertu de l'art. 178.11(2)a), la preuve découlant d'une interception obtenue avec consentement ne devient pas *ipso facto* admissible sans un consentement additionnel en vertu de l'al. 178.16(1)b). Je ne partage pas l'opinion que la loi en cause est suffisamment claire pour justifier la conclusion qu'un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) dispense de tout autre consentement relativement à l'admissibilité. En fait, le par. 178.16(2) renforce cette position.

Je vois une vaste différence de principe entre une autorisation judiciaire d'une interception qui, en même temps, rendrait ses fruits admissibles en preuve, et le consentement préalable d'une per-

an interception destroying another's expected privacy. Of course, Parliament could prescribe that for the purpose of admissibility in evidence both situations be treated the same way. It has not, however, done so with the clarity that should be present to enable A., by consenting to an interception of private communications with B., to make those communications admissible without more against B. It is not only that one may distinguish the positive words "lawfully made" from the excepting terms of s. 178.11(2)(a) (framed in the negative), but there are the other indications of a difference running through the various sections that I have quoted, sufficient to establish an ambiguity in s. 178.16(1)(a) and to support subject matter in a requirement of a further consent under s. 178.16(1)(b).

The two points I have taken are enough to dispose of this case and I leave for consideration on another occasion the admissibility in evidence of Dwyer's signed consent when he himself was not available as a witness. Again, I leave open the question of the proper constitution of the definition of "private communication", especially in respect of the meaning of "originator".

As I have previously indicated, I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal and restore the acquittal at trial.

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

MCINTYRE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario which allowed a Crown appeal against the acquittal of the appellant, sometimes referred to hereafter as Goldman, on a charge of conspiracy with one Cremascoli (now deceased), one Dwyer, and others unknown, to possess counterfeit American money. The Crown's case depended upon the admission in evidence of recordings made by the police of two conversations between the appellant and Dwyer on May 20, 1976. The first was a telephone conversation, and the second a direct conversation between Dwyer and the appellant during which Dwyer was fitted with a concealed body pack, transmissions

sonne à une interception, qui détruit le caractère privé auquel une autre peut s'attendre. Le Parlement pourrait évidemment prescrire qu'aux fins de l'admissibilité en preuve les deux situations soient traitées de la même façon. Cependant il ne l'a pas fait aussi clairement que cela serait nécessaire pour permettre que le consentement de A. à l'interception de communications privées avec B. les rende admissibles sans plus contre B. Non seulement, on peut distinguer les termes affirmatifs «faite légalement» des termes d'exception de l'al. 178.11(2)a (qui sont en forme négative), mais les autres indications d'une différence dans les divers articles que j'ai cités, suffisent à établir l'existence d'une ambiguïté dans l'al. 178.16(1)a et à fonder l'exigence d'un consentement additionnel en vertu de l'al. 178.16(1)b).

Les deux opinions que j'ai exprimées suffisent à trancher ce pourvoi et je laisse à une autre occasion l'examen de l'admissibilité en preuve du consentement signé par Dwyer alors qu'il n'était pas présent pour témoigner. Je ne me prononce pas non plus sur la question de l'interprétation correcte de la définition de «communication privée», notamment en ce qui concerne le sens d'«auteur».

Comme je l'ai déjà indiqué, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'acquittement prononcé au procès.

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

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'appelant, parfois ci-après appelé Goldman, d'une accusation de complot avec un nommé Cremascoli (maintenant décédé), un nommé Dwyer, et d'autres personnes inconnues, pour possession de monnaie américaine contrefaite. La preuve de la poursuite dépend de l'admission d'enregistrements que la police a faits de deux conversations entre l'appelant et Dwyer le 20 mai 1976. La première est une conversation téléphonique et la seconde, une conversation en personne entre Dwyer et l'appelant pendant

from which were recorded by the police who were some distance away.

Dwyer was arrested in the United States and found to be in possession of counterfeit United States money. To avoid serious punishment, he agreed to assist the police. He was brought to Canada and gave a consent in writing to the interception of his conversations with Goldman. After completing his part in the matter, he returned to the United States and has since not been seen by agents of the Crown. There is evidence, however, that he has been interviewed by representatives of the appellant.

The Crown tendered the evidence of intercepted conversations at Goldman's trial and a *voir dire* lasting some six days was held to determine the admissibility of such evidence. Dwyer was not called as a witness. The trial judge refused to admit the evidence. He considered that Dwyer had given a bona fide consent to the interception of the communications with Goldman free from any police coercion even though Dwyer was not present in court to give evidence before him. However, he also concluded that the interceptions, having been made without any judicial authorization, were not lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code*. He therefore concluded that they could not be admitted in evidence and, since Dwyer's consent to the interception did not include a consent to the admission of the evidence under s. 178.16(1)(b), it was excluded. The Crown adduced no other evidence except to prove the circumstances relating to the arrest of Dwyer and an acquittal resulted.

The Court of Appeal adopted a different view. It accepted the trial judge's finding as to the nature of the consent given by Dwyer, but it went further and held that the giving of such consent made the interception lawful. The evidence was therefore held to be admissible under s. 178.16(1)(a). The appeal was allowed and a new trial ordered.

laquelle Dwyer portait, dissimulé sur sa personne, un micro-émetteur dont les émissions ont été enregistrées par la police qui se tenait à quelque distance.

Dwyer avait été arrêté aux États-Unis et trouvé en possession de monnaie américaine contrefaite. Pour éviter une lourde peine, il a accepté d'aider la police. Il a été amené au Canada et a donné son consentement écrit à ce que la police intercepte ses conversations avec Goldman. Une fois son rôle rempli, il est retourné aux États-Unis et n'a pas été vu depuis par les représentants du ministère public. La preuve révèle cependant qu'il a été interviewé par ceux de l'appelant.

Au procès de Goldman le ministère public a produit des conversations interceptées et il y a eu un *voir dire* de quelque six jours pour décider de leur admissibilité en preuve. Dwyer n'a pas témoigné. Le juge du procès a refusé d'admettre la preuve. Il a estimé que Dwyer avait donné un consentement valide à l'interception des communications avec Goldman, libre de contrainte par la police bien que Dwyer n'ait pas témoigné devant lui. Cependant, il a aussi conclu que les interceptions, faites sans autorisation judiciaire, n'étaient pas faites légalement au sens de l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel*. Il a donc décidé qu'elles ne pouvaient être admises en preuve et comme le consentement de Dwyer à l'interception ne comprenait pas son consentement à l'admission en preuve exigé à l'al. 178.16(1)b), la preuve n'a pas été admise. Le ministère public n'a produit aucune autre preuve, sauf quant aux circonstances de l'arrestation de Dwyer; il y a donc eu acquittement.

La Cour d'appel a adopté une position différente. Elle a accepté la conclusion du juge du procès quant à la nature du consentement donné par Dwyer, mais elle est allée plus loin et a statué que pareil consentement rendait l'interception légale. Elle a donc décidé que la preuve était admissible en vertu de l'al. 178.16(1)a). La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès.

The appellant raised several grounds of appeal in this Court. To summarize, it was contended that the Court of Appeal was wrong in holding that an interception of a private communication is lawfully made under s. 178.16(1)(a) when made by a consent under s. 178.11(2)(a) and without judicial authorization; that it was wrong in its determination of what constitutes a valid consent under s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*; that it was wrong in holding that Dwyer did in fact consent to the interception; and that it was wrong in admitting in evidence a form of consent signed by Dwyer when he gave no evidence at trial. The Crown, in addition to its submissions on the points raised by the appellant, argued that the intercepted conversations were not private communications within the meaning of s. 178.1 of the *Criminal Code* because Dwyer, who originated them, had consented to and knew of the interception and consequently had no reasonable belief that the conversations would not be intercepted. Therefore, it was said, Part IV.1 of the *Criminal Code* did not apply and the conversations were admissible under common law rules of evidence. This point was not argued at trial. It was raised in the Court of Appeal but not decided because the court relied upon other grounds for its decision. Because of its importance in the case, I propose to deal with it at the outset.

Section 178.1 defines a "private communication" in these terms:

"private communication" means any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it;

Prior to the coming into effect of the *Protection of Privacy Act* in 1974 which amended the *Criminal Code* by the addition of Part IV.1, an intercepted communication of the kind described above was admissible in evidence, subject to established common law rules of evidence, without the statutory restrictions now found in Part IV.1 of the *Criminal Code* (ss. 178.1 and 178.11 to 178.22 inclusive). One effect of Part IV.1 was to break

L'appelant a fait valoir plusieurs moyens devant cette Cour. Pour résumer, il a prétendu que la Cour d'appel s'est trompée en statuant que l'interception d'une communication privée est faite légalement au sens de l'al. 178.16(1)a) lorsqu'elle est faite avec un consentement donné conformément à l'al. 178.11(2)a) et sans autorisation judiciaire; qu'elle s'est trompée sur ce qui constitue un consentement valide au sens de l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*; qu'elle s'est trompée en statuant que Dwyer avait en fait consenti à l'interception; et qu'elle s'est trompée en admettant en preuve un formulaire de consentement signé par Dwyer alors que ce dernier n'a pas témoigné au procès. En plus des arguments qu'il a soumis sur les points soulevés par l'appelant, le ministère public a fait valoir que les conversations interceptées n'étaient pas des communications privées au sens de l'art. 178.1 du *Code criminel* parce que Dwyer, qui en était l'auteur, avait consenti à l'interception et était au courant de celle-ci et en conséquence ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les conversations ne soient pas interceptées. En conséquence, a-t-on dit, la Partie IV.1 du *Code criminel* ne s'applique pas et les conversations sont admissibles selon les règles de preuve de *common law*. On n'a pas plaidé ce point au procès. Il a été soulevé en Cour d'appel mais n'a pas été tranché parce que la cour a fondé son arrêt sur d'autres motifs. Vu son importance en l'espèce, je vais en traiter tout de suite.

L'article 178.1 définit «communication privée» en ces termes:

«communication privée» désigne toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine;

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection de la vie privée* en 1974 qui a modifié le *Code Criminel* en lui ajoutant la Partie IV.1, une communication interceptée comme celle décrite plus haut était admissible en preuve, sous réserve des règles de preuve reconnues en *common law*, sans les restrictions statutaires qui se trouvent maintenant à la Partie IV.1 du *Code criminel* (art. 178.1 et 178.11 à 178.22). La Partie IV.1 a notamment

new ground and impose restrictions upon the admission of such evidence. Section 178.11 is reproduced hereunder:

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

(2) Subsection (1) does not apply to

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

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

(c) a person engaged in providing a telephone, telegraph or other communication service to the public who intercepts a private communication,

(i) if such interception is necessary for the purpose of providing such service,

(ii) in the course of service observing or random monitoring necessary for the purpose of mechanical or service quality control checks, or

(iii) if such interception is necessary to protect the person's rights or property directly related to providing such service; or

(d) an officer or servant of Her Majesty in right of Canada in respect of a private communication intercepted by him in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

(3) Where a private communication is originated by more than one person or is intended by the originator thereof to be received by more than one person, a consent to the interception thereof by any one of such persons is sufficient for the purposes of paragraph (2)(a), subsection 178.16(1) and subsection 178.2(1).

The facts, so far as they relate to this point, may be shortly stated. On May 20, 1976, in Toronto, at about 8:00 a.m., Dwyer in the presence of police officers made a telephone call to Goldman. A device had been installed upon the telephone which enabled the recording of this conversation. This

eu pour effet d'innover et d'imposer des restrictions à l'admission de pareille preuve. L'article 178.11 est reproduit ci-dessous:

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

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

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

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

c) à une personne qui fournit au public un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autre et qui intercepte une communication privée,

(i) si cette interception est nécessaire pour la fourniture de ce service,

(ii) à l'occasion de la surveillance du service ou d'un contrôle au hasard nécessaire pour les vérifications mécaniques ou la vérification de la qualité du service, ou

(iii) si cette interception est nécessaire pour protéger ses droits ou biens directement liés à la fourniture d'un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres; ou

d) à un fonctionnaire ou à un préposé de Sa Majesté du chef du Canada, pour une communication privée qu'il a interceptée à l'occasion d'un contrôle au hasard qui est nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

(3) Lorsqu'une communication privée a pour auteurs plus d'une personne ou que son auteur la destine à plus d'une personne, il suffit, aux fins de l'alinéa (2)a), du paragraphe 178.16(1) et du paragraphe 178.2(1), que l'une quelconque de ces personnes consente à son interception.

En bref, les faits, du moins ceux qui se rapportent à cette question, sont les suivants. Le 20 mai 1976, à Toronto, vers 8h du matin, Dwyer a téléphoné à Goldman en présence de policiers. Un dispositif permettant l'enregistrement de cette conversation avait été fixé au téléphone. Dwyer, bien sûr, était

fact was, of course, known to Dwyer but unknown to Goldman. By this time Dwyer had agreed to co-operate with the police and to assist in the investigation. The same day, a body pack transmission device was concealed upon Dwyer's person by the police with Dwyer's consent. Dwyer then went to Goldman's office where he met and had a fifteen minute conversation with him. By means of the concealed body pack, the police, who were some distance away, were able to receive and record the conversation. Prior to the phone call and the meeting with the appellant, Dwyer had signed a form of consent to the interception of his conversations with the appellant.

For the purpose of dealing with this branch of the case, it is not necessary to consider whether the consent on the part of Dwyer was a valid and effective consent or whether the written consent was properly admissible in evidence. These questions will be dealt with later. It is sufficient to observe that it was abundantly clear that, during both the telephone conversation and the personal conversation which followed, Dwyer was fully aware that the police were intercepting and recording the words spoken. Dwyer then had no reasonable expectation that the conversations would not be intercepted. It must be accepted as well that the appellant was unaware of any interception. There is no evidence to suggest that he was aware of Dwyer's involvement with the police. It is a reasonable assumption, which I make for the purpose of this argument, that Goldman did have a reasonable expectation that the conversation would not be intercepted, in other words, that it would be a private communication.

It will be observed at once that under the definition of "private communication" it is the originator's state of mind that is decisive. It follows, in my opinion, that if Dwyer was the sole originator of the communications they were not private communications within the meaning of the Act. They would not be subject to the terms of Part IV.1 of the *Criminal Code*. The appellant's state of mind on the question would seem to be of no significance. It should also be observed, however, that the definition in the *Criminal Code* speaks of a "private communication" and not of a "private

au courant de ce fait, mais Goldman l'ignorait. Dwyer avait à ce moment accepté de coopérer avec la police et d'apporter son aide à l'enquête. Le même jour, un micro-émetteur a été dissimulé sur la personne de Dwyer par la police avec le consentement de celui-ci. Dwyer s'est alors rendu au bureau de Goldman où il a rencontré ce dernier et a eu avec lui une conversation de quinze minutes. Grâce au micro-émetteur, la police, qui se trouvait à quelque distance, a pu capter et enregistrer la conversation. Avant le coup de téléphone et la rencontre avec l'appelant, Dwyer avait signé un formulaire de consentement à l'interception de ses conversations avec l'appelant.

Il n'est pas nécessaire, pour régler cet aspect de l'affaire, de décider si le consentement donné par Dwyer est bon et valide ou si le consentement écrit est validement admissible en preuve. Ces questions seront examinées plus loin. Il suffit de noter qu'il était très clair que, tant durant la conversation téléphonique que celle en personne qui l'a suivie, Dwyer était parfaitement au courant de l'interception et de l'enregistrement par la police de ce qui était dit. Dwyer ne pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce que les conversations ne soient pas interceptées. Il faut admettre également que l'appelant n'était au courant d'aucune interception. Aucune preuve ne laisse entendre qu'il était au courant de la collaboration de Dwyer avec la police. On peut raisonnablement supposer, et je le fais pour les fins du présent débat, que Goldman pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la conversation ne soit pas interceptée, en d'autres termes, à ce qu'il s'agisse d'une communication privée.

On note immédiatement que selon la définition de «communication privée», c'est l'état d'esprit de l'auteur qui est décisif. Il en découle, à mon avis, que si Dwyer était l'unique auteur des communications, celles-ci n'étaient pas privées au sens de la Loi. Elles ne seraient pas soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. L'état d'esprit de l'appelant à cet égard n'aurait aucune importance. Il faut aussi noter, cependant, que la définition du *Code criminel* parle d'une «communication privée» et non d'une «conversation privée». Il incombe à la cour de décider s'il y a une différence

conversation". It falls for the court to determine whether there is any difference in the two words, for if there is and if a conversation is made up of a series of communications given and received by each of the participants the problem is more difficult. The conversation would have to be broken down into its several component communications and those communications originated by Dwyer would not be subject to Part IV.1 of the *Criminal Code* and would be admissible at common law as if Part IV.1 had not been enacted. Those originated by Goldman, who was innocent of knowledge of the police role in the matter, would be subject to the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code* and their admissibility against him would be determinable under the provisions of that part of the *Criminal Code*. The extent of the applicability of Part IV.1 must therefore be determined.

Where one is considering a telephone conversation, it would be tempting to say that the originator of the private communication is the person who made the call. It would be equally possible to consider the originator to be the person who spoke first regardless of who made the call. When considering a direct conversation, one could consider as the originator of the entire conversation either the arranger of the meeting at which the conversation took place or the person who made the first remark. The adoption of such arbitrary tests, however, involves, in my view, an oversimplification. There has been little Canadian authority on this point and none which binds this Court. This is the first occasion when it has fallen for decision here. In *R. v. Miller & Thomas (No. 1)*³, it seems to have been considered that the originator of a private telephone conversation was the person who made the call. In an unreported case in the Supreme Court of British Columbia, *R. v. Jasicek*, McKay J., in making a ruling on the admissibility of certain evidence during the course of the trial, rejected the argument that a conversation must be broken down into its separate communications. He considered it would involve a "strained and unrealistic interpretation of clear words in the statute". In *R. v. Zoell*, in the Saskatchewan Court of

entre les deux termes, car s'il y en a une et si une conversation est composée d'une série de communications émises et reçues par chaque participant, le problème est plus complexe. Il faudrait ramener la conversation aux multiples communications qui la composent et celles dont Dwyer est l'auteur ne seraient pas soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel* et seraient admissibles en *common law* comme si la Partie IV.1 n'avait pas été édictée. Celles dont Goldman est l'auteur, ignorant le rôle de la police dans l'affaire, seraient soumises aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel* et leur admissibilité serait déterminée conformément à cette partie du *Code criminel*. Il faut donc déterminer dans quelle mesure la Partie IV.1 s'applique.

Lorsqu'on examine une conversation téléphonique, il serait tentant de dire que l'auteur de la communication privée est la personne qui a appelé. Il serait également possible de considérer que l'auteur en est la personne qui a parlé la première sans tenir compte de qui a appelé. Lorsqu'on examine une conversation en personne, on pourrait considérer que l'auteur de toute la conversation est soit celui qui a organisé la rencontre au cours de laquelle la conversation s'est déroulée soit celui qui a prononcé les premiers mots. A mon avis, c'est cependant trop simplifier que d'adopter pareils critères arbitraires. Il y a peu de décisions canadiennes sur ce sujet et aucun ne lie cette Cour. C'est la première fois que ce point nous est soumis. Dans *R. v. Miller & Thomas (No. 1)*³, il semble qu'on ait considéré la personne qui a appelé comme l'auteur d'une conversation téléphonique privée. Dans une décision inédite de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *R. c. Jasicek*, le juge McKay, statuant sur l'admissibilité d'éléments de preuve au procès, a rejeté l'argument qu'il fallait ramener une conversation à ses communications distinctes. Il a considéré que cela nécessiterait une [TRADUCTION] «interprétation forcée et irréaliste des termes clairs de la Loi». Dans *R. c. Zoell*, en Cour d'appel de la Saska-

³ (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (B.C. Co. Ct.).

³ (1975), 28 C.C.C. (2d) 94 (C. comté C.-B.).

Appeal, April 4, 1977 (as yet unreported), a case dealing with a charge of possession of an electromagnetic device for scanning radio broadcasts contrary to s. 178.18(1) of the *Criminal Code*, the question arose whether police broadcasts made by police with the knowledge of a high probability of unauthorized interception were private communications. Some inferential support may be found for the separate communication argument in the words of Culliton C.J.S. where he said:

It is to be noted that the criterion to be applied in determining what constitutes a "private communication" is an objective one. That test relates only to what is in the mind of the sender. In the present case the test is simply this. In the circumstances, as shown by the evidence, under which oral radio communications are regularly made by the Regina City Police over the assigned radio frequency, can it be said, that the sender of such communications can reasonably expect that they will not be intercepted by any person other than the persons intended to receive them? (Emphasis added.)

The purpose, it has been frequently said, of Part IV.1 of the *Code* was to protect the right to privacy. It may be more realistic to say that the purpose or effect of Part IV.1 has been to regulate the method of breach of any such right. That the right may be subject to frequent lawful breach is clear from the scheme of Part IV.1 but the courts must be astute to limit breaches to the extent provided by the *Code*. With that thought in mind, it must be observed that Part IV.1 applies to the electronic interception of private communications not private conversations. In such judicial comment as I have been able to find, the courts have generally seemed to consider that communication in this context is synonymous with conversation. Accepting this view, they have simply said that he who starts the conversation is the originator. It is evident that the determination of the originator of any given communication must be made upon a construction of the words of the *Code*.

It is elementary to say that the courts must discern and apply the legislative intent when construing the statutes. The intent must be found upon an examination of the words employed in the enactment for it is the intent which the legislature

wan, en date du 4 avril 1977 (inédit), une affaire où il s'agissait d'une accusation de possession d'un dispositif électromagnétique destiné au balayage des émissions radio contrairement au par. 178.18(1) du *Code criminel*, la question s'est posée de savoir si les émissions que la police diffuse en connaissant la forte probabilité d'interception non autorisée étaient des communications privées. Par déduction, la théorie des communications distinctes peut trouver un appui dans le passage suivant où le juge en chef Culliton a dit:

[TRADUCTION] Il faut noter que le critère à appliquer pour déterminer ce qui constitue une «communication privée» est un critère objectif. Il ne se rapporte qu'à ce qui est dans l'esprit de l'auteur. En l'espèce ce critère est simplement celui-ci. Dans les circonstances, établies par la preuve, où la police de la ville de Regina fait régulièrement des communications radio orales sur la fréquence qui lui est assignée, peut-on dire que l'auteur de ces communications peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles ne soient pas interceptées par d'autres personnes que celles auxquelles elles sont destinées? (C'est moi qui souligne.)

L'objet de la Partie IV.1 du *Code*, comme on l'a dit fréquemment, est de protéger le droit à la vie privée. Il serait plus réaliste de dire que l'objet ou l'effet de la Partie IV.1 est de réglementer la façon d'enfreindre ce droit. Il ressort clairement de l'économie de la Partie IV.1 que ce droit est susceptible de violations légales fréquentes, mais les cours doivent être assez avisées pour maintenir ces violations dans les limites établies par le *Code*. Gardant cela à l'esprit, il faut noter que la Partie IV.1 s'applique à l'interception électronique de communications privées, non de conversations privées. Dans les commentaires judiciaires que j'ai pu trouver, les cours ont en général semblé considérer que, dans ce contexte, communication et conversation sont synonymes. Vu cette interprétation, elles ont simplement dit que l'auteur de la conversation est celui qui l'engage. Il est évident que pour décider qui est l'auteur d'une communication donnée, il faut interpréter les termes employés par le *Code*.

Il est élémentaire de dire que les cours doivent dégager l'intention du législateur et l'appliquer quand elles interprètent les lois. C'est en examinant les mots employés dans la loi que l'on doit dégager l'intention, car c'est à l'intention exprimée

expressed which must have effect. It is for this reason that the meaning of statutory language must be examined and on occasions fine distinctions must be made. In my view, the difference between the word conversation and the word communication is, in the context of this statutory provision, significant. A communication involves the passing of thoughts, ideas, words or information from one person to another. Conversation is a broader term and it would include, as all conversations do, an interchange of a series of separate communications. It is consistent with the scheme of Part IV.1, in my view, to consider that the originator of a private communication within the meaning of s. 178.1 is the person who makes the remark or series of remarks which the Crown seeks to adduce in evidence. If a person, with a reasonable expectation of privacy, speaking in an electronically intercepted conversation makes statements which the Crown seeks to use against him, he has, in my view, as the originator of those statements, the protection of the privacy provisions of the *Criminal Code* because those statements constitute private communications upon his part and their admissibility at any subsequent trial will depend upon the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. I do not find this a strained or unrealistic interpretation of the words of the statute. In fact, where a police officer or police agent participates in a conversation with a suspect knowing that it is being intercepted electronically and hears the suspect make hoped for inculpatory statements of importance to the Crown's case, I am unable to consider the police officer to be the originator of the very statement or statements he was seeking to obtain.

It follows from what I have said that the Act applies here to those statements in the telephone conversation and personal conversation between Dwyer and the appellant which were originated by the appellant. To the extent that the conversations were so originated the communications were private communications under the Act and the Act applies to them.

I now turn to the other points taken in argument on behalf of the appellant. It was contended that the Court of Appeal was in error when it held that

par le législateur qu'il faut donner effet. C'est pour cela qu'il faut examiner le sens des termes de la loi et faire parfois de subtiles distinctions. A mon avis, la différence entre le mot conversation et le mot communication est importante dans le contexte de cette disposition. Une communication comprend la transmission de pensées, d'idées, de mots ou de renseignements d'une personne à une autre. Le terme conversation est plus large et inclut, comme toutes les conversations, l'échange d'une série de communications distinctes. Considérer que l'auteur d'une communication privée au sens de l'art. 178.1 est la personne qui fait la remarque ou série de remarques que le ministère public cherche à produire en preuve est, selon moi, compatible avec l'économie de la Partie IV.1. Si une personne qui peut raisonnablement s'attendre à une certaine intimité, fait, au cours d'une conversation interceptée électroniquement, des déclarations que le ministère public cherche à utiliser contre elle, elle bénéficie, à mon avis, à titre d'auteur de ces déclarations, des dispositions de protection de la vie privée du *Code criminel*, parce que ces déclarations constituent des communications privées de sa part et leur admissibilité à un procès subséquent sera soumise aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'une interprétation forcée ou irréaliste des termes de la loi. D'ailleurs, lorsqu'un policier est partie à une conversation avec un suspect, sachant qu'elle est interceptée électroniquement, et entend le suspect faire les déclarations incriminantes attendues et utiles à la preuve à charge, je ne peux considérer que le policier est l'auteur des déclarations mêmes qu'il cherchait à obtenir.

Il découle de ce qui précède que la Loi s'applique en l'espèce aux déclarations faites au cours de la conversation téléphonique et de celle en personne entre Dwyer et l'appelant dont l'appelant est l'auteur. Dans cette mesure, les communications étaient privées au sens de la Loi et la Loi s'y applique.

J'en viens maintenant aux autres points plaidés par l'appelant. On a prétendu que la Cour d'appel s'est trompée en statuant que les interceptions

the interceptions were admissible in evidence under the provisions of s. 178.16(1)(a) as being lawfully made when there had been no judicial authorization for the making of the interceptions and the Crown relied solely on a consent to intercept under s. 178.11(2)(a).

Section 178.11 is reproduced above and the relevant parts of s. 178.16 as they then stood are reproduced hereunder:

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

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

In dealing with this point Brooke J.A. for the Court of Appeal said:

With the greatest deference I do not agree with the conclusion that the tape recordings were inadmissible in evidence as the interception was not lawfully made within the meaning of s. 178.16. Like some others, the learned trial judge interpreted the judgment of this Court in *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388, as holding that to be lawfully made and admissible under s. 178.16 an interception must be made pursuant to an authorization provided for in Part IV of the Code. In my opinion, this is not the effect of that decision. In both the judgments of Houlden, J.A. and that of Martin, J.A., it is clear that consent was not in issue there but that in the circumstances of the case to be lawfully made the interception required an authorization.

Section 178.16 provides for the admissibility in evidence of an interception of a private communication in two circumstances. The evidence of the interception is admissible, first, if the interception was lawfully made and, second, evidence of all other interceptions is admissible with the consent specified in s. 178.16(1)(b). An interception of a private communication is lawfully made if one of the parties to it consented to the interception. Prior to the passing of Part IV there was no protection against the person to whom one chose to speak consenting to another listening in. Part IV proceeds on the same basis. This Court in *R. v. Douglas* (1977), 33 C.C.C.

étaient admissibles en preuve en vertu des dispositions de l'al. 178.16(1)a) comme faites légalement alors qu'aucune autorisation judiciaire des interceptions n'avait été accordée et que le ministère public s'est appuyé uniquement sur un consentement à l'interception donné en vertu de l'al. 178.11(2)a).

L'article 178.11 a déjà été reproduit et les parties pertinentes de l'art. 178.16 en vigueur à l'époque sont reproduites ci-après:

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

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

Sur ce point le juge Brooke a dit pour la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec la conclusion que les enregistrements sur bandes étaient inadmissibles en preuve parce que l'interception n'a pas été faite légalement au sens de l'art. 178.16. Comme d'autres juges, le savant juge du procès a donné l'interprétation suivante de larrêt de cette Cour, *R. v. LaSarge* (1976), 26 C.C.C. (2d) 388: pour être faite légalement et être admissible au sens de l'art. 178.16, une interception devait être faite en vertu d'une autorisation prescrite par la Partie IV du Code. À mon avis, cet arrêt n'a pas cette portée. Il ressort tant des motifs du juge Houlden que de ceux du juge Martin, que le consentement n'était pas en litige dans cette affaire mais que, dans les circonstances, l'interception devait être autorisée pour être faite légalement.

L'article 178.16 prévoit l'admissibilité en preuve d'une communication privée interceptée dans deux cas. La preuve de l'interception est admissible, premièrement, si l'interception a été faite légalement et, deuxièmement, la preuve de toute autre interception est admissible avec le consentement spécifié à l'al. 178.16(1)b). L'interception d'une communication privée est faite légalement si l'une des parties à celle-ci y consent. Avant l'adoption de la Partie IV, il n'y avait aucune protection si la personne, à qui on choisissait de parler, consentait à ce qu'un tiers écoute. La Partie IV se fonde sur la même prémissse. Dans l'arrêt *R. v. Douglas* (1977), 33 C.C.C. (2d) 395,

(2d) 395 affirmed the admissibility in evidence of an interception made with consent of a party to it who was an undercover agent when no authorization covered the interception (see Zuber, J.A., pp. 400-401). In my opinion an interception is lawfully made if made under circumstances enumerated by s. 178.11(2).

I am in full agreement with Brooke J.A. in his comments above quoted and I agree with him that *R. v. LaSarge*⁴ is not authority for the proposition that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) mean only an interception made by judicial authorization. Section 178.11(1) makes it an indictable offence to intercept a private communication by means of the devices described and in subs. (2) provides that subs. (1) which created the offence will not apply to a person who has the consent, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended to receive it. This consent is a consent to interception and its effect is to preserve from illegality, in other words to render lawful, an interception of a private communication made with consent. It is important to note as well that the consent may be express or implied and may be given by either the originator of the private communication or the intended recipient. Section 178.16 is complementary to s. 178.11. It deals with admissibility of evidence which has been obtained by interceptions of private communications. It provides that an intercepted private communication is inadmissible as evidence against its originator or the person intended to receive it unless it was lawfully made or unless the originator or the person intended to receive it has expressly consented to the admission. The Crown does not allege that any such consent as that envisaged in s. 178.16(1)(b) was given in the case at bar. Therefore, that subsection is not relevant to the case. However, it is worthwhile to note that the 178.16(1)(b) consent differs from the consent in s. 178.11(2)(a) in that it is a consent to admit evidence not to intercept. The Crown's position here is simply this, by virtue of Dwyer's consent given under s. 178.11(2)(a), the interceptions were lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(a) and evidence thereof was admissible

cette Cour a confirmé l'admissibilité en preuve d'une interception faite avec le consentement d'une partie à la communication qui était un agent secret lorsque l'interception n'était pas autorisée (voir le juge Zuber, aux pp. 400 et 401). A mon avis, une interception est faite légalement si elle l'est dans les circonstances énumérées au par. 178.11(2).

Je suis entièrement d'accord avec les remarques susmentionnées du juge Brooke et je partage son opinion que *R. v. LaSarge*⁴ ne fait pas autorité pour dire que l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) ne vise qu'une interception faite sur autorisation judiciaire. Le paragraphe 178.11(1) prévoit que l'interception d'une communication privée au moyen des dispositifs décrits constitue un acte criminel et le par. (2) soustrait à l'application du par. (1), qui crée l'infraction, une personne qui a obtenu le consentement exprès ou tacite de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine. Il s'agit d'un consentement à l'interception et son effet est de soustraire à l'illégalité, en d'autres mots, de rendre légale, l'interception d'une communication privée faite avec ce consentement. Il importe de noter également que le consentement peut être exprès ou tacite et peut être donné soit par l'auteur de la communication privée soit par la personne à laquelle il la destine. L'article 178.16 vient compléter l'art. 178.11. Il porte sur l'admissibilité d'une preuve obtenue au moyen de l'interception de communications privées. Il prévoit qu'une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins qu'elle n'ait été faite légalement ou que l'auteur ou la personne à laquelle il la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise. Le ministère public ne fait pas valoir qu'un consentement de la nature envisagée par l'al. 178.16(1)b) a été donné en l'espèce. Cette disposition n'est donc pas pertinente. Cependant, il est utile de noter que le consentement visé à l'al. 178.16(1)b) diffère de celui visé à l'al. 178.11(2)a) en ce qu'il s'agit d'un consentement à l'admission en preuve, non à l'interception. Le ministère public prétend simplement en l'espèce que les interceptions ont été faites

⁴ (1976), 26 C.C.C. (2d) 388.

⁴ (1976), 26 C.C.C. (2d) 388.

notwithstanding the absence of any further consent under s. 178.16(1)(b).

The appellant contended that the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) referred only to an interception made under a judicial authorization under s. 178.11(2)(a). To support this position, he referred to the amendments to the *Crown Liability Act* which were also made in the *Protection of Privacy Act* in s. 7.2 part of which is reproduced hereunder:

7.2 (1) Subject to subsection (2), where a servant of the Crown, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, intentionally intercepts a private communication, in the course of his employment, the Crown is liable for all loss or damage caused by or attributable to such interception, and for punitive damages in an amount not exceeding \$5,000 to each person who incurred such loss or damage.

(2) The Crown is not liable under subsection (1) for loss or damage or punitive damages referred to therein where the interception complained of

- (a) was lawfully made;
- (b) was made with the consent, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

It will be seen that subs. 7.2(1) creates "tortious liability" upon the Crown for intentional interception of private communications and subs. (2) relieves against such liability where (a) the interception has been lawfully made, and (b) when it is made with consent. It was argued that this enactment established a difference between an interception lawfully made and one made by consent so that the words "lawfully made" would not include an interception made by consent. This distinction, it was said, should be preserved throughout the entire *Protection of Privacy Act* with the result that an interception "lawfully made" within the meaning of s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code* should not include an interception made by consent under s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*.

légale au sens de l'al. 178.16(1)a), vu le consentement donné par Dwyer conformément à l'al. 178.11(2)a) et que la preuve en était admissible nonobstant l'absence de tout autre consentement en vertu de l'al. 178.16(1)b).

L'appelant a soutenu que l'expression «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a) ne se rapporte qu'à une interception faite avec une autorisation judiciaire conformément à l'al. 178.11(2)a). À l'appui de cette position, il a fait référence aux modifications à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* apportées par l'art. 7.2 de la *Loi sur la protection de la vie privée*, dont voici un extrait:

7.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'un préposé de la Couronne, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte intentionnellement une communication privée dans l'exercice de ses fonctions, la Couronne est responsable de la totalité des pertes ou dommages causés par cette interception ou qui lui sont attribuables, et de dommages-intérêts punitifs n'excédant pas \$5,000 envers chaque personne qui a subi ces pertes ou dommages.

(2) La Couronne n'est pas responsable, en vertu du paragraphe (1), des pertes ou dommages ni des dommages-intérêts punitifs y mentionnés lorsque l'interception ayant fait l'objet de la plainte

- a) a été légalement faite;
- b) a été faite avec le consentement, exprès ou tacite, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destinait;

On voit que le par. 7.2(1) crée une «responsabilité délictuelle» de Sa Majesté pour l'interception intentionnelle de communications privées et que le par. (2) l'exonère de cette responsabilité lorsque a) l'interception a été légalement faite, et b) lorsqu'elle a été faite avec consentement. On a soutenu que cette disposition établit une différence entre une interception légalement faite et celle faite avec consentement, de sorte que l'expression «légale-ment faite» n'inclurait pas une interception faite avec consentement. Il faut maintenir cette distinc-tion, dit-on, dans toute la *Loi sur la protection de la vie privée* de sorte qu'une interception «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel* ne devrait pas comprendre une interception faite avec consentement en vertu de l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*.

I am not prepared to accept this argument by analogy. It was said that well established canons of construction dictated that words should receive a uniform meaning when used repeatedly in the same statute or in one in *para materia*. Following this principle, it was said, the separate parts of the *Protection of Privacy Act* which amended the *Criminal Code*, the *Crown Liability Act* and the *Official Secrets Act*, respectively, should be construed as a unified whole, providing one body of law applying to the separate situations covered by the separate Acts which were amended. I have no quarrel with the general proposition thus expressed but, in my view, it has no application here. Canons of construction find their principal use where there is ambiguity. They must not be employed, however, to twist and torture the plain meaning of words. Furthermore, it is not every inconsistency or contradiction in a statute which will justify reliance on artificial rules of construction in order to find a meaning which would not otherwise be clearly apparent and which would be contradictory to a clear expression of intent. Whatever questions may arise in attempting to reconcile the alleged differences between the *Criminal Code* amendments made in the *Protection of Privacy Act* and the amendments there made to the *Crown Liability Act*, it is perfectly clear that prior to the passing of the *Protection of Privacy Act* interceptions such as those in question here were lawful. It is equally clear that the only provision in the *Criminal Code* which could render such interceptions unlawful is s. 178.11(1). It is also clear that subs. (2) of s. 178.11 excepts from the strictures of subs. (1) an interception by consent. It follows then unmistakably that a consent interception under s. 178.11(2) is unaffected by subs. (1) and remains lawful. Therefore the interception here, if made with a valid consent, would be lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(a) and evidence thereof would be admissible.

The second and third points argued by the appellant may be dealt with together and they will require some more detailed reference to the evidence. It was argued that the Court of Appeal and

Je n'accepte pas cette analogie. On a dit que selon des règles bien établies d'interprétation, les mots doivent recevoir un sens uniforme lorsqu'ils sont employés à plusieurs reprises dans la même loi ou dans une loi sur un même sujet. Suivant ce principe, a-t-on dit, les parties distinctes de la *Loi sur la protection de la vie privée* qui ont modifié le *Code criminel*, la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* et la *Loi sur les secrets officiels*, respectivement, devraient être interprétées comme un tout unique, établissant un ensemble de règles applicables aux situations distinctes relevant des lois distinctes ainsi modifiées. Je ne critique pas la proposition générale ainsi exprimée mais, à mon avis, elle ne s'applique pas en l'espèce. Les règles d'interprétation sont surtout utiles lorsqu'il y a ambiguïté. Elles ne doivent cependant pas servir à déformer et à dénaturer le sens évident des mots. De plus, ce n'est pas chaque incohérence ou contradiction dans une loi qui va justifier le recours à des règles d'interprétation artificielles pour trouver un sens qui n'apparaîtrait pas clairement par ailleurs et qui contredirait une intention clairement exprimée. Quelles que soient les difficultés qui puissent exister lorsqu'on tente de concilier les supposées différences entre les modifications apportées au *Code Criminel* par la *Loi sur la protection de la vie privée* et les modifications que cette dernière a apportées à la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, il est parfaitement clair qu'avant l'adoption de la *Loi sur la protection de la vie privée*, des interceptions comme celles en cause en l'espèce étaient légales. Il est tout aussi clair que la seule disposition du *Code criminel* qui peut rendre ces interceptions illégales est le par. 178.11(1). De même, il est clair que le par. 178.11(2) soustrait aux exigences du par. (1) une interception avec consentement. Il en découle donc inévitablement qu'une interception avec consentement en vertu du par. 178.11(2) n'est pas touchée par le par. (1) et demeure légale. En conséquence si l'interception en l'espèce a été faite avec un consentement valide, elle l'a été légalement au sens de l'al. 178.16(1)a) et la preuve en serait admissible.

On peut traiter ensemble des deuxième et troisième points plaidés par l'appelant et qui requièrent des renvois plus précis à la preuve. On a soutenu que la Cour d'appel et le juge du procès se

the trial judge were in error in their determination of what constituted a consent under s. 178.11(2)(a) and in the further finding that Dwyer in fact gave a valid consent.

Dwyer was arrested in Florida on May 17, 1976. He had been caught while trying to pass a counterfeit fifty dollar American bill in a retail store. A search made of his person on his arrest revealed that he was then carrying three more fifty dollar counterfeit bills and two counterfeit ten dollar bills, all American. He was questioned by the American authorities. He directed the police to a restaurant where a woman friend of his gave to the police a further quantity of American counterfeit notes to a face value of four thousand one hundred and ninety dollars. Dwyer was released the same day on his own recognizance in the amount of twenty-five thousand dollars with no deposit. He appeared as required the following day before a U.S. magistrate and was released on his own recognizance in the amount of five thousand dollars without deposit. Dwyer agreed to co-operate with the police in the matter and that day flew to Toronto with the American police officers. From the evidence of American police, it was clear that Dwyer had been questioned at length after his arrest as had his woman friend. They had been told of possible charges they would face which could involve maximum sentences of imprisonment for fifteen years. In the result, Dwyer pleaded guilty to a charge of attempted uttering of counterfeit money. His plea was taken in the magistrate's chambers and he was released on probation. No charges were preferred against his woman friend but the officer acknowledged that they were "held in abeyance". The officers denied that any threats or inducements were employed in the matter.

Dwyer was interrogated by the police on his arrival in Toronto. A police officer, one Constable Sayers of the Toronto police, described how the interceptions were made. He interviewed Dwyer about 8.00 p.m. on May 19, 1976. He said he explained the consent form which he presented to Dwyer and Dwyer signed it. This form is exhibit 11 and is in these words:

sont trompés sur ce qui constitue un consentement au sens de l'al. 178.11(2)a) ainsi que dans leur conclusion que Dwyer a bien donné un consentement valide.

Dwyer a été arrêté en Floride le 17 mai 1976. Il a été pris alors qu'il essayait de passer un billet contrefait de cinquante dollars américain dans un magasin. La fouille à laquelle il a été soumis lors de son arrestation a permis de trouver sur lui trois autres billets contrefaits de \$50 et deux billets contrefaits de \$10, tous américains. Les autorités américaines l'ont interrogé. Il a conduit la police à un restaurant où une de ses amies a remis à la police d'autres billets américains contrefaits d'une valeur nominale de quatre mille cent quatre-vingt-dix dollars. Dwyer a été relâché le même jour après avoir contracté un engagement personnel d'un montant de vingt-cinq mille dollars, sans dépôt. Il a comparu comme requis le lendemain devant un magistrat américain et a été relâché après avoir contracté un engagement de cinq mille dollars, sans dépôt. Dwyer a accepté de collaborer avec la police et s'est envolé pour Toronto ce jour-là avec des policiers américains. Il ressort clairement du témoignage de la police américaine que Dwyer, tout comme son amie, a subi un interrogatoire complet après son arrestation. On les avait informés des accusations qui pouvaient être portées contre eux, auxquelles s'attachaient des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à quinze ans. Finalement, Dwyer a plaidé coupable sur une accusation de tentative de passer de la monnaie contrefaite. Son plaidoyer a été enregistré devant le magistrat en chambre et il a été libéré avec une ordonnance de probation. On n'a pas porté d'accusations contre son amie, mais le policier a reconnu qu'elles «étaient suspendues». Les policiers ont nié que des menaces ou promesses aient été employées dans cette affaire.

La police a interrogé Dwyer à son arrivée à Toronto. Un policier, l'agent Sayers de la police de Toronto, a décrit comment les interceptions ont été faites. Il a interrogé Dwyer le 19 mai 1976 vers 20h. Il a dit avoir expliqué à Dwyer le formulaire de consentement qu'il lui a présenté et que Dwyer a signé. Ce formulaire est la pièce 11 et se lit comme suit:

CON 044/76

CANADA) IN THE MATTER OF a consent
) to intercept the private
PROVINCE OF) communications of Michael Dwyer,
ONTARIO) by means of an electromagnetic,
(TERRITORIAL) acoustic, mechanical or other
DIVISION)) device pursuant to section
) 178.11(2)(a) of the
) Criminal Code.

CONSENT

I, Michael Dwyer, of the Municipality of Toronto, in the County of York, in the Province of Ontario, hereby expressly consent to the interception by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device of any private communications to which I am a party either as an originator or intended recipient by officers of Metropolitan Toronto Police and such other persons as may be necessary to assist them in the interception of the abovementioned private communications from this date until the investigation is concluded.

DATED at Toronto, this 19th day of May, 1976.

Laverne M. Sayers : M. Dwyer

WITNESS Consenting Originator (or,
intended recipient).

Laverne M. Sayers, P.C. 2999

He then installed a voice transmitter on Dwyer's back. It was concealed by Dwyer's clothing. The officer then posted himself at the rear of the location described as the Bermuda Tavern. There he recorded transmissions from Dwyer's body pack of a conversation of some three hours' duration from the interior of the tavern. The results of this adventure did not satisfy the police. There was some dissatisfaction expressed by them with Dwyer's performance and a second attempt was made on May 20, 1976.

On this occasion, and I am again relying largely on the evidence of Sayers, at 8:00 a.m. Sayers put

[TRADUCTION]

CANADA) DANS L'AFFAIRE D'un
) consentement à l'interception
PROVINCE DE) des communications privées de
L'ONTARIO) Michael Dwyer, au moyen d'un
(CIRCONS-) dispositif électromagnétique,
CRIPTION) acoustique, mécanique ou
TERRITORIALE) autre conformément à l'al.
) 178.11(2)a) du Code criminel.

CONSENTEMENT

Je, Michael Dwyer, de la municipalité de Toronto, comté de York (Ontario), consent expressément, par la présente, à l'interception au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre de toute communication privée à laquelle je suis partie, en étant l'auteur ou la personne à laquelle son auteur la destine, par les agents de la police du Toronto métropolitain et les autres personnes dont ils peuvent requérir l'assistance dans l'interception des communications privées susmentionnées, à partir de cette date jusqu'à la conclusion de l'enquête.

FAIT à Toronto, le 19 mai 1976.

TÉMOIN	Auteur consentant (ou, personne à laquelle la communication est destinée).
--------	--

Laverne M. Sayers, C.P. 2999

Il a alors installé au dos de Dwyer un micro-émetteur dissimulé par ses vêtements. Le policier s'est ensuite posté à l'arrière d'un endroit décrit comme la «Bermuda Tavern». Il a enregistré une conversation transmise par le micro-émetteur de Dwyer et qui a duré quelque trois heures à l'intérieur de la taverne. La police n'a pas été satisfaite des résultats de cette entreprise. Les policiers se sont dits mécontents du comportement de Dwyer et une deuxième tentative a été faite le 20 mai 1976.

Cette fois, et je m'appuie encore largement sur le témoignage de Sayers, ce dernier a installé à 8h

an electronic device on the telephone of one of the senior police officers in the police building. This device enabled the interception of conversation on this telephone. Dwyer, in the presence of various police officers, then made a call on the telephone so equipped to Goldman. At about 12:30 p.m. the same day, Sayers outfitted Dwyer again with a concealed body pack voice transmitter. He then went to the vicinity of 1240 Bay Street in Toronto where Goldman's office was situated and from the transmissions from Dwyer's body pack he recorded a conversation of about fifteen minutes' duration between Dwyer and Goldman. The tapes and transcripts made of the interceptions of the call by Dwyer on the telephone from the police office and the conversation between Dwyer and Goldman at 1240 Bay Street are those which the Crown adduced in evidence.

During this period, that is, from the time of the arrest of Dwyer to the conclusion of his activities in Toronto, he was subjected to detailed questioning by the police. The police said that he was co-operative, that he was not threatened or offered special inducements, but it is clear that in return for his co-operation he was leniently dealt with and his woman friend was not prosecuted. The police officers were closely cross-examined and certain conflicting evidence was brought out. However, the trial judge who heard the evidence and saw the witnesses over a period of some six days said:

Fundamental to this aspect of the Crown's argument is the issue of consent, one of the principal issues upon which counsel have joined. Did Dwyer consent to the interception and if so, was that consent real and valid? Considerable evidence was given from which Dwyer's attitude and his state of mind may be assessed during the course of preparatory steps taken for the interception as well as during and following the interception. Each officer who had any significant contact with Dwyer at these critical times appears to have given evidence. I have been satisfied by the Crown that there is no evidence to support Mr. Levy's suggestion that Dwyer's consent was the result of actual or threatened force, coercion, duress or any similar conduct on the part of the authorities.

Dwyer was a person of some recorded criminal reputation and was found in constructive possession of a

un dispositif électronique sur le téléphone de l'un des policiers supérieurs au poste de police. Ce dispositif permettait l'interception des conversations sur ce téléphone. Dwyer, en présence de plusieurs policiers, a alors appelé Goldman avec le téléphone ainsi équipé. Vers 12h30 le même jour, Sayers a de nouveau dissimulé un micro-émetteur sur la personne de Dwyer. Il s'est alors rendu dans les environs du 1240, rue Bay à Toronto où était situé le bureau de Goldman et a enregistré une conversation d'une durée d'environ quinze minutes entre Dwyer et Goldman, retransmise par le micro-émetteur de Dwyer. Ce sont les enregistrements et les transcriptions des interceptions de l'appel téléphonique fait par Dwyer sur le téléphone du poste de police et de la conversation entre Dwyer et Goldman au 1240, rue Bay que le ministère public a produits en preuve.

Durant cette période, soit de son arrestation jusqu'à la fin de ses activités à Toronto, Dwyer a été soumis à un interrogatoire détaillé par la police. La police a dit qu'il avait coopéré, qu'il n'avait pas été menacé ou qu'on ne lui avait pas fait de promesses spéciales, mais il est clair qu'en échange de sa coopération, il a été traité avec indulgence et que son amie n'a pas été poursuivie. Un contre-interrogatoire serré des policiers a fait ressortir certaines contradictions dans leur témoignage. Cependant le juge du procès qui a entendu les témoignages et vu les témoins pendant quelque six jours a dit:

[TRADUCTION] La question du consentement est au cœur de cet aspect de la plaidoirie du ministère public, une des questions principales sur lesquelles les avocats ont lié contestation. Dwyer a-t-il consenti à l'interception et, si oui, ce consentement était-il authentique et valide? De nombreux éléments de preuve ont été apportés permettant d'apprécier l'attitude et l'état d'esprit de Dwyer pendant les démarches préparatoires aux interceptions de même que pendant et après ces dernières. Il semble que tous les policiers qui ont été en contact avec Dwyer aux moments critiques ont témoigné. Le ministère public m'a convaincu qu'aucune preuve ne fonde la prétention de M^e Levy que le consentement de Dwyer a été arraché par la contrainte, la coercition, des menaces, ou toute conduite semblable, réelles ou appréhendées de la part des autorités.

Dwyer a un casier judiciaire et il a été trouvé en possession, par interprétation, d'une somme importante

substantial amount of counterfeit money. In the result, he was prosecuted upon a relatively minor offence, was released upon his personal bond without restriction. He was sentenced in Judges' Chambers, a procedure acknowledged as extraordinary by one of the American officers who testified. He received what might be interpreted as a sanction inappropriately lenient to both his conduct and his previous criminal record. The prosecution of his woman companion was held in abeyance. No charges were contemplated in Ontario. The evidence contains vague but unmistakeable reference to some form of agreement in which leniency was to be exchanged for Dwyer's cooperation.

The only reasonable inference on all of the evidence is that Dwyer was in fact persuaded by promise of leniency to cooperate with the police in the interception.

And later:

I am accordingly prepared to find that the Crown has satisfied me that Dwyer in fact gave real and valid consent to the interception although undoubtedly persuaded to do so by promises of leniency given him by the police.

It is evident that the trial judge understood the importance of the issue before him. It is evident as well that he was not blind to the fact that Dwyer co-operated with the police out of selfish motives in exchange for leniency but he nevertheless considered that an effective and acceptable consent had been given. I am not prepared, on my reading of the evidence, to disturb that finding.

The Court of Appeal, while differing in the result because of its interpretation of s. 178.16 of the *Criminal Code*, was also of this view. Brooke J.A. said:

Turning first to Mr. Levy's submission that the trial judge erred in making his finding that Dwyer gave a real and valid consent. It is important to recognize, that in cases such as this one, where the person who would normally be the principal witness was not present, and gave no evidence, while the issue and degree of proof remain the same, extra caution is required by the Court in testing the evidence presented. After all, the only witnesses were police witnesses whose conduct was very much in issue and it remained unchallenged, save as tested by cross-examination. In this case Mr. Levy quite correctly refers to the finding by the learned trial judge,

de monnaie contrefaite. Finalement, il a été accusé d'une infraction relativement mineure et libéré après avoir contracté un engagement personnel sans restrictions. Il a été condamné par le juge en chambre, procédure reconnue exceptionnelle par l'un des policiers américains qui a témoigné. La sanction dont il a fait l'objet peut être considérée comme d'une indulgence incompatible tant avec sa conduite qu'avec son casier judiciaire. Les poursuites contre son amie ont été suspendues. On n'a pas envisagé de porter d'accusations en Ontario. La preuve contient des références vagues mais non équivoques à une forme d'entente selon laquelle la coopération de Dwyer lui valait cette indulgence.

La seule déduction logique de l'ensemble de la preuve est qu'en réalité on a persuadé Dwyer, par une promesse d'indulgence, de coopérer avec la police pour l'interception.

Et plus loin:

[TRADUCTION] Je suis donc disposé à conclure que le ministère public m'a convaincu que Dwyer a en réalité donné un consentement authentique et valide à l'interception, bien qu'il ne fasse aucun doute qu'il en a été persuadé par des promesses d'indulgence faites par la police.

Il est évident que le juge du procès était conscient de l'importance de la question qu'il devait trancher. Il est tout aussi clair qu'il était conscient du fait que Dwyer avait coopéré avec la police pour des raisons d'intérêt personnel en échange de l'indulgence, mais il a néanmoins estimé qu'un consentement bon et acceptable avait été donné. Je ne puis, vu mon interprétation de la preuve, modifier cette conclusion.

Bien que la Cour d'appel ait rendu une décision différente à cause de son interprétation de l'art. 178.16 du *Code criminel*, elle partage ce point de vue. Le juge Brooke a dit:

[TRADUCTION] Passons d'abord à la prétention de M^c Levy que le juge du procès s'est trompé en concluant que Dwyer a donné un consentement authentique et valide. Il importe d'être conscient qu'en pareils cas, où la personne qui serait normalement le témoin principal est absente et n'a pas témoigné, bien que la question et le poids de la preuve ne changent pas, la Cour doit examiner la preuve avec une prudence particulière. En somme, les seuls témoins étaient les policiers dont la conduite même est au cœur du litige et n'a pas été attaquée, sauf par l'épreuve du contre-interrogatoire. En l'espèce, M^c Levy souligne fort justement que la conclusion du juge

that Dwyer was undoubtedly persuaded to consent to the interception by promises of leniency by the police as a finding against the credibility of police witnesses who repeatedly stated that Dwyer had been promised nothing. Mr. Levy refers to the significant instance in Toronto where Dwyer had lied to the police and led them to a false meet which was quite the contrary to co-operation. He draws our attention to the fact that for some unstated reason Dwyer then became sincere in his co-operation after police accusations of deceit and an attempt to use them. Counsel submits that there must at least have been coercion or something more than mere promises of leniency. He contends that one finding against the credibility of police witnesses should cast doubt on the whole affair.

Considering all of the evidence and proceeding with the caution I have referred to, I find no reason to say the learned trial judge was wrong on the evidence before him in making the finding that he did. It is clear from the beginning that Dwyer set out to co-operate and achieve his freedom with the least punishment possible. His co-operation was the means through which he sought to minimize the seriousness of his position that he knew could attract a very heavy penalty. The evidence of the events which took place in Florida is consistent only with this view.

He continued, after referring with approval to the words of Stark J. in *R. v. Rosen*⁵, at p. 569, where that judge expressed the view that consents of this nature given upon the advice of counsel were not vitiated by motives of self-interest and said:

I think the passage quoted was apt and the view expressed correct. The consent anticipated by the statute is a real consent. It is not consent exhorted by coercion but rather free from coercion given by a party with knowledge of the circumstances and appreciation of his position. Only such a consent could have been contemplated by Parliament to exempt the wilful interception of private communications from the criminal offence created by s. 178. Only such a consent could have been contemplated by Parliament as a condition of admissibility in evidence of the interception of the private communication. The onus is on the Crown to prove consent beyond a reasonable doubt as a condition precedent to admissibility.

du procès que Dwyer a sans aucun doute été persuadé de consentir à l'interception par les promesses d'indulgence faites par la police attaque la crédibilité des témoins de la police qui ont réitéré que rien n'avait été promis à Dwyer. M^e Levy renvoie à l'incident révélateur survenu à Toronto où Dwyer a menti aux policiers et les menés à une fausse rencontre, tout à fait le contraire de la coopération. Il attire notre attention sur le fait que pour une raison qui n'a pas été révélée Dwyer a commencé à coopérer sincèrement avec les policiers après que ceux-ci l'eurent accusé de les avoir trompés et d'avoir tenté de les manipuler. L'avocat fait valoir qu'il a dû y avoir au moins contrainte ou quelque chose de plus que de simples promesses d'indulgence. Il fait valoir qu'une conclusion qui attaque la crédibilité des témoins de la police devrait semer le doute sur toute l'affaire.

Compte tenu de toute la preuve et avec la prudence dont j'ai parlé, je ne vois aucune raison de dire que le savant juge du procès s'est trompé en rendant la décision qu'il a rendue vu la preuve qui lui était soumise. Il est clair que dès le départ Dwyer a décidé de coopérer et de retrouver sa liberté après la sanction la plus légère possible. Il a cherché à atténuer la gravité de sa situation, qu'il savait pouvoir lui valoir une peine très sévère, en coopérant. La preuve de ce qui s'est passé en Floride n'est compatible qu'avec cette interprétation.

Il a poursuivi, après s'être référé avec approbation aux motifs du juge Stark dans *R. v. Rosen*⁵, à la p. 569, où ce juge s'est dit d'avis que des motifs d'intérêt personnel n'invalident pas des consentements de cette nature donnés sur le conseil d'un avocat, et a dit:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le passage cité est pertinent et que l'opinion exprimée est juste. Le consentement qu'envisage la loi est un consentement authentique. Ce n'est pas un consentement extorqué par la contrainte mais plutôt un consentement libre de contrainte donné par une partie au courant des circonstances et consciente de sa situation. Le Parlement n'a pu envisager qu'un consentement de cette nature pour soustraire l'interception volontaire de communications privées de l'infraction criminelle créée par l'art. 178. Le Parlement n'a pu envisager qu'un consentement de cette nature comme condition de l'admissibilité en preuve de l'interception de communications privées. Le ministère public a le fardeau de prouver le consentement au-delà de tout doute raisonnable comme condition préalable à l'admissibilité.

⁵ (1977), 30 C.C.C. (2d) 565.

⁵ (1977), 30 C.C.C. (2d) 565.

I see no reason on this evidence to doubt the judgment of the learned trial judge and to hold that what was co-operation as a result of promises of leniency became co-operation as a result of coercion following Dwyer's efforts to deceive the police in Toronto. His attempt failed. They told him so and no doubt were angered by his conduct but that is not coercion. Significantly, his purpose did not change and so he co-operated. He consented. He agreed to dupe his alleged confederate into a discussion so that the police could listen in and record what was said. That was enough.

He considered the consent valid and effective.

I am in agreement with this disposition of the issue of consent. The consent given under s. 178.11(2)(a) must be voluntary in the sense that it is free from coercion. It must be made knowingly in that the consentor must be aware of what he is doing and aware of the significance of his act and the use which the police may be able to make of the consent. The test to be applied in considering the admissibility of a statement or confession made by an accused person in custody to police officers or others in a position of authority is not applicable here. The word "voluntary" in the sense in which it applies to a consent to intercept or to admit evidence under Part IV.1 of the *Criminal Code* should not be considered in the restricted sense of the rule in the *Ibrahim*⁶ case. A consent under s. 178.11(2)(a) is a valid and effective consent if it is the conscious act of the consentor doing what he intends to do for reasons which he considers sufficient. If the consent he gives is the one he intended to give and if he gives it as a result of his own decision and not under external coercion the fact that his motives for so doing are selfish and even reprehensible by certain standards will not vitiate it. In my opinion, on the evidence adduced in this case, the consent was a valid consent and was legally effective for its intended purpose, that is, the procuring of admissible evidence for use in Goldman's trial.

La preuve ne me donne aucune raison de mettre en doute le jugement du savant juge du procès et de décider que ce qui constituait coopération par suite de promesses d'indulgence est devenu coopération par suite de contrainte après la tentative de Dwyer de tromper la police à Toronto. Sa tentative a échoué. Les policiers le lui ont dit et sa conduite les a sans doute mis en colère mais il n'y a pas là contrainte. Manifestement son but n'a pas changé et il a coopéré en conséquence. Il a consenti. Il a convenu d'entraîner son présumé complice dans une discussion afin de permettre à la police de capter et d'enregistrer ce qui était dit. C'était suffisant.

Il a considéré le consentement comme bon et valide.

Je suis d'accord avec cette décision sur la question du consentement. Un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) doit être volontaire en ce qu'il doit être libre de contrainte. Il doit être donné sciemment en ce sens que celui qui consent doit être conscient de ce qu'il fait et de l'importance de son acte et de l'usage que la police peut faire du consentement. Le critère que l'on doit appliquer pour décider de l'admissibilité d'une déclaration ou d'une confession faite par un prévenu sous garde à des policiers ou à d'autres personnes ayant autorité n'est pas applicable en l'espèce. Le terme «volontaire» dans le sens où il s'applique à un consentement à une interception ou à l'admission en preuve en vertu de la Partie IV.1 du *Code criminel* ne doit pas être considéré dans le sens restreint de la règle énoncée dans l'arrêt *Ibrahim*⁶. Un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) est bon et valide s'il s'agit de l'acte conscient de celui qui le donne et qui le fait pour des raisons qu'il considère suffisantes. Si le consentement qu'il donne est celui qu'il avait l'intention de donner et s'il le donne par suite de sa propre décision et sans être soumis à une coercition extérieure, le fait que ses motifs soient égoïstes et même répréhensibles selon certains critères ne l'invalide pas. À mon avis, compte tenu de la preuve soumise en l'espèce, le consentement était valide et avait l'effet juridique visé, soit l'obtention d'une preuve admissible utilisable au procès de Goldman.

⁶ [1914] A.C. 599.

⁶ [1914] A.C. 599.

The word coercion requires some definition in this context. The consent must not be procured by intimidating conduct or by force or threats of force by the police, but coercion in the sense in which the word applies here does not arise merely because the consent is given because of promised or expected leniency or immunity from prosecution. Inducements of this nature or compulsion resulting from threats of prosecution would render inadmissible a confession or statement made by an accused person to those in authority because the confession or statement could be affected or influenced by the inducement or compulsion. Different considerations arise, however, where a consent of the kind under consideration here is involved. I refer to *Rosen v. The Queen*⁷ where the question was considered and where I said for the Court:

In such a case, very different considerations apply. The consenter is consenting to the use in evidence of tapes or other recordings which have been previously recorded and which he cannot change. He is not agreeing to make a statement which he could invent nor to give evidence *in futuro* which he could colour in the hope of reward or benefit. The nature of the evidence which will be admitted as a result of his consent is already fixed and determined and cannot be affected by the circumstances of the consent.

The final point taken by the appellant was that the trial judge and the Court of Appeal erred in admitting the signed consent of Dwyer into evidence because it contravened the hearsay rule—Dwyer not having been called at trial to give evidence. Brooke J.A. for the Court of Appeal saw no merit upon this point and disposed of it with these words:

But he also gave his consent in writing. His consent was an issue of fact in these proceedings and could be proved like any other fact in issue. I think the evidence of P.C. Sayers and others was admissible to prove the fact that Dwyer had consented and that he signed the consent above set out. That evidence was not hearsay as is contended by Mr. Levy.

Dans ce contexte, il faut définir le terme coercition. Le consentement ne doit pas être obtenu par l'intimidation ou la force ou des menaces d'employer la force de la part de la police, mais on ne peut conclure à la coercition, dans le sens où le terme s'applique ici, simplement parce que le consentement est donné par suite de la promesse ou de l'espoir d'une indulgence ou d'une immunité de poursuites. Des incitations de cette nature ou la contrainte résultant de menaces de poursuites rendront inadmissible une confession ou une déclaration faite par un prévenu à des personnes ayant autorité parce que la confession ou déclaration pourrait être touchée ou influencée par l'incitation ou la contrainte. Des considérations différentes entrent en jeu cependant lorsqu'il s'agit d'un consentement de la nature de celui examiné ici. Je renvoie à l'arrêt *Rosen c. La Reine*⁷ dans lequel la question a été examinée et où j'ai dit, au nom de la Cour:

En pareil cas, des considérations très différentes s'appliquent. La personne qui consent, consent à l'utilisation en preuve de bandes magnétiques ou d'autres enregistrements qui existent déjà et qu'elle ne peut modifier. Elle ne convient pas de faire une déclaration qu'elle pourrait inventer ni de rendre un témoignage dans l'avenir qu'elle pourrait fausser dans l'espoir d'un avantage ou d'une récompense. La nature de la preuve qui sera admise par suite de son consentement est déjà fixée et déterminée et ne peut être touchée par les circonstances du consentement.

Le dernier moyen soulevé par l'appelant est que le juge du procès et la Cour d'appel se sont trompés en admettant en preuve le consentement signé par Dwyer, parce qu'il contrevenait à la règle du oui-dire—Dwyer n'a pas été cité comme témoin au procès. Le juge Brooke, au nom de la Cour d'appel, n'a vu aucun fondement à cet argument et en a disposé en ces termes:

[TRADUCTION] Mais il a aussi donné son consentement par écrit. Son consentement est une question de fait en l'espèce et peut être établi de la même façon que tout autre fait en litige. Je suis d'avis que les témoignages du C.P. Sayers et d'autres personnes sont admissibles pour établir le fait que Dwyer avait consenti et qu'il avait signé le consentement reproduit plus haut. Cette preuve ne constitue pas du oui-dire comme le prétend M^e Levy.

While I am inclined to agree with that statement, I do not consider it necessary to deal with the point. It will be observed that the consent referred to in s. 178.11(2)(a) may be express or implied. As I understand the argument of Crown counsel, he did not place his case upon a specific consent under the section. His argument was that there was an implied consent which would suffice to render the intercepts admissible. On all the evidence, it seems clear to me that the Crown discharged the onus upon it and raised on the evidence a clear implication of consent.

In summary then, it is my opinion that while the provisions of Part IV.1 apply to the conversations between Dwyer and Goldman for the reasons given earlier, the effect of s. 178.16(1)(a) is to deprive the appellant of any protection in the circumstances of this case. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. dissenting.

*Solicitor for the appellant: Earl J. Levy,
Toronto.*

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

Quoique je sois porté à être d'accord avec cet énoncé, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'examiner ce point. Il convient de noter que le consentement auquel l'al. 178.11(2)a) fait référence peut être exprès ou tacite. Selon mon interprétation des arguments du substitut du procureur général, il n'a pas fondé sa preuve sur un consentement spécifique en vertu de cette disposition. Il a fait valoir qu'il y avait un consentement implicite qui suffisait à rendre les interceptions admissibles. D'après l'ensemble de la preuve, il appert clairement à mon avis que le ministère public s'est acquitté de la charge de la preuve et en a fait clairement ressortir un consentement par implication.

Donc, en résumé, je suis d'avis que, bien que les dispositions de la Partie IV.1 s'appliquent aux conversations entre Dwyer et Goldman pour les motifs déjà donnés, l'al. 178.16(1)a) a pour effet de priver l'appelant de toute protection dans les circonstances de l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN étant dissident.

Procureur de l'appelant: Earl J. Levy, Toronto.

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