

Mario Duarte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and
the Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. DUARTE

File No.: 20542.

1989: October 4, 5; 1990: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(1), (2)(a), 178.16(1)(a), (b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Evidence — Admissibility — Evidence obtained as result of breach of Charter inadmissible if administration of justice would be brought into disrepute — Evidence obtained as result of unintentional Charter breach — Whether or not admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter —

Mario Duarte *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

**Le procureur général de l'Ontario et
le procureur général du Québec** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. DUARTE

N° du greffe: 20542.

1989: 4, 5 octobre; 1990: 25 janvier.

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

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(1), (2)a, 178.16(1)a, b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Preuve — Recevabilité — Preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte irrecevable si son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — Preuve obtenue à la suite d'une violation non intentionnelle de la Charte — Son utilisation serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative,

Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in breach of Charter, would bring administration of justice into disrepute.

Criminal law — Electronic surveillance — Evidence obtained by electronic surveillance conducted without authorization — Conversation recorded with consent of a party to it — Recording of conversation entered into evidence — Whether s. 178.11(2)(a) infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether unauthorized interception by police, even if not a criminal offence, would violate s. 8 of the Charter.

As part of an investigation into drug trafficking, the police rented an apartment for a police informer who was working with an undercover police officer. The apartment was equipped with audio-visual recording equipment installed in a wall. Prior to the installation of the equipment, the informer and the undercover officer consented to the interception of their conversations, pursuant to the provisions of s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*. Appellant discussed a cocaine transaction with the undercover officer and the informer at the apartment. The undercover officer made notes of these and a subsequent conversation based upon a review of the tapes of the conversations.

The appellant was later charged with conspiracy to import a narcotic. At trial, he challenged, on a *voir dire*, the validity of s. 178.11(2)(a) of the *Code* which excepts the interception of conversations to which one of the parties consents from the prohibition of unauthorized electronic surveillance. The trial judge held that the actions of the authorities infringed the appellant's rights to be secure from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and that the evidence thereby obtained was held not admissible. The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal which unanimously allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

The constitutional questions stated in this Court queried whether s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* infringed or denied the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether or not it was justified by s. 1 of

est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? — L'utilisation de la preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel — Surveillance électronique — Preuve obtenue par surveillance électronique faite sans autorisation — Enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un des interlocuteurs — Enregistrement présenté en preuve — L'article 178.11(2)a) viole-t-il le droit garanti par la Charte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la Charte? — L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte?

Dans le cadre d'une enquête sur le trafic de stupéfiants, la police a loué un appartement pour un indicateur de police qui collaborait avec un agent d'infiltration. L'appartement était pourvu d'un matériel d'enregistrement audio-visuel installé dans un mur. Avant l'installation de ce matériel, l'indicateur et l'agent d'infiltration avaient consenti, comme le prévoit l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*, à ce que leurs conversations soient interceptées. L'appelant a discuté avec l'agent d'infiltration et l'indicateur d'une affaire de cocaïne. L'agent d'infiltration a pris des notes sur ces conversations et sur une conversation ultérieure, notes qui étaient fondées sur les enregistrements.

L'appelant a été accusé par la suite de complot en vue d'importer un stupéfiant. À son procès, il a contesté dans le cadre d'un *voir-dire* la validité de l'al. 178.11(2)a) du *Code* qui prévoit comme exception à l'interdiction de la surveillance électronique non autorisée l'interception de conversations avec le consentement d'un des interlocuteurs. Le juge du procès a décidé que les actes des autorités portaient atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ainsi obtenue était inadmissible. Le ministère public a interjeté un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a été unanime à accueillir l'appel, à annuler l'acquiescement et à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir si l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, s'il est justifié aux termes de l'article premier de

the *Charter*. During the argument, the position was advanced that the constitutionality of s. 178.11(2)(a) might not really arise in that this provision was really an exception to the criminal prohibition against the interception of private communications set forth in s. 178.11(1). Action contemplated by that exception could not be made criminal by a *Charter* attack on its validity. The real question, then, became whether, even though such action may not constitute a criminal offence, it would nonetheless, when undertaken by an instrumentality of the state, such as the police, violate s. 8 of the *Charter*. Finally, if this action was indeed an unjustifiable infringement of a *Charter* right, were communications intercepted as a result of this practice admissible under s. 24(2) of the *Charter*?

Held: The appeal should be dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, does not infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: Surreptitious electronic surveillance of the individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*.

The regulation of electronic surveillance is not directed at protecting a person from the risk that someone will repeat his words but from the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit his words. If the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of a person's private communications, there would be no meaningful residuum to the right to live free from surveillance. A reasonable balance must therefore be struck between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement.

Part IV.1 of the *Code* strikes an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record private communications to external restraint and requiring that action to be justified by application of an objective criterion. The imposition of an external and objective criterion affords a measure of protection to

la *Charte*. Au cours des débats, on a avancé le point de vue selon lequel il se pouvait que la question de la constitutionnalité de l'al. 178.11(2)a ne se pose pas vraiment, étant donné que cette disposition représentait en fait une exception à l'interdiction par le par. 178.11(1) du *Code criminel* d'intercepter les communications privées. On ne peut rendre criminel un acte visé par cette exception en contestant sa validité en vertu de la *Charte*. La véritable question devient alors de savoir si, bien qu'il puisse ne pas constituer une infraction criminelle, cet acte serait néanmoins contraire à l'art. 8 de la *Charte* s'il était commis par un organe de l'État, tel que la police. Finalement, si l'acte en cause était vraiment une violation injustifiable d'un droit garanti par la *Charte*, les communications interceptées de cette manière seraient-elles admissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 178.11(2)a du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: La surveillance électronique clandestine d'un particulier par un agent de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

La réglementation de la surveillance électronique ne vise pas à protéger une personne du risque que quelqu'un répète ses propos, mais du danger bien plus insidieux qu'il y a à permettre que l'État, à son entière discrétion, enregistre et transmette ses propos. Si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents des communications privées d'une personne, il ne resterait rien qui vaille du droit de vivre libre de toute surveillance. D'où la nécessité d'établir un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée en s'acquittant de ses responsabilités en matière d'application des lois.

La partie IV.1 du *Code* établit un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer les communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le recours à un

any citizen whose private communications have been intercepted.

Privacy may be defined as the right of the individual to determine when, how, and to what extent he or she will release personal information. A reasonable expectation of privacy demands that an individual may proceed on the assumption that the state may only violate this right by recording private communications on a clandestine basis when it has established to the satisfaction of a detached judicial officer that an offence has been or is being committed and that interception of private communications stands to afford evidence of the offence.

The assessment of the constitutionality of a search and seizure must focus on its 'reasonable' or 'unreasonable' impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective. Applying this standard, if the surreptitious recording of private communications is a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, it is because the law recognizes that a person's privacy is intruded on in an unreasonable manner whenever the state, without a prior showing of reasonable cause before a neutral judicial officer, arrogates to itself the right surreptitiously to record communications that the originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by its originator to receive them.

By contrast to the general provisions on electronic surveillance, the *Code* places no restriction on participant surveillance, i.e., where one of the parties to the conversation consents. The police may employ this practice in their absolute discretion, against whom they wish and for whatever reasons they wish, without any limit as to place or duration. There is a total absence of prior judicial supervision of this practice.

There is no logical distinction between third party electronic surveillance and participant surveillance. Where persons have reasonable grounds to believe their communications are private communications, the unauthorized surreptitious electronic recording of those communications is an intrusion on a reasonable expectation of privacy. Our perception that we are protected against arbitrary interceptions of private communications ceases to have any real basis once it is accepted that the state is free to record private communications, without constraint, provided only that it has secured the agreement of one of the parties to the communication. The risk of being recorded is not simply a variant of the risk of having one's words disclosed by the person to whom we

critère externe et objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont été interceptées.

La vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels. Il est raisonnable en matière de respect de la vie privée de s'attendre qu'une personne puisse présumer que l'État ne peut porter atteinte à ce droit en enregistrant clandestinement des communications privées que s'il a convaincu un officier de justice impartial qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être et que l'interception de communications privées fournira une preuve de la perpétration de l'infraction.

La constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie doit être appréciée en fonction de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable. Lorsqu'on applique cette norme, si l'enregistrement clandestin de communications privées est une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cela tient au fait qu'il est reconnu en droit qu'il y a atteinte abusive à la vie privée d'une personne chaque fois que l'État, sans avoir préalablement démontré à un officier de justice neutre l'existence d'une justification raisonnable, s'arroge le droit d'enregistrer subrepticement des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle il les destine.

Contrairement aux dispositions générales visant la surveillance électronique, le *Code* n'impose aucune restriction à la surveillance participative pourvu qu'une partie y consente. La police peut, à sa discrétion absolue, employer cette méthode contre qui elle veut et pour les raisons qu'elle veut, et ce, sans limite quant à l'endroit ni quant à la durée. Il n'existe aucun contrôle judiciaire préalable de cette pratique.

Il n'y a aucune différence logique entre la surveillance électronique par un tiers et la surveillance participative. Lorsqu'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées, l'enregistrement électronique clandestin non autorisé de ces communications est une violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. L'idée que nous sommes protégés contre les interceptions arbitraires de communications privées perd tout fondement réel dès qu'il est admis que l'État est entièrement libre de les enregistrer à la seule condition d'avoir obtenu le consentement d'un des participants à la communication. Le risque d'être enregistré n'est pas une simple variante du risque de divulgation de propos par la personne à

speak. Surreptitious electronic recording annihilates the very important right to choose the range of our listeners.

Whether or not to allow participant surveillance is a policy decision fraught with the gravest of implications. Countenancing participant surveillance, strikes not only at the expectations of privacy of criminals but also undermines the expectations of privacy of all those who set store on the right to live in reasonable security and freedom from surveillance, be it electronic or otherwise. It has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. The sole effect of requiring a warrant would be to ensure that police restrict "participant monitoring" to cases where they can show probable cause for a warrant. It would not hamper their ability to combat crime effectively.

Participant surveillance infringes s. 8 of the *Charter*. It leaves all the conditions under which conversations are intercepted to the sole discretion of the police and therefore cannot be held to meet the definition of "reasonable" in the context of s. 8 of the *Charter*. Its large-scale use by police could by-pass any judicial consideration of the entire police procedures and make the entire scheme in Part IV.1 of the *Code* largely irrelevant. Indeed, the constitutionality of Part IV.1 of the *Code* is predicated on the numerous safeguards designed to prevent the possibility that the police view recourse to electronic surveillance as a routine administrative matter.

The simple fact that the police could employ the same investigatory tool with or without a warrant destroys any argument that participant surveillance can be upheld as a reasonable limit to the right to be secure from unreasonable search and seizure.

Section 178.16(1) of the *Code* makes certain types of evidence inadmissible. It does not make a communication admissible. If it is admissible, it is by virtue of the common law. The communication would be admissible as relevant evidence at common law, but since it was obtained contrary to s. 8, it will not, by virtue of s. 24(2) of the *Charter*, be admissible if to do so would bring the administration of justice into disrepute. Many factors can be considered in determining if the administration of justice will be brought into disrepute. Of cardinal importance in assessing these factors is the fairness of the process, and in particular, its impact on the fairness of the trial.

laquelle on les adresse. L'enregistrement électronique clandestin annihile le droit extrêmement important qu'est le droit de choisir nos auditeurs.

La décision de principe d'autoriser la surveillance participative comporte de très graves conséquences. Une telle pratique, si elle était approuvée, ne porterait pas uniquement atteinte aux attentes en matière de vie privée chez les criminels mais minerait aussi les attentes de ceux qui comptent sur le droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. L'exigence de l'obtention d'un mandat aurait pour seul effet d'obliger la police à limiter la «surveillance participative» aux cas où elle peut démontrer des raisons plausibles d'obtenir un mandat. Cela ne diminuerait pas sa capacité de combattre efficacement le crime.

La surveillance participative contrevient à l'art. 8 de la *Charte*. Elle laisse à la seule discrétion de la police les conditions dans lesquelles se fait l'interception de conversations et elle ne peut donc pas être jugée conforme à la définition de «raisonnable» dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*. Son utilisation à grande échelle par la police pourrait lui permettre d'éviter tout examen judiciaire de l'ensemble des méthodes policières, si bien qu'une large part du régime créé par la partie IV.1 du *Code* deviendrait lettre morte. La constitutionnalité de la partie IV.1 du *Code* repose sur les nombreuses sauvegardes destinées à éviter que la police puisse considérer la surveillance électronique comme une mesure administrative de pure routine.

Le simple fait que la police pourrait se servir du même outil d'investigation, avec ou sans mandat, détruit l'argument que la surveillance participative peut être maintenue en tant que restriction raisonnable au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le paragraphe 178.16(1) du *Code* rend irrecevables certains types de preuves. Il ne rend pas admissible une communication. Si elle est admissible, c'est en vertu de la common law. La communication serait admissible à titre de preuve pertinente en common law, mais puisqu'elle a été obtenue en contravention de l'art. 8, elle n'est pas admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte* si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Plusieurs facteurs peuvent être pris en compte pour déterminer si l'administration de la justice pourrait être déconsidérée. Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus et, en particulier, ses répercussions sur l'équité du procès sont d'importance capitale.

The breach here infringed an important *Charter* right and the evidence could have been obtained without breaching the *Charter*. It was, however, in no way deliberate and it stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event. The admission of this evidence would not bring the administration of the law into disrepute.

Per Lamer J.: The appeal should be dismissed for the reasons of the Ontario Court of Appeal. It was consequently unnecessary to address the issue of whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix; *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (Alaska 1978); *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (Penn. 1987); **referred to:** *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (Mass. 1981); *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.1, 178.11(1), (2)(a), 178.12(1), 178.13(1), (2)(e), 178.16(1)(a), (b), 178.22(1), 178.23(1).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 47. *Electronic Surveillance*. Ottawa: Law Reform Commission, 1986.
 Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*. New York: Clark Boardman, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal *sub nom. R. v. Sanelli* (1987), 61 O.R. (2d) 385, 38 C.C.C. (3d) 1, 60 C.R. (3d) 142, 33 C.R.R. 360, allowing an appeal from a judgment of Trotter J. Appeal dismissed. Section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, does not infringe or deny the rights and freedoms guaran-

La violation a porté atteinte à un droit important garanti par la *Charte* et la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte*. Cependant, elle n'était aucunement intentionnelle et découlait d'une méprise quant aux exigences de la loi par des agents de police qui auraient obtenu en tout état de cause la preuve nécessaire pour que l'accusé soit reconnu coupable. L'utilisation de cette preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

Le juge Lamer: Le pourvoi devrait être rejeté pour les raisons exposées par la Cour d'appel de l'Ontario. Il n'est donc pas nécessaire de traiter de la question de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

c Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. ix; *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (Alaska 1978); *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (Penn. 1987); **arrêts mentionnés:** *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (Mass. 1981); *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.1, 178.11(1), (2)a), 178.12(1), 178.13(1), (2)e), 178.16(1)a), b), 178.22(1), 178.23(1).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 47. *La surveillance électronique*. Ottawa: Commission de réforme de droit, 1986.
 Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*. New York: Clark Boardman, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, sous l'intitulé *R. v. Sanelli* (1987), 61 O.R. (2d) 385, 38 C.C.C. (3d) 1, 60 C.R. (3d) 142, 33 C.R.R. 360, accueillant l'appel d'un jugement du juge Trotter. Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la

teed by s. 8 of the *Charter*, but the interception of private communications by an instrumentality of the state with the consent of the originator or intended recipient thereof, without prior judicial authorization, does infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 8. It was not necessary to answer the second question.

Alan D. Gold, for the appellant.

R. W. Hubbard, for the respondent.

Jeff Casey, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-François Dionne, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

LA FOREST J.—This appeal is concerned with the protection accorded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against electronic recording of the conversations of individuals with the police and informers in the absence of judicial authorization.

Facts

As part of an investigation into drug trafficking, the Ontario Provincial Police and the Metropolitan Toronto Police rented an apartment in Mississauga which was to be occupied by a police informer who was working with an undercover police officer. The apartment was equipped with audio-visual recording equipment installed in a wall. Prior to the installation of the equipment, the informer and the undercover officer consented to the interception of their conversations, pursuant to the provisions of s. 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. As a result of the operation, the undercover officer met a man named Paul Vidotto. Some days after the meeting, Vidotto, the appellant Mario Duarte, and two others attended at the apartment and discussed a cocaine transaction with the undercover officer and the informer. The undercover officer made notes of these and a subsequent conversation which he acknowledged were based upon a review of the tapes of the conversations.

Charte, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Alan D. Gold, pour l'appellant.

R. W. Hubbard, pour l'intimée.

Jeff Casey, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-François Dionne, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

LE JUGE LA FOREST—Il est question dans le présent pourvoi de la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre l'enregistrement électronique de conversations de particuliers avec des policiers et avec des indicateurs, sans autorisation judiciaire.

Les faits

Dans le cadre d'une enquête sur le trafic de stupéfiants, la Police provinciale de l'Ontario et la Police de la communauté urbaine de Toronto ont loué à Mississauga un appartement que devait occuper un indicateur de police qui collaborait avec un agent d'infiltration. L'appartement était pourvu d'un matériel d'enregistrement audio-visuel installé dans un mur. Avant l'installation de ce matériel, l'indicateur et l'agent d'infiltration avaient consenti à ce que leurs conversations soient interceptées, comme le prévoit l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Grâce à l'opération, l'agent d'infiltration a fait la connaissance d'un certain Paul Vidotto. Quelques jours après leur rencontre, Vidotto, l'appellant Mario Duarte et deux autres personnes se sont rendus à l'appartement pour discuter d'une affaire de cocaine avec l'agent d'infiltration et l'indicateur. L'agent d'infiltration a pris des notes sur ces conversations et sur une conversation ultérieure, notes qui, a-t-il reconnu, étaient fondées sur les enregistrements.

The appellant was later charged with the offence of conspiracy to import a narcotic. At trial, he challenged, on a *voir dire*, the validity of s. 178.11(2)(a) of the *Code* which excepts from the prohibition of unauthorized electronic surveillance, the interception of conversations to which one of the parties consents. The trial judge, Trotter J., held that the actions of the authorities infringed the appellant's rights to be secure from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and that the evidence thereby obtained was held not admissible.

The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal which unanimously allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. In reasons that I shall review later, Cory J.A. (as he then was) following American authorities dealing with the Fourth Amendment to the American Constitution, concluded that the interception of private conversations without a warrant but with the consent of one of the participants does not violate s. 8 of the *Charter* ((1987), 61 O.R. (2d) 385).

Notice of Appeal was then filed in this Court and the following constitutional questions were stated:

1. Does section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code*, legalizing the interception of private communications with the consent of the originator or intended recipient thereof, without the need for judicial authorization, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 178.11(2)(a) of the *Criminal Code* does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorneys General for Ontario and Quebec intervened to support the constitutionality of s. 178.11(2)(a).

During the argument, counsel for the appellant, however, advanced the position that the constitutionality of s. 178.11(2)(a) might not really arise.

L'appellant a été accusé par la suite de l'infraction de complot en vue d'importer un stupéfiant. À son procès, il a contesté dans le cadre d'un voir-dire la validité de l'al. 178.11(2)a) du *Code* qui prévoit comme exception à l'interdiction de la surveillance électronique non autorisée l'interception de conversations avec le consentement d'un des interlocuteurs. Le juge Trotter, qui présidait le procès, a décidé que les actes des autorités portaient atteinte au droit de l'appellant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ainsi obtenue était inadmissible.

Le ministère public a fait un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a été unanime à accueillir l'appel, à annuler l'acquittement et à ordonner la tenue d'un nouveau procès. Dans des motifs que j'examinerai ultérieurement, le juge Cory (maintenant juge à notre Cour) s'est fondé sur des décisions américaines relatives au quatrième amendement de la Constitution américaine pour conclure que l'interception de conversations privées sans mandat mais avec le consentement d'un des interlocuteurs ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte* ((1987), 61 O.R. (2d) 385).

Un avis de pourvoi a alors été produit en notre Cour et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* qui légalise l'interception des communications privées avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'autorisation judiciaire, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les procureurs généraux de l'Ontario et du Québec sont intervenus pour soutenir la constitutionnalité de l'al. 178.11(2)a).

Au cours des débats, l'avocat de l'appellant a cependant avancé le point de vue selon lequel il se pouvait que la question de la constitutionnalité de

That provision, he noted, was really an exception to the criminal prohibition against the interception of private communications set forth in s. 178.11(1), an exception applicable both to the police and members of the public. Action contemplated by that exception could not be made criminal by a *Charter* attack on its validity. The real question, then, becomes whether, even though such action may not constitute a criminal offence, it would nonetheless, when undertaken by an instrumentality of the state, such as the police, violate s. 8 of the *Charter*. In my view, that is the correct approach to the matter and I shall deal with it on this basis.

The Issues

The principal issue in this appeal is whether the commonly styled “consent” or “participant” surveillance — i.e., electronic surveillance in which one of the parties to a conversation, usually an undercover police officer or a police informer, surreptitiously records it — infringes the right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. This raises the subsidiary issues of whether such infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter* and whether the recorded conversation can nonetheless be admitted into evidence against an accused. I should at the outset note that “consent surveillance” is an unhappy term to describe a practice where only one party to a conversation has agreed to have it recorded. As put by the United States Supreme Court in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 358: “the very nature of electronic surveillance precludes its use pursuant to the suspect’s consent.” I shall, therefore, use the term “participant surveillance”.

The importance of the issues can hardly be gainsaid. Carr, *The Law of Electronic Surveillance*, points out, at pp. 3-61, that in the United States this mode of surveillance is without question “the most widely used and most frequently practiced [*sic*] mode of eavesdropping”. Though I have found no data on the relative frequency of this

l’al. 178.11(2)*a*) ne se pose pas vraiment. Selon lui, cette disposition était en fait une exception à l’interdiction, énoncée au par. 178.11(1) du *Code*, d’intercepter les communications privées, exception qui s’appliquait aussi bien à la police qu’aux membres du public. On ne peut rendre criminel un acte visé par cette exception en contestant sa validité en vertu de la *Charte*. La véritable question devient alors de savoir si, bien qu’il puisse ne pas constituer une infraction criminelle, cet acte serait néanmoins contraire à l’art. 8 de la *Charte* s’il était commis par un organe de l’État tel que la police. À mon avis, c’est ainsi qu’il convient d’aborder la question et c’est ainsi que je procéderai.

Les questions en litige

La question principale dans le présent pourvoi est de savoir si ce qu’on appelle communément la surveillance «consensuelle» ou «participative» — c.-à-d. la surveillance électronique dans un cas où l’un des participants à une conversation, généralement un agent d’infiltration ou un indicateur, l’enregistre subrepticement — porte atteinte au droit garanti par l’art. 8 de la *Charte* à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cela soulève les questions subsidiaires de savoir si une telle atteinte peut se justifier aux termes de l’article premier de la *Charte* et si la conversation enregistrée peut néanmoins être admise en preuve contre un accusé. Je dois signaler au départ que «surveillance consensuelle» n’est pas une formule heureuse pour décrire une situation où un seul participant à une conversation a consenti à son enregistrement. Comme le dit la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 358: [TRADUCTION] «la nature même de la surveillance électronique fait qu’on ne peut y avoir recours avec le consentement du suspect.» J’emploierai en conséquence l’expression «surveillance participative».

L’importance des questions en litige ne fait pas de doute. Carr souligne dans *The Law of Electronic Surveillance*, aux pp. 3 à 61, qu’aux États-Unis, cette forme de surveillance constitue sans aucun doute [TRADUCTION] «le mode d’écoute clandestin le plus généralement et le plus souvent employé». Bien que je n’aie pu trouver de

practice in Canada, the cases would indicate that it is also widespread here. The extensive use of electronic surveillance in this country is documented. The Law Reform Commission of Canada's working paper on *Electronic Surveillance* reports at p. 10 that on a relative basis, Canadian law enforcement authorities request twenty times more authorizations to conduct electronic surveillance than their American counterparts.

Canada, in common with the United States, has taken important steps to ensure judicial supervision of electronic surveillance by Part IV.1 of the *Criminal Code*. Section 178.11(1) makes it an offence to engage in this activity. It reads:

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.

Under Part IV.1, the police generally may only conduct electronic surveillance once in possession of an authorization issued by a superior court judge and are bound to conduct such surveillance in strict accordance with the terms and conditions of the authorization. By contrast, participant surveillance is left entirely to the discretion of the police. Section 178.11(2)(a) of the *Code* provides the following exception to s. 178.11(1):

178.11 ...

(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;

The police are thus free to make the decision to conduct this type of surveillance on whom they wish, where they wish, and for as long as they wish (in the present case, for example, the operation lasted some two years).

The Risk Analysis of the Court of Appeal

In upholding the legality of participant surveillance, the Court of Appeal relied heavily on

données sur la fréquence de son emploi au Canada, vu le nombre de cas, la pratique serait répandue ici également. L'emploi fréquent de la surveillance électronique au Canada a été documenté. La Commission de réforme du droit du Canada, dans son document de travail intitulé *La surveillance électronique*, rapporte à la p. 11 que, toutes proportions gardées, les organismes canadiens chargés de l'application de la loi font vingt fois plus de demandes d'autorisation de surveillance électronique que leurs homologues américains.

Le Canada, comme les États-Unis, a pris des mesures importantes, énoncées à la partie IV.1 du *Code criminel*, visant à soumettre à un contrôle judiciaire la surveillance électronique, dont le par. 178.11(1) fait une infraction:

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.

Suivant la partie IV.1, la police ne peut en règle générale procéder à la surveillance électronique qu'après avoir obtenu une autorisation délivrée par un juge d'une cour supérieure et cette surveillance doit s'effectuer en stricte conformité avec les conditions stipulées dans l'autorisation. La surveillance participative, par contre, est laissée entièrement à la discrétion de la police. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code* prévoit l'exception suivante au par. 178.11(1):

178.11 ...

(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;

La police a donc toute liberté de prendre la décision de soumettre à ce type de surveillance qui elle veut, quand elle veut et aussi longtemps qu'elle veut (en l'espèce, par exemple, l'opération a duré environ deux ans).

L'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel

Pour conclure à la légalité de la surveillance participative, la Cour d'appel s'est largement

American authorities, citing several decisions of that country's Supreme Court, notably *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971), a plurality decision which has been interpreted as giving that court's *imprimatur* to the practice, though the specific legislative provisions authorizing it were not directly placed in issue; see Carr, *op. cit.*, at pp. 3-62. Cory J.A., at p. 390, accurately summarized the logic of those decisions as resting on the notion that "the consent to the interception by the recipient may be looked upon as no more than an extension of the powers of recollection of the recipient of the communication". In essence, the starting point for the analysis is the proposition that the person who divulges any confidence always runs the risk that his interlocutor will betray the confidence. As Cory J.A. put it, at p. 393: "The expression of the idea and the assumption of the risk of disclosure are therefore concomitant."

The argument is then developed by pointing out that disclosures of this nature have always been admissible in a court of law. It is but a small step to the conclusion that constitutional expectations of privacy would therefore not operate to prohibit the interception of conversations which one of the participants is surreptitiously recording. As Cory J.A. put it, at pp. 393-94:

Given that it is accepted that the informant may testify in this manner as to pertinent conversations, the admission of electronic recordings of those conversations would seem to be a reasonable, logical and sequential step in trial proceedings. In this regard, the accurate transcript of the conversation should so often benefit the accused as the informant.

The same point, but with an added twist, was made by the Supreme Court of the United States in the following passage in *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), at pp. 438-39:

Once it is plain that Davis could properly testify about his conversation with Lopez, the constitutional claim relating to the recording of that conversation emerges in proper perspective.

appuyée sur la jurisprudence américaine, citant plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis, dont notamment *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971). Cet arrêt, rendu à la majorité, a été interprété comme donnant à la pratique en question l'approbation de cette cour, quoique les dispositions législatives précises qui l'autorisaient n'aient pas été directement en litige; voir Carr, *op. cit.*, aux pp. 3 à 62. Le juge Cory de la Cour d'appel, à la p. 390, résume avec justesse la logique de ces arrêts quand il dit qu'ils reposent sur la notion que [TRADUCTION] «le consentement à l'interception, donné par la personne qui reçoit la communication, peut être considéré comme rien d'autre que le prolongement de la mémoire de cette personne». Essentiellement, cette analyse part de la proposition que quiconque fait une confiance court toujours le risque de voir trahir sa confiance par son interlocuteur. Comme le dit le juge Cory à la p. 393: [TRADUCTION] «L'expression de l'idée et l'acceptation du risque de divulgation vont donc de pair.»

Le juge Cory développe cet argument en faisant remarquer que les divulgations de cette nature ont toujours été admissibles devant une cour de justice. Il n'y a pas loin à conclure de là que la protection constitutionnelle attendue en matière de respect de la vie privée ne joue pas pour empêcher l'interception de conversations qu'un des interlocuteurs enregistre subrepticement. Voici ce que dit le juge Cory aux pp. 393 et 394:

[TRADUCTION] Comme il est admis que l'indicateur peut témoigner de cette manière sur les conversations pertinentes, l'admission en preuve d'enregistrements électroniques de ces conversations semble constituer une étape raisonnable, logique et conséquente dans le déroulement du procès. Dans cette optique, la transcription exacte d'une conversation devrait profiter aussi souvent à l'accusé qu'à l'indicateur.

Le même point de vue, mais avec un élément supplémentaire, est exprimé par la Cour suprême des États-Unis dans le passage suivant tiré de l'arrêt *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), aux pp. 438 et 439:

[TRADUCTION] Dès lors qu'il est évident que Davis pouvait légitimement témoigner sur sa conversation avec Lopez, on voit dans sa perspective appropriée la réclamation constitutionnelle relative à l'enregistrement de cette conversation.

Stripped to its essentials, petitioner's argument amounts to saying that he has a constitutional right to rely on possible flaws in the agent's memory, or to challenge the agent's credibility without being beset by corroborating evidence that is not susceptible of impeachment. For no other argument can justify excluding an accurate version of a conversation that the agent could testify to from memory. We think the risk that petitioner took in offering a bribe to Davis fairly included the risk that the offer would be accurately reproduced in court, whether by faultless memory or mechanical recording. [Emphasis added.]

The decision in *Lopez v. United States* proceeds on the basis that participant surveillance is inherently less offensive than third party surveillance because the agent of the state hears nothing that his interlocutor did not intend him to hear. As the court there put it, at p. 439:

... the device was used only to obtain the most reliable evidence possible of a conversation in which the Government's own agent was a participant and which that agent was fully entitled to disclose. And the device was not planted by means of an unlawful physical invasion of petitioner's premises under circumstances which would violate the Fourth Amendment. It was carried in and out by an agent who was there with petitioner's assent, and it neither saw nor heard more than the agent himself.

Thus, for the Court of Appeal, inasmuch as the police are subjected to no warrant requirement in their use of informers or in their efforts to insinuate themselves into the confidence of a suspect, the use of electronic surveillance, as an adjunct to that process, is of no constitutional significance. In other words, if there has been a violation of privacy on the part of the state, it is complete when the confidence of the person under suspicion is gained. The *Charter* cannot purport to protect us if we don't know how to choose our "friends".

In summary, the risk analysis that is at the heart of the Court of Appeal's judgment rejects the notion that any distinction grounded on constitutional concerns should be drawn between evidence gained through the testimony of a participant to a conversation, and evidence gained through a sur-

Réduit à ses éléments essentiels, l'argument du requérant revient à dire que la constitution lui donne droit de bénéficier des défaillances éventuelles de la mémoire de l'agent ou d'attaquer sa crédibilité sans avoir à faire face à une preuve corroborante irréfutable. Car aucun autre argument ne peut justifier l'exclusion d'une version exacte d'une conversation dont l'agent pourrait témoigner de mémoire. Nous estimons que le risque pris par le requérant en tentant de soudoyer Davis comportait le risque réel que l'offre soit répétée exactement devant un tribunal, que ce soit grâce à une mémoire indéfectible ou grâce à un enregistrement mécanique. [Je souligne.]

L'arrêt *Lopez v. United States* repose sur la notion que la surveillance participative est foncièrement moins répréhensible que la surveillance par un tiers parce que l'agent de l'État n'entend rien de ce que son interlocuteur ne veut pas qu'il entende. Comme le dit la cour dans cet arrêt, à la p. 439:

[TRADUCTION] ... le dispositif a été utilisé à la seule fin d'obtenir la preuve la plus fiable possible d'une conversation à laquelle prenait part l'agent du gouvernement lui-même et que cet agent était parfaitement en droit de révéler. De plus, le dispositif n'a pas été mis en place par l'entrée illicite dans les locaux du requérant dans des circonstances qui constitueraient une violation du quatrième amendement. Le dispositif était porté, à l'entrée et à la sortie, par un agent qui s'y trouvait avec le consentement du requérant, et n'a donc pas vu ni entendu davantage que l'agent lui-même.

Donc, de l'avis de la Cour d'appel, comme la police n'est pas tenue d'obtenir un mandat lorsqu'elle se sert d'indicateurs ou tente de gagner la confiance d'un suspect, le recours à la surveillance électronique accessoirement à ce processus ne revêt aucune importance constitutionnelle. En d'autres termes, si l'État a porté atteinte à la vie privée, cette atteinte est réalisée quand la confiance du suspect est gagnée. La *Charte* ne peut nous protéger si nous ne savons bien choisir nos «amis».

En résumé, l'analyse fondée sur le risque, qui est au cœur de l'arrêt de la Cour d'appel, rejette la notion qu'il y a lieu de faire une distinction fondée sur des préoccupations d'ordre constitutionnel entre la preuve recueillie par le témoignage d'un participant à une conversation et la preuve obtenue

reptitious electronic recording of that conversation. A person who has voluntarily chosen to confide his wrongdoing to another, and who, by happenstance, has had the misfortune (from his perspective) of doing so in the presence of a microphone, should not be able to invoke the *Charter* to prevent divulgence of the confidence in a court of law. Incriminating statements and confessions of wrongdoing are not *per se* constitutionally protected communications; provided the accused spoke of his own free will, there is no constitutional significance to be accorded the manner in which the evidence was gained. In effect, the court chose to treat the risk that an interlocutor will divulge one's words and the risk that he will make a permanent electronic record of them at the behest of the state as being of the same order of magnitude.

This argument is not without weight: the fact that it counts among its adherents the Supreme Court of the United States and many state appellate courts testifies to that.

The Opposing Approach

With respect, it seems to me, the Court of Appeal failed to deal with the true issue raised in this appeal. The real question, as I see it, is whether our constitutional right to be secure against unreasonable search and seizure should be seen as imposing on the police the obligation to seek prior judicial authorization before engaging in participant surveillance, or whether the police should be entirely free to determine whether circumstances justify recourse to participant surveillance and, having so determined, be allowed an unlimited discretion in defining the scope and duration of participant surveillance. This Court is accordingly called on to decide whether the risk of warrantless surveillance may be imposed on all members of society at the sole discretion of the police.

I begin by stating what seems to me to be obvious: that, as a general proposition, surreptitious electronic surveillance of the individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. The

par l'enregistrement électronique clandestin de cette conversation. Une personne qui a choisi volontairement de confier ses méfaits à quelqu'un et qui, par hasard, a eu le malheur (de son point de vue) de le faire en présence d'un microphone, ne devrait pas pouvoir invoquer la *Charte* pour empêcher que la confiance soit divulguée devant une cour de justice. Les déclarations incriminantes et les confessions d'actes illicites ne sont pas en soi des communications protégées par la Constitution; pourvu que l'accusé ait parlé de son plein gré, aucune signification constitutionnelle n'est à attribuer à la manière dont la preuve a été recueillie. En fait, la cour a décidé de traiter comme égaux en importance le risque qu'un interlocuteur révèle les propos d'une personne et le risque qu'il en fasse, à la demande de l'État, un enregistrement électronique permanent.

Cet argument a un certain poids, comme en témoigne le fait que parmi ses tenants figurent la Cour suprême des États-Unis et les cours d'appel d'un bon nombre d'États.

L'autre méthode

Il me semble, avec égards, que la Cour d'appel n'a pas vraiment traité la question soulevée par le présent pourvoi. La véritable question, selon moi, est de savoir si notre droit constitutionnel à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives devrait s'interpréter comme imposant à la police l'obligation de demander une autorisation judiciaire avant toute surveillance participative, ou si la police devrait avoir la liberté absolue de déterminer si les circonstances justifient le recours à la surveillance participative et, une fois cette détermination faite, si elle devrait avoir le pouvoir discrétionnaire illimité de fixer l'étendue et la durée de la surveillance participative. Notre Cour doit donc décider si tous les membres de la société devraient être exposés, à la seule discrétion de la police, au risque d'une surveillance sans mandat.

Je commence par affirmer ce qui me paraît être l'évidence même, c'est-à-dire le principe général que la surveillance électronique d'un particulier par un organe de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art.

Ontario Court of Appeal has so held on at least two occasions; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, at p. 61 (leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51, at p. 58. Accordingly, the Crown conceded this point in the courts below and did not seriously press the matter here. The Attorney General for Ontario, for its part, assumed though it did not concede the point, and the Attorney General of Quebec did not deal with it at all.

It should come as no surprise that these parties shied away from engaging in such an unequal contest. *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, instructs us that the primary value served by s. 8 is privacy, and, as I noted in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 426, the spirit of s. 8 must not be constrained by narrow legalistic classifications. If one is to give s. 8 the purposive meaning attributed to it by *Hunter v. Southam Inc.*, one can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy than electronic surveillance and to which, in consequence, the protection accorded by s. 8 should be more directly aimed, an issue I shall more fully develop as I go along.

Not surprisingly, then, the Crown sought to focus more sharply on participant surveillance and to draw a distinction between it and other types of electronic surveillance. If that endeavour is to succeed, however, one must proceed on the assumption that the factors that support the imposition of a requirement for an authorization in the third party interception (i.e., non-participatory surveillance) of private communications hold no currency where participant surveillance is concerned. This proposition takes one back to the rationale for the regulation of electronic surveillance generally, and I shall now deal with it at greater length.

The rationale for regulating the power of the state to record communications that their originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by the originator to

8 de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Ontario a ainsi statué à deux reprises au moins; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, à la p. 61 (autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. ix); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51, à la p. 58. Par conséquent, le ministère public a concédé ce point devant les juridictions inférieures en l'espèce et n'est pas vraiment revenu sur la question devant notre Cour. Le procureur général de l'Ontario pour sa part, sans concéder ce même point, l'a tenu pour acquis, tandis que le procureur général du Québec ne l'a même pas abordé.

On ne devrait pas s'étonner que ces parties aient reculé devant un combat si inégal. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, nous apprend que l'art. 8 vise d'abord et avant tout à assurer le respect de la vie privée et, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 426, l'esprit de l'art. 8 ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites. Si l'article 8 doit être interprété en fonction de son objet, comme il l'a été dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique et qui, en conséquence, doive être plus directement visée par la protection de l'art. 8. Je reviendrai sur ce point ci-dessous.

Il n'est guère surprenant donc que le ministère public ait cherché à insister plutôt sur la surveillance participative et à faire une distinction entre elle et d'autres types de surveillance électronique. Cette tentative ne peut toutefois réussir que si l'on présume que les facteurs militent en faveur de l'exigence de l'obtention d'une autorisation dans le cas de l'interception de communications privées par un tiers (c.-à-d. la surveillance non participative) ne jouent plus lorsqu'il s'agit d'une surveillance participative. Une telle proposition nous ramène à la raison d'être de la réglementation de la surveillance électronique en général, et j'en entreprends maintenant un examen plus approfondi.

La raison d'être de la réglementation du pouvoir de l'État d'enregistrer des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient entendues que par leur destinataire (voir les définitions à la