

Craig Lawrence Kokesch *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KOKESCH

File No.: 21266.

1990: February 21; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Perimeter search — Narcotics — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — If so, whether right subject to a reasonable limit prescribed by law — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Warrant to search accused's house obtained pursuant to information gathered during perimeter search — Accused's right against unreasonable search and seizure infringed by warrantless perimeter search — Whether narcotics seized in accused's house during subsequent search undertaken pursuant to valid search warrant should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused was charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking and with cultivating marijuana contrary to ss. 4(2) and 6(1) of the *Narcotic Control Act*. During the investigation, the police conducted a perimeter search of the accused's residence. While doing so, they heard electrical humming from the basement, noticed plywood nailed to the wall of the residence covering a louvered metal vent and, from the side of the plywood, detected an odour of marijuana as well as heat coming from the area. The search was made without a warrant and, as the police conceded, without

* Chief Justice at the time of hearing.

Craig Lawrence Kokesch *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. KOKESCH

N° du greffe: 21266.

1990: 21 février; 1990: 22 novembre.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA

c COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Perquisition périphérique — Stupéfiants — Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé — Le droit de l'accusé contre une fouille, une perquisition et une saisie abusives a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, le droit est-il assujéti à une limite raisonnable prescrite par une règle de droit? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé — Mandat de perquisition du domicile de l'accusé obtenu à la suite des renseignements recueillis au cours de la perquisition périphérique — Droit de l'accusé contre les fouilles ou saisies abusives violé par la perquisition périphérique effectuée sans mandat — La preuve des stupéfiants saisis au domicile de l'accusé au cours de la perquisition ultérieure en application d'un mandat valide devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'accusé a été inculpé de possession de chanvre indien, en vue d'en faire le trafic et d'avoir fait la culture de chanvre indien, en contravention des par. 4(2) et 6(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Au cours de l'enquête, les policiers ont effectué une perquisition périphérique de la résidence de l'accusé. Pendant leur recherche ils ont entendu un bourdonnement électrique venant du sous-sol, ils ont remarqué un morceau de contre-plaqué cloué au mur de la résidence pour couvrir un évent à lames et, du côté du contre-plaqué, ils ont senti une odeur de chanvre indien ainsi que de la chaleur venant de cet

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

reasonable and probable grounds to believe that an offence had been or was being committed on the property, contrary to s. 10 of the *Narcotic Control Act*. The visual, olfactory and aural observations could not have been made without going onto the property. As a result of that search, the police gathered enough information to obtain a warrant to search the accused's residence, where they seized a number of marijuana plants. This evidence formed the basis of the two charges. On a *voir dire*, the trial judge held that the evidence had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The Court held that the perimeter search was not unreasonable, and that, even if an infringement of s. 8 had occurred, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

Held (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Section 8*

The accused's rights under s. 8 of the *Charter* were violated by the warrantless search conducted by the police of the perimeter of his dwelling-house. The police had no statutory authority to conduct that search. The perimeter of a dwelling-house is a "place" within the meaning of s. 10(1) of the *Narcotic Control Act* but the police officers involved in the search did not have reasonable and probable grounds for believing that the "place" contained a narcotic and, therefore, did not comply with s. 10(1). The police also had no authority under the common law to trespass upon the accused's property to conduct the perimeter search. The common law rights of the property holder to be free of police intrusion can be restricted only by powers granted in clear statutory language. In the absence of lawful authority, the perimeter search must be found unreasonable.

(2) *Section 1*

The perimeter search of the accused's dwelling-house was not "prescribed by law" in accordance with s. 1 of the *Charter*. The search was a police initiative undertaken without lawful authority.

endroit. La perquisition a été faite sans mandat et, comme les policiers l'ont reconnu, sans motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été ou était en train d'être commise sur la propriété en contravention de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Les observations visuelles, olfactives et auditives n'auraient pu être faites sans entrer dans la propriété. Par suite de cette perquisition, les policiers ont recueilli suffisamment de renseignements pour obtenir un mandat de perquisition de la résidence de l'accusé où ils ont saisi plusieurs plants de chanvre indien. Ces éléments de preuve constituent le fondement des deux accusations. À l'occasion d'un *voir-dire*, le juge du procès a conclu que la preuve avait été obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'a écartée en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la perquisition périphérique n'était pas abusive et que, même s'il y avait eu violation de l'art. 8, l'utilisation de la preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'article 8*

Les droits de l'accusé en vertu de l'art. 8 de la *Charte* ont été violés par la perquisition périphérique de sa maison d'habitation effectuée sans mandat par les policiers. Ceux-ci n'étaient pas autorisés par la loi à effectuer la perquisition. Les environs d'une maison d'habitation sont un «endroit» au sens du par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, mais les policiers qui ont participé à la perquisition n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que l'«endroit» contenait un stupéfiant et ils ne se sont donc pas conformés au par. 10(1). La common law ne reconnaissait pas non plus aux policiers le pouvoir d'entrer sur la propriété privée de l'accusé pour y effectuer une perquisition périphérique. Les droits que la common law reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires. En l'absence d'autorisation légitime, la perquisition périphérique est abusive.

(2) *L'article premier*

La perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'accusé n'était pas prescrite «par une règle de droit» conformément à l'article premier de la *Charte*. La perquisition était une initiative policière entreprise sans autorisation légitime.

(3) *Section 24(2)*

The nexus between the unconstitutional search of the perimeter of the dwelling-house and the subsequent discovery of the evidence is sufficiently close to conclude that the evidence was "obtained in a manner that infringed" s. 8 of the *Charter*. The observations made by the police during the perimeter search formed the foundation for the warrant obtained to search the observed premises. The temporal link was not broken by any intervening events.

It is appropriate for this Court in this case to consider *de novo* the question of the admissibility of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge placed undue and unsupported weight upon a finding that the police gave little consideration to other investigatory techniques, and he did not consider the other sets of factors which this Court has determined to be of relevance to a s. 24(2) analysis. Moreover, the s. 24(2) analysis undertaken by the Court of Appeal was clearly *obiter*.

Per Wilson, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ.: The evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. While the evidence obtained as a result of the search was real evidence and its admission would not tend to affect the fairness of the trial, the police conduct represents an extremely serious *Charter* violation. The unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques was neither an excuse nor a justification for the police's action. Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, they must leave the suspect alone. They should not try to gather evidence illegally and unconstitutionally. When they do so, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise. Any other conclusion would lead to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. From the point of view of individual privacy, the illegal intrusion onto the accused's private property cannot be seen as trivial or minimal. Even before the *Charter*, individuals were entitled to expect that their environs would be free of prowling government officials unless and until the conditions for the exercise of legal authority are met. Further, the seriousness of the *Charter* violation was not mitigated by good faith on the part of the police officers involved in the perimeter search. The search was conducted with the knowledge that legal search powers under s. 10 of the *Narcotic Control Act* were unavailable; and the police officers did not misapprehend the scope of their authority. The police must be taken to be

(3) *Le paragraphe 24(2)*

Le lien entre la perquisition périphérique inconstitutionnelle de la maison d'habitation et la découverte subséquente de la preuve est suffisamment étroit pour permettre de conclure que les éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à l'art. 8 de la *Charte*. Les observations faites par les agents de police au cours de la perquisition périphérique ont servi de fondement au mandat obtenu pour effectuer la perquisition des lieux observés. Le lien temporel n'a pas été interrompu par des événements survenus dans l'inter-
valle.

Il s'agit d'un cas où notre Cour peut réexaminer, sous le régime du par. 24(2), la question de l'admissibilité de la preuve obtenue par suite de la perquisition. Le juge du procès a accordé une valeur induue et injustifiée à une conclusion suivant laquelle la police a donné peu d'importance à d'autres techniques d'enquête et il n'a pas tenu compte de l'autre groupe de facteurs que notre Cour a jugés pertinents dans une analyse en vertu du par. 24(2). En outre, l'analyse en vertu du par. 24(2) entreprise par la Cour d'appel était nettement une opinion incidente.

Les juges Wilson, La Forest, Sopinka et McLachlin. Les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que la preuve obtenue par suite de la perquisition était une preuve matérielle et que son utilisation ne porterait pas atteinte à l'équité du procès, la conduite des policiers constitue une violation extrêmement grave de la *Charte*. L'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification à la conduite des policiers. Lorsque la police n'a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d'autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille. Elle ne devrait pas tenter d'obtenir une preuve d'une manière illégale et inconstitutionnelle. Lorsque la police agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu'elle ne le serait autrement. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. Sur le plan de la vie privée, l'intrusion illégale dans la propriété privée de l'accusé n'est ni anodine ni minime. Même avant l'adoption de la *Charte*, les particuliers avaient le droit de s'attendre à ce que leur environnement soit protégé contre des fonctionnaires fureteurs à moins que ceux-ci ne satisfassent aux conditions requises pour exercer leurs pouvoirs légaux. En outre, la gravité de la violation de la *Charte* n'était pas tempérée par la bonne foi des agents enquêteurs qui ont participé à la perquisition périphérique. Ils ont procédé à la perquisition en sachant qu'ils ne disposaient pas de pouvoirs légaux de perquisition en vertu de l'art.

aware of this Court's judgments delimiting police powers. Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Any doubt they may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2). Where police powers are already constrained by statute or judicial decisions, it is not open to a police officer to test the limits by ignoring the constraint and claiming later to have been "in the execution of his duties". Finally, the administration of justice would suffer far greater disrepute from the admission of this evidence than from its exclusion. This Court must not be seen to condone deliberate unlawful conduct designed to subvert both the legal and constitutional limits of police power to intrude on individual privacy. The section 8 violation was flagrant, and the disrepute to the justice system that would necessarily result from the admission of the impugned evidence could not be counterbalanced by speculation about the disrepute that might flow from its exclusion.

Per Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting): The evidence found during the lawful search of the accused's dwelling-house is admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. First, real evidence, unlike self-incriminating statements, does not have a detrimental effect upon adjudicative fairness. Second, the "seriousness of the *Charter* violation" does not militate against the admission of the evidence. The violation arose as a result of a misapprehension of the law on the part of the police officers. Their error as to the scope of their authority to engage in the search was not an unreasonable one, and it was certainly not unreasonable for them to assume, as the Court of Appeal decided, that a perimeter search would not infringe s. 8. Further, although a *Charter* violation preceded the lawful search undertaken pursuant to prior judicial authorization, the subsequent search was not sufficiently "tainted" to render the fruits of that lawful search inadmissible. The nature of the unconstitutional intrusion was minimal, and the police infringed an interest for which the objective expectation of privacy was comparatively low. The motivation behind the *Charter* infringement was to obtain evidence in a situation in which other avenues of investigation seemed to have been foreclosed. Finally, it is significant that the police did obtain a search warrant prior to the actual search of the dwelling-house. All these factors reinforce the trial

10 de la *Loi sur les stupéfiants*; et les policiers ne peuvent prétendre qu'ils avaient mal compris la portée de leur autorité. La police est censée être au courant des arrêts de notre Cour qui délimitent ses pouvoirs. Ou bien les policiers savaient que c'était une violation de propriété ou bien ils auraient dû le savoir. Tout doute qu'ils pouvaient avoir quant à leur capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier la bonne foi aux fins du par. 24(2). Lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n'est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n'en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été «dans l'exercice de ses fonctions». Finalement, l'utilisation de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice beaucoup plus que ne le ferait son exclusion. Notre Cour ne peut donner à penser qu'elle tolère une conduite illégale délibérée visant à passer outre les limites légales et constitutionnelles du pouvoir de la police de s'immiscer dans la vie privée. La violation de l'art. 8 était flagrante et la déconsidération du système judiciaire qui résulterait nécessairement de l'utilisation de la preuve contestée ne peut être compensée par la déconsidération hypothétique que pourrait entraîner son exclusion.

Le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents): La preuve matérielle découverte au cours de la perquisition légale de la maison d'habitation de l'accusé est admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*. Premièrement, la preuve matérielle, contrairement à des déclarations auto-incriminantes, n'a pas d'effet sur l'équité de la décision. Deuxièmement, la «gravité de la violation de la *Charte*» ne milite pas contre l'utilisation de la preuve. La violation résulte d'une mauvaise compréhension de la loi par des agents de police. Leur erreur quant à la portée de leur pouvoir d'effectuer la perquisition n'est pas déraisonnable et il n'est certainement pas déraisonnable pour eux de prétendre, comme la Cour d'appel l'a décidé, qu'une perquisition périphérique ne porterait pas atteinte à l'art. 8. En outre, bien que la violation de la *Charte* ait précédé la perquisition légale effectuée en application d'une autorisation judiciaire préalable, la perquisition subséquente n'est pas suffisamment «viciée» pour rendre inadmissibles les fruits de cette perquisition légale. La gravité de l'intrusion inconstitutionnelle est minime et les policiers ont violé un intérêt pour lequel l'attente objective en matière de vie privée est comparativement faible. La violation de la *Charte* était motivée par le désir de recueillir des éléments de preuve dans une situation où d'autres moyens d'enquête semblaient impossibles. Enfin, il est révélateur que la police ait effectivement

judge's determination of "good faith" on the part of the authorities. Third, in the present circumstances, it is the exclusion of the evidence that would do violence to the repute of the justice system. Although not trivial, the breach of the accused's *Charter* rights was far less severe than would be the case in a search of his person. The manifest culpability of the accused, in combination with the low level intrusion on his reasonable expectation of privacy from the *Charter* breach, weighs heavily in favour of the admissibility of the evidence.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10(1)(a) [rep. & sub. 1985, c. 19, s. 200].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, 43 C.R.R. 364, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on charges of possession of a narcotic for the purpose of trafficking and of unlawfully cultivating marijuana con-

obtenu un mandat de perquisition avant la perquisition réelle de la maison d'habitation. Tous ces facteurs appuient la conclusion de «bonne foi» de la part des autorités à laquelle est arrivé le juge du procès. Troisièmement, dans les circonstances, c'est la décision d'écartier les éléments de preuve qui aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire. Bien qu'elle ne soit pas anodine, la violation des droits que la *Charte* reconnaît à l'accusé est beaucoup moins grave que le serait une fouille de sa personne. La culpabilité manifeste de l'accusé, conjuguée au faible degré de violation de son attente raisonnable en matière de vie privée, milite fortement en faveur de l'utilisation de la preuve.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés:** *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 4(2), 6(1), 10(1)a) [abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 200].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, 43 C.R.R. 364, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le

trary to the *Narcotic Control Act*, [1988] B.C.D. Crim. Conv. 6060-01, 3 W.C.B. (2d) 265, 11 C.R.D. 850.50-11. Appeal allowed, Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

David M. Rosenberg and Paul S. Rosenberg, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and V. Gordon Rose, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

DICKSON C.J. (dissenting)—

The Facts

The appellant was charged on an indictment that, on or about November 5, 1986, at or near Shawnigan Lake, British Columbia, he unlawfully had in his possession a narcotic, cannabis (marijuana), for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1; and that he was unlawfully cultivating marijuana contrary to s. 6(1) of the Act.

On November 5, 1986, R.C.M.P. officers entered the appellant's residence, pursuant to a search warrant dated November 4, 1986, and seized marijuana plants. This evidence formed the basis of the two charges. Prior to the commencement of trial before Cashman Co. Ct. J., counsel agreed to a *voir dire* in order for the trial judge to consider the admissibility of the seized evidence. For the purposes of the *voir dire*, counsel relied on the testimony which had been adduced at the preliminary hearing. The reasons of Cashman Co. Ct. J. on the *voir dire* provide a thorough summary of the events leading up to the seizure of the evidence:

The events commenced on October 30th, 1986, and what occurred is best described in the evidence of Constable Povarchook. He said that his first involvement with the matter was on October 30th, 1986, and on that day he and other members of the Drug Section were performing surveillance as a result of information which

trafic et de culture illégale de chanvre indien en contravention de la *Loi sur les stupéfiants*, [1988] B.C.D. Crim. Conv. 6060-01, 3 W.C.B. (2d) 265, 11 C.R.D. 850.50-11. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

David M. Rosenberg et Paul S. Rosenberg, pour l'appellant.

S. David Frankel, c.r., et V. Gordon Rose, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF DICKSON (dissident)—

Les faits

L'appellant a été inculpé par voie de mise en accusation d'avoir eu en sa possession, le 5 novembre 1986 ou vers cette date, à Shawnigan Lake (Colombie-Britannique) ou dans les environs, un stupéfiant, cannabis (chanvre indien), en vue d'en faire le trafic en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1; et d'avoir fait la culture de chanvre indien en contravention du par. 6(1) de la Loi.

Le 5 novembre 1986, des agents de la G.R.C. sont entrés dans la résidence de l'appellant, en vertu d'un mandat de perquisition daté du 4 novembre 1986, et ont saisi des plants de chanvre indien. Cette preuve a servi de base aux deux accusations. Avant le commencement du procès devant le juge Cashman de la Cour de comté, les avocats se sont mis d'accord sur la tenue d'un *voir-dire* pour examiner l'admissibilité de la preuve saisie. Aux fins du *voir-dire*, les avocats se sont fondés sur les témoignages produits à l'enquête préliminaire. Les motifs du juge Cashman relatifs au *voir-dire* donnent un résumé complet des événements qui ont abouti à la saisie de ce qui a servi de preuve:

[TRADUCTION] Les événements ont commencé le 30 octobre 1986 et ce qui s'est passé est mieux décrit dans le témoignage de l'agent Povarchook. Il dit s'être occupé de cette affaire pour la première fois le 30 octobre 1986; ce jour-là, lui et d'autres membres de la section des stupéfiants exerçaient une surveillance par suite de ren-

they had received from the Surrey Detachment [of the R.C.M.P. The information they received was that the driver of a truck on the ferry to Vancouver Island was suspected of being involved in the cultivation of marihuana]. They went out to the Swartze Bay ferry terminal in Sidney. At approximately 1440 hours they observed a green Toyota pickup with a white canopy come out of the ferry terminal and head south on the Pat Bay Highway. They were unable to follow this vehicle directly due to traffic, but caught up to it as it was travelling up the Malahat north of Victoria. He then observed it turn onto the South Shawnigan Lake turnoff. At no time did he have an opportunity to observe the driver of that vehicle. At approximately 1534 hours he drove by the residence of 1985 West Shawnigan Lake Road and observed the pickup which he had seen earlier parked near the house on that lot.

The following day, October 31st, he drove by the residence at approximately seven thirty in the morning and saw that the pickup truck was still there. Later in the afternoon he went up in the forces helicopter and took aerial photographs of the residence and the general area, and observed what appeared to be a white vehicle, but he was unable to make out just what vehicle it was.

On the 4th of November, 1986, at approximately two o'clock in the morning, he went to this house with Constable Handy and they conducted what he referred to in his evidence as a perimeter search of the residence. While doing so, he noticed that the residence was a two-storey structure, basement and upper level. The basement windows were curtained off and appeared to be sealed with something behind the curtain. He observed heavy condensation on the patio door window and heard electrical humming from the basement level near the carport around the rear of the residence. He saw a piece of plywood nailed to the wall of the residence, and observed it actually covered what appeared to be a louvered metal vent. From the side of the plywood, he detected a slight odour of marihuana, and on the top of the plywood, the odour was much stronger, and as well he could detect heat coming from the area.

Quite clearly from that evidence, one can see that the officer went right up to this dwelling-house, and observed it closely, and it appears from questions and answers from the cross-examination by Mr. Rosenberg that he, in fact, attempted to peer into the window. He conceded in order to get to the house he had to go down a long driveway, some seventy-five (75) to a hundred (100) yards long. He said he had not had any direct dealings with the accused, and his source of information

seignements reçus du détachement de Surrey [de la G.R.C. Selon ces renseignements, le conducteur d'un camion sur le traversier allant sur l'île de Vancouver était soupçonné d'être impliqué dans la culture de chanvre indien]. Ils se sont rendus au terminal Swartze Bay du traversier à Sidney. Vers 14 h 40, ils ont observé une camionnette Toyota verte avec une bâche blanche qui sortait du terminal du traversier et prenait la direction sud sur la route Pat Bay. Ils n'ont pas pu suivre ce véhicule directement à cause de la circulation, mais l'ont rattrapé alors qu'il circulait sur Malahat au nord de Victoria. Il l'a alors vu prendre la sortie South Shawnigan Lake. Il n'a jamais pu voir le conducteur du véhicule. Vers 15 h 34, il est passé près de la résidence située au 1985 West Shawnigan Lake Road et a observé la camionnette qu'il avait vue stationnée plus tôt près de la maison à cette adresse.

Le lendemain, le 31 octobre, il est passé près de la résidence vers 7 h 30 et a vu que la camionnette s'y trouvait toujours. Plus tard dans l'après-midi, il est monté dans l'hélicoptère du corps policier, a pris des photographies aériennes de la résidence et des environs et a observé ce qui paraissait être un véhicule blanc, mais il n'a pas pu établir l'identité de ce véhicule.

Le 4 novembre 1986, vers 2 h du matin, il s'est rendu à cette maison avec l'agent Handy et ils ont effectué ce qu'il a appelé dans son témoignage une perquisition périphérique de la résidence. Il a alors remarqué que la résidence était une maison de deux étages, sous-sol et niveau supérieur. Les fenêtres du sous-sol avaient des rideaux et les fenêtres paraissaient scellées de quelque manière derrière le rideau. Il a observé une forte condensation sur la porte patio et a entendu un bourdonnement électrique venant du sous-sol, près de l'abri d'auto derrière la résidence. Il a vu un morceau de contre-plaqué cloué au mur de la résidence et remarqué qu'il couvrait ce qui paraissait être un évent à lames. Du côté du contre-plaqué, il a senti une légère odeur de chanvre indien, et au-dessus du contre-plaqué une odeur beaucoup plus prononcée et de la chaleur venant de cet endroit.

Il ressort très clairement de ce témoignage que l'agent s'est rendu directement à cette maison d'habitation, l'a observée attentivement, et il ressort des questions et réponses du contre-interrogatoire mené par M^e Rosenberg qu'il a effectivement tenté de regarder par la fenêtre. Il a reconnu que, pour se rendre à la maison, il devait suivre une longue allée d'environ soixante-quinze (75) à cent (100) verges de long. Il a dit qu'il n'avait eu aucun contact direct avec l'accusé et que ses renseigne-

came solely from the R.C.M.P. in Surrey and not from any informant.

The search of the area immediately surrounding the dwelling-house was conducted without prior judicial authorization. Moreover, when asked whether he had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been or was being committed on the property contrary to the provisions of the *Narcotic Control Act*—a circumstance which under s. 10(1)(a) of the Act would permit a warrantless search of the perimeter—Constable Povarchook of the Royal Canadian Mounted Police, Victoria Drug Section, on cross-examination during the preliminary inquiry replied:

A: I did not have reasonable and probable grounds to believe that there was an offense being committed. I had a suspicion.

Q: Surely, you must have suspected something to go there?

A: Well, I had more than just suspicion. I had solid grounds, but not enough for a search warrant.

In response to further questioning, he stated that it had not been necessary to enter the property either to preserve evidence or to apprehend a felon. The Constable agreed in cross-examination that his visual, olfactory and aural observations could not have been made without going to the property and coming very close to the house.

Pursuant to a search warrant dated November 4, 1986, the police entered the appellant's residence and seized a number of marijuana plants. They also conducted a search of a vehicle that was on the property. The search warrant only authorized a search of the dwelling-house. The lawfulness of the vehicle search was not pursued at trial.

After considering the evidence, the trial judge held that the evidence upon which the Crown relied in support of the charges had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He ruled that the evidence was inadmissible pursuant to s. 24(2) of the

ments avaient pour unique source la G.R.C. de Surrey et non quelque informateur.

La perquisition des environs immédiats de la maison d'habitation a été effectuée sans autorisation judiciaire préalable. De plus, lorsqu'on lui a demandé s'il avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'avait été, ou était en train d'être commise sur la propriété, une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*—ce qui en vertu de l'al. 10(1)a) de la Loi aurait autorisé l'agent à faire une perquisition périphérique sans mandat—l'agent Povarchook de la Gendarmerie royale du Canada, section des stupéfiants de Victoria, a répondu en contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire:

[TRADUCTION]

R: Je n'avais pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction était en train d'être commise. J'avais des soupçons.

Q: Vous deviez sûrement soupçonner quelque chose pour aller là-bas?

R: Bien, j'avais plus que des soupçons. J'avais des motifs solides, mais pas suffisants pour obtenir un mandat de perquisition.

En réponse à d'autres questions, il a dit qu'il n'avait pas été nécessaire d'entrer dans la propriété pour conserver des éléments de preuve ou pour appréhender un malfaiteur. L'agent a reconnu en contre-interrogatoire qu'il n'aurait pas pu faire ses observations visuelles, olfactives et auditives sans entrer dans la propriété et s'approcher très près de la maison.

En vertu d'un mandat de perquisition daté du 4 novembre 1986, les policiers sont entrés dans la résidence de l'appelant et ont saisi un certain nombre de plants de chanvre indien. Ils ont également effectué la fouille d'un véhicule qui se trouvait sur la propriété. Le mandat de perquisition n'autorisait que la perquisition de la maison d'habitation. La légalité de la fouille du véhicule n'a pas été contestée au procès.

Après examen de la preuve, le juge du procès a décidé que la preuve sur laquelle s'appuyait le ministère public pour porter les accusations avait été obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a conclu que la preuve était irrecevable en vertu du par. 24(2) de

Charter. The respondent appealed the decision to the British Columbia Court of Appeal. In a unanimous judgment, the Court allowed the appeal and ordered a new trial. The appellant now appeals from that decision to this Court.

Judgments Below

County Court of Vancouver Island

Cashman Co. Ct. J. first considered the warrantless "perimeter search" of the appellant's dwelling-house. He examined the provisions of the *Narcotic Control Act* and concluded that the yard surrounding a dwelling-house, while it may not be a part of the dwelling-house, is a "place" and may be searched without a warrant provided that the officer has reasonable grounds for believing that the place contains a narcotic. He then found that until Constable Povarchook entered onto the property and made observations he had no reasonable grounds to obtain a search warrant. In fact, the police officer conceded this fact.

Cashman Co. Ct. J. rejected the argument that the police action was merely an investigative procedure. The officer admitted that he had not attempted other investigative measures and, moreover, the trial judge found nothing in the evidence to suggest that what was done occurred in circumstances of urgency or necessity.

The trial judge then considered whether the actions of the police on November 4th constituted a "search". He found that the police had engaged in a warrantless search of the property surrounding the dwelling-house on the basis of a suspicion, but without reasonable grounds. Cashman Co. Ct. J. then reasoned that:

... since the basis of the search warrant subsequently obtained the following day was founded on what was observed during the warrantless search, I find that the search warrant is thus invalid.

Having reached this conclusion, the trial judge considered the admissibility of the evidence of narcotics pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Cashman Co. Ct. J. began by commenting upon the good faith of the police officer involved:

la *Charte*. L'intimée a porté cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans un arrêt unanime, la cour a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. L'appellant se pourvoit maintenant contre cet arrêt devant notre Cour.

Les jugements des juridictions inférieures

La Cour de comté de l'Île de Vancouver

Le juge Cashman a d'abord examiné la «perquisition périphérique» sans mandat de la maison d'habitation de l'appellant. Il a examiné les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et conclu que le terrain sur lequel se trouve une maison d'habitation, bien que ne faisant peut-être pas partie de la maison d'habitation, est un «endroit» et peut faire l'objet d'une perquisition sans mandat pourvu que l'agent ait des motifs raisonnables de croire que l'endroit contient un stupéfiant. Il a alors conclu qu'avant d'entrer dans la propriété et d'y faire des observations, l'agent Povarchook n'avait pas de motifs raisonnables d'obtenir un mandat de perquisition. L'agent a d'ailleurs reconnu ce fait.

Le juge Cashman a rejeté l'argument que les actes des policiers relevaient simplement d'une procédure d'enquête. L'agent a admis qu'il n'avait pas tenté d'autres mesures d'enquête et, de plus, le juge du procès n'a rien trouvé dans la preuve qui donne à entendre que les actes posés l'avaient été dans des circonstances d'urgence ou de nécessité.

Le juge du procès s'est alors demandé si les actes des policiers le 4 novembre constituaient une «perquisition». Il a conclu que les policiers avaient effectué une perquisition sans mandat de la propriété entourant la maison d'habitation, sur le fondement d'un soupçon, mais sans motifs raisonnables. Le juge Cashman a alors dit:

[TRADUCTION] ... puisque le mandat de perquisition obtenu le lendemain était fondé sur les observations faites au cours de la perquisition sans mandat, je conclus que le mandat de perquisition est invalide.

Ayant tiré cette conclusion, il a examiné l'admissibilité de la preuve concernant les stupéfiants en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Cashman a commencé par des observations sur la bonne foi de l'agent de police en cause:

From what I have heard in this case, I have no reason to doubt what Constable Povarchook did on November 4th at two o'clock in the morning he did in good faith, albeit one may well view his procedure as somewhat of a shortcut in obtaining the evidence necessary to found a search warrant.

After considering the judgment of this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the trial judge reiterated that little consideration was given by the police to other investigative procedures. The trial judge concluded that the evidence found as a result of the search made pursuant to the warrant should be excluded "because considering all the circumstances, the admission of it would, in my opinion, bring the administration of justice into disrepute".

British Columbia Court of Appeal

The respondent appealed from the judgment of Cashman Co. Ct. J. to the Court of Appeal of British Columbia: (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. Craig J.A. delivered the unanimous judgment of the Court. He held, first, that while the police officers were trespassers, s. 8 ensures only a reasonable expectation of privacy: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The determination of what constitutes a reasonable expectation, according to Craig J.A. (at pp. 200-201):

... will vary according to the circumstances. In assessing this factor, the court must consider whether in a particular situation the public interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on an individual's privacy in order to enhance its goals, notably those of law enforcement.

In the instant case, Craig J.A. disagreed with the weight which the trial judge placed upon the fact that the police failed to utilize other investigatory procedures. He concluded that since other investigative techniques were impractical, the minimal intrusion of a perimeter search, although a trespass, did not amount to an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter*.

Although it was unnecessary to pursue the analysis, Craig J.A. then considered whether the trial judge erred in holding that the evidence obtained

[TRADUCTION] Les témoignages en l'espèce ne me donnent aucune raison de douter que l'agent Povarchook ait agi de bonne foi à deux heures du matin le 4 novembre, même si on peut considérer sa façon d'agir un peu comme un raccourci pour obtenir la preuve nécessaire pour justifier un mandat de perquisition.

Après avoir examiné l'arrêt de notre Cour *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge du procès a répété que la police avait accordé peu d'attention à d'autres procédures d'enquête. Il a conclu que la preuve découverte par suite de la perquisition effectuée sans mandat devait être écartée [TRADUCTION] «parce que, compte tenu de toutes les circonstances, à mon avis, son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

L'intimée s'est pourvu en appel du jugement du juge Cashman à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. Le juge Craig a rendu l'arrêt unanime de la cour. Il a d'abord conclu que, bien qu'il y ait eu violation de propriété par les agents de police, l'art. 8 ne garantit qu'une attente raisonnable en matière de vie privée: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Suivant le juge Craig, la détermination de ce qui constitue une attente raisonnable (aux pp. 200 et 201):

[TRADUCTION] ... variera suivant les circonstances. Dans l'appréciation de ce facteur, la cour doit se demander si, dans une situation donnée, l'intérêt public à ne pas être importuné doit céder le pas à l'intérêt qu'a le gouvernement à s'immiscer dans la vie privée d'un individu pour atteindre ses objectifs, notamment l'application de la loi.

Le juge Craig a exprimé son désaccord avec le poids que le juge du procès a accordé au fait que les policiers n'avaient pas utilisé d'autres procédures d'enquête. Il a conclu que, puisque d'autres techniques d'enquête étaient peu pratiques, l'intrusion minimale que constitue une perquisition périphérique, bien que ce soit une violation de propriété, n'équivalait pas à une perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

Bien qu'il ne fût pas nécessaire de poursuivre l'analyse, le juge Craig s'est ensuite demandé si le juge du procès avait commis une erreur en con-

through the search of the appellant's dwelling-house ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Craig J.A. considered the judgment of this Court in *Collins, supra*, and concluded that "the main factor bearing on bringing the administration of justice into disrepute was whether the violation of the accused's Charter right would render his trial unfair" (p. 203). Craig J.A. concluded that since the cultivation of marijuana was real evidence, it was admissible pursuant to s. 24(2).

The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal on both grounds and ordered a new trial.

Relevant Legislation

Narcotic Control Act

The provisions of the *Narcotic Control Act* relevant to this appeal, as they stood at the time of the events in issue, are as follows:

4. (1) ...

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

6. (1) No person shall cultivate opium poppy or marihuana except under the authority of and in accordance with a licence issued to him under the regulations.

10. (1) A peace officer may, at any time,

(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

The provisions of the *Charter*, relevant to this appeal, are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

cluant que la preuve obtenue au moyen de la perquisition de la maison d'habitation de l'appelant devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Craig a examiné l'arrêt *Collins* de notre Cour, précité, et a conclu que [TRADUCTION] «le facteur principal pour qu'il y ait déconsidération de l'administration de la justice était de savoir si la violation du droit que la *Charte* reconnaît à l'accusé rendrait le procès inéquitable» (p. 203). Le juge Craig a conclu que, puisque la culture du chanvre indien était une preuve matérielle, elle pouvait être utilisée en application du par. 24(2).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit aux deux moyens d'appel et ordonné un nouveau procès.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les stupéfiants

Les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* pertinentes dans le présent pourvoi et en vigueur au moment des événements en cause, sont les suivantes:

4. (1) ...

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

6. (1) Nul ne peut cultiver le pavot somnifère ou le chanvre indien sauf avec l'autorisation et en conformité d'un permis à lui délivré aux termes des règlements.

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,

a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre que dans une maison d'habitation et, sous l'autorité d'un mandat décerné aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise.

Charte canadienne des droits et libertés

Les dispositions de la *Charte* pertinentes en l'espèce sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

24. (1) ...

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

Analysis

1. Unreasonable Search and Seizure

The first issue raised in this appeal is whether the warrantless perimeter search of the dwelling-house of the appellant, conducted on November 4, 1986, was an unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter*. At the outset, I would reiterate the dictum of this Court in *Hunter, supra*, regarding the interpretation of s. 8 and, specifically, the role which s. 8 plays in limiting the pre-existing search powers of the state (at pp. 156-57):

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action. . . . in guaranteeing the right to be secure from unreasonable searches and seizures, s. 8 acts as a limitation on whatever powers of search and seizure the federal or provincial governments already and otherwise possess. It does not in itself confer any powers, even of "reasonable" search and seizure, on these governments.

In the case at bar, the respondent concedes that what occurred outside of the dwelling-house of the appellant on the night of November 4, 1986, was a search for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Moreover, the search was conducted without prior judicial authorization in the form of a search warrant. Of direct relevance, then, is the dictum of this Court in *Hunter, supra*, wherein it was recognized that the absence of prior authorization raises a presumption of unreasonableness which must be

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

24. (1) ...

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

L'analyse

1. Fouille, perquisition et saisie abusives

La première question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si la perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'appellant, effectuée sans mandat le 4 novembre 1986, était une fouille, perquisition ou saisie abusive selon l'art. 8 de la *Charte*. Au départ, je voudrais répéter l'opinion incidente de notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, concernant l'interprétation de l'art. 8 et, plus précisément, le rôle que joue l'art. 8 en limitant les pouvoirs préexistants de l'État en matière de fouille et de perquisition (aux pp. 156 et 157):

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. [...] en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies «raisonnables».

En l'espèce, l'intimée reconnaît que ce qui s'est passé à l'extérieur de la maison d'habitation de l'appellant, la nuit du 4 novembre 1986, était une perquisition aux fins de l'art. 8 de la *Charte*. De plus, la perquisition a été effectuée sans l'autorisation judiciaire préalable que constitue un mandat de perquisition. Est alors directement pertinente l'opinion incidente de notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, qui reconnaît que l'absence d'autorisation préalable donne naissance à une pré-

rebutted by the party seeking to justify the warrantless search (p. 161).

The first hurdle which must be overcome by the respondent in that attempt at justification is readily apparent. In *R. v. Collins*, *supra*, this Court reiterated the presumption against warrantless searches and described the burden that rests on a party attempting to establish reasonableness (at p. 278):

... once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

In order to show reasonableness, then, it is first necessary for the respondent to establish that the search was authorized by law. The trial judge undertook this analysis and, quite rightly, focussed his attention on s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*. Cashman Co. Ct. J. found, and on this point I do not think there can be any dispute, that the perimeter of a dwelling-house, while perhaps not part of the dwelling-house, is a "place" within the meaning of s. 10 of the *Narcotic Control Act*. Having made this determination, the trial judge then considered the statutory preconditions for the search of a "place" pursuant to s. 10, and he made reference to the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97. In that case, Martin J.A., for the Court, considered s. 10(1)(a) and concluded, at p. 125, that:

Section 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act* authorizes a warrantless search of a "place" other than a dwelling-house by a peace officer who has reasonable grounds for believing that the "place" contains a narcotic.

He reached this conclusion on the basis of the legislative history of the section, at p. 106:

Thus, from its inception, the legislation conferring power to search places other than dwelling-houses without a warrant has required the existence of reasonable grounds for believing that the place to be searched contains a drug, possessed in contravention of the legislation....

somption de caractère abusif que doit réfuter la partie qui cherche à justifier la perquisition effectuée sans mandat (p. 161).

Le premier obstacle que doit franchir l'intimée dans sa tentative de justification est évident. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, notre Cour a répété la présomption contre les perquisitions sans mandat et a décrit le fardeau qui incombe à la partie qui tente d'établir le caractère raisonnable (à la p. 278):

... du moment que l'appelant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Pour démontrer le caractère raisonnable, l'intimée doit donc établir d'abord que la fouille ou perquisition était autorisée par la loi. Le juge du procès a entrepris cette analyse et, très justement, a centré son attention sur le par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Le juge Cashman a conclu, et je ne crois pas qu'il puisse y avoir de divergences sur ce point, que les environs d'une maison d'habitation, bien qu'ils ne fassent peut-être pas partie de la maison d'habitation, sont un «endroit» au sens de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Ayant tiré cette conclusion, le juge du procès a alors examiné les conditions préalables établies par la loi pour la perquisition d'un «endroit» en application de l'art. 10 et s'est reporté à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97. Dans cet arrêt, le juge Martin, au nom de la cour, a examiné l'al. 10(1)a) et conclu à la p. 125 que:

[TRADUCTION] L'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* autorise une perquisition sans mandat d'un «endroit» autre qu'une maison d'habitation par un agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire que l'«endroit» contient un stupéfiant.

Il a tiré cette conclusion sur le fondement de l'histoire législative de l'article, à la p. 106:

[TRADUCTION] Ainsi, depuis ses débuts, la disposition qui attribue un pouvoir de perquisitionner sans mandat des endroits autres que des maisons d'habitation a exigé l'existence de motifs raisonnables de croire que l'endroit à perquisitionner contient une drogue possédée en contravention de la loi...

I find no legislative intent to displace the requirement that police officers, in searching places other than a dwelling-house without a warrant, must have reasonable grounds to believe that a narcotic is present or to substitute a purely arbitrary discretion on the part of police officers to search places other than dwelling-houses at will. This would be entirely contrary to the English and Canadian tradition.

Even if s. 10(1)(a) were equally open to the construction that reasonable grounds for belief are not required to justify a warrantless search of places other than a dwelling-house, or to the construction that reasonable grounds for believing that the place contains a narcotic in contravention of the Act is required, I would feel constrained to adopt the latter construction to avoid doing violence to fundamental principles which are deeply rooted in our legal system.

I fully endorse the comments of Martin J.A. on the interpretation of s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*.

In ruling on the *voir dire*, Cashman Co. Ct. J. had little difficulty in reaching the conclusion that the police officers involved in the perimeter search lacked the requisite reasonable grounds for compliance with s. 10(1) of the Act. Given the concession by Officer Povarchook at the preliminary hearing that he did not have reasonable and probable grounds sufficient to obtain a search warrant, the inevitable conclusion is that the police lacked statutory authority to conduct the perimeter search. Indeed, the respondent conceded before this Court that the police lacked reasonable and probable grounds.

In the judgment of Craig J.A., considerable weight is placed upon certain statements in *Hunter, supra*, in which this Court adopted the reasoning of Stewart J., of the Supreme Court of the United States, in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967): "the Fourth Amendment protects people, not places". However, the adoption of Stewart J.'s dictum in the context of s. 8 clearly was not intended to inhibit the reasonableness of the expectation of privacy of the individual with respect to his or her activities on private property. The point emphasized by Stewart J., and accepted by this Court in *Hunter*, was that the reasonable-

Je ne vois aucune intention législative de modifier l'exigence que les agents de police, qui perquisitionnent sans mandat des endroits autres qu'une maison d'habitation, aient des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant s'y trouve, ou de la remplacer par un pouvoir discrétionnaire purement arbitraire des agents de police de perquisitionner à volonté des endroits autres que des maisons d'habitation. Ce serait tout à fait contraire à la tradition anglaise et canadienne.

Même s'il était tout aussi possible de donner à l'al. 10(1)(a) l'interprétation que des motifs raisonnables de croire ne sont pas nécessaires pour justifier une perquisition sans mandat d'endroits autres qu'une maison d'habitation, ou l'interprétation que des motifs raisonnables de croire que l'endroit contient un stupéfiant en contravention de la Loi sont nécessaires, je m'estimerais tenu d'adopter la dernière pour éviter toute entorse à des principes fondamentaux profondément enracinés dans notre système juridique.

J'adopte entièrement les commentaires du juge Martin sur l'interprétation du par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*.

En rendant sa décision sur le *voir-dire*, le juge Cashman n'a pas eu de difficulté à conclure que les agents de police qui ont participé à la perquisition périphérique n'avaient pas les motifs raisonnables requis pour respecter le par. 10(1) de la Loi. Vu que l'agent Povarchook a reconnu à l'enquête préliminaire qu'il n'avait pas de motifs raisonnables et probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, la conclusion inévitable est que la police n'avait pas le pouvoir d'effectuer la perquisition périphérique. D'ailleurs, l'intimée a reconnu devant notre Cour que la police n'avait pas de motifs raisonnables et probables.

Le juge Craig accorde beaucoup de poids à certaines affirmations de l'arrêt *Hunter*, précité, dans lequel notre Cour a adopté le raisonnement du juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967): [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Cependant, l'adoption de l'opinion incidente du juge Stewart dans le contexte de l'art. 8 n'était évidemment pas destinée à suspendre le caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée de l'individu relativement à ses activités sur une propriété privée. Le point souligné par le juge Stewart