

**Santiago Wong** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the  
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. V. WONG

File No.: 20549.

1990: May 2; 1990: November 22.

Present: Dickson C.J.\* and Lamer C.J.\*\* and Wilson,  
La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka 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 video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether admission into evidence of videotape would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Admissibility of videotape — Whether video surveillance without authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in*

**Santiago Wong** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

a

et

**Le procureur général du Canada et le  
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. C. WONG

N° du greffe: 20549.

1990: 2 mai; 1990: 22 novembre.

c

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

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

d

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve —*

e

*La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.*

f

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve —*

g

*La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer*

h

*l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — Admissibilité d'une bande magnétoscopique — La surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — L'utili-*

\* Chief Justice at the time of hearing.

\*\* Chief Justice at the time of judgment.

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

\*\* Juge en chef à la date du jugement.

*breach of the Charter, would bring administration of justice into disrepute.*

*Criminal law — Electronic video surveillance — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether video surveillance infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter.*

Police installed a video camera without prior judicial authorization and monitored the activities in a hotel room registered to the appellant in the course of an investigation of a "floating" gaming house. They conducted a raid and found the appellant to be in possession of profit lists. They seized gaming paraphernalia and a large sum of money. The trial judge acquitted the appellant of keeping a common gaming house. He held that the video surveillance was a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the evidence thereby obtained under s. 24(2). The Court of Appeal allowed the appeal against acquittal and ordered a new trial on the ground that s. 8 was not violated.

The constitutional questions stated in this Court were: (1) whether surreptitious video surveillance by police of a hotel room without prior judicial authorization infringes s. 8 of the *Charter*; (2) if so, whether it is justified by s. 1 of the *Charter*; and (3) if those rights have been infringed, whether the admission into evidence of the videotape would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*.

*Held* (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.: The degree of privacy reasonably expected in a free society would be seriously diminished by unrestricted video surveillance by agents of the state. A person who occupies a hotel room has a reasonable expectation of privacy, and a warrantless video search there constituted an unreasonable search and seizure. Whether persons who are the objects of an electronic search have a reasonable expectation of privacy does not depend on whether or not those persons were engaged in illegal activities. The protection of s. 8 of the *Charter* is meant to shield against warrantless video surveillance and the unauthorized video surveillance offended

*sation de la preuve obtenue en violation de la Charte est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?*

*Droit criminel — Surveillance magnétoscopique — Preuve obtenue par une surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique viole-t-elle le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte?*

Des agents de police ont installé une caméra vidéo sans autorisation judiciaire préalable et ils ont surveillé, dans le cadre d'une enquête visant une maison de jeu «flottante», les activités qui se déroulaient dans une chambre d'hôtel réservée par l'appelant. Ils ont effectué une descente et trouvé l'appelant en possession de listes de profit. Ils ont saisi du matériel de jeu ainsi qu'une importante somme d'argent. Le juge du procès a acquitté l'appelant accusé d'avoir tenu une maison de jeu. Il a statué que la surveillance magnétoscopique portait atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a écarté la preuve obtenue par un tel moyen en se fondant sur le par. 24(2). La Cour d'appel a accueilli le pourvoi formé contre l'acquiescement et ordonné un nouveau procès au motif qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8.

Les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour étaient les suivantes: (1) la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable porte-t-elle atteinte à l'art. 8 de la *Charte*? (2) si oui, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte*? et (3) si ces droits ont été violés, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*?

*Arrêt* (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka: La surveillance magnétoscopique illimitée par des agents de l'État diminuerait d'une manière importante le degré de vie privée auquel nous pouvons raisonnablement nous attendre dans une société libre. Quiconque occupe une chambre d'hôtel s'attend raisonnablement au respect de sa vie privée, et une surveillance magnétoscopique sans mandat effectuée à cet endroit constitue une fouille, perquisition ou saisie abusive. La question de savoir si les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition électronique pouvaient raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée ne peut être liée à celle de savoir si ces personnes commet-

against the reasonable expectations of privacy protected by that section.

It is for Parliament, and not the courts, to devise a code of procedure for judicial pre-authorization of the use by law enforcement agencies of electronic video surveillance for the purposes of criminal investigations. The courts' function is to assess the constitutionality of such procedures. Part IV.1 of the *Criminal Code* dealing with electronic interception of oral communications did not apply to electronic video surveillance.

The surreptitious video surveillance was not justified by s. 1 of the *Charter*. However, the appellant did not establish that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute for the purposes of s. 24(2) of the *Charter*. The police acted in good faith and had reasonable and probable grounds to believe that the offence had been committed. The *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who had sought legal advice about the steps that could be taken to obtain evidence they could not otherwise obtain.

*Per Lamer C.J. and McLachlin J.*: Not every unauthorized electronic surveillance carried out by the agents of the state violates s. 8 of the *Charter*. *R. v. Duarte* stands for the proposition that the recording of a private communication, without the consent of all parties thereto, constitutes a search for the purpose of s. 8. Such a search may be reasonable only where prior judicial authorization has been obtained. Unauthorized surreptitious electronic surveillance will violate s. 8 where the target of the surveillance has a reasonable expectation of privacy. The consideration of whether an individual has a reasonable expectation of privacy can only be decided within the particular factual context of the surveillance. The appellant had no reasonable expectation of privacy as he had invited the public into the hotel room and, accordingly, no search took place within the meaning of s. 8.

*Per Wilson J. (dissenting)*: The reasons of La Forest J. on the s. 8 violation were agreed with. The dissent was confined to the s. 24(2) issue.

taient des actes illégaux. Les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* visent à nous protéger contre la surveillance magnétoscopique effectuée sans mandat et une telle surveillance non autorisée porte atteinte aux attentes raisonnables quant au respect de la vie privée garanties par cet article.

Il appartient au Parlement et non aux tribunaux d'élaborer un code régissant l'autorisation judiciaire préalable du recours, par les autorités responsables de l'application de la loi, à la surveillance magnétoscopique aux fins des enquêtes criminelles. Le rôle du tribunal consiste à vérifier la constitutionnalité de ces mesures. La partie IV.1 du *Code criminel* qui traite de l'interception électronique des communications orales ne s'applique pas à la surveillance magnétoscopique.

La surveillance vidéo effectuée subrepticement n'était pas justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. L'appelant n'a pas démontré que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les policiers ont agi de bonne foi et ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'infraction avait été commise. La violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant à la loi par les policiers, qui ont demandé un avis juridique sur les mesures qui pouvaient être prises pour obtenir des éléments de preuve qu'ils n'auraient pu autrement obtenir.

*Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin*: La surveillance électronique non autorisée effectuée par des agents de l'État ne viole pas toujours l'art. 8 de la *Charte*. L'arrêt *R. c. Duarte* énonce le principe selon lequel l'enregistrement d'une communication privée, sans le consentement de toutes les parties à celle-ci, constitue une fouille ou une perquisition aux fins de l'art. 8. Une telle fouille ou perquisition ne peut être raisonnable que lorsqu'une autorisation judiciaire préalable a été obtenue. La surveillance électronique subreptice non autorisée porte atteinte à l'art. 8 lorsque la cible de celle-ci a une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. La question de savoir si une personne a une attente raisonnable quant au respect de la vie privée ne peut être tranchée que dans le contexte factuel particulier de la surveillance. L'appelant n'avait aucune attente raisonnable quant au respect de la vie privée puisqu'il avait invité le public dans la chambre d'hôtel et par conséquent, il n'y a pas eu de fouille ou perquisition au sens de l'art. 8.

*Le juge Wilson (dissidente)*: Il y avait accord avec les motifs du juge La Forest en ce qui concerne la violation de l'art. 8. La dissidence se limitait à la question du par. 24(2).

The presence of the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2) of the *Charter* suggests that the context is vital in determining whether evidence obtained in violation of *Charter* rights should nonetheless be admitted. The videotape evidence existed purely as a result of the violation of s. 8. In this sense it was analogous to a confession and quite different from evidence which has an independent existence apart entirely from the *Charter* violation.

Fair trial considerations favoured the exclusion of the videotape evidence. Police could and should have sought an authorization for a wiretap under Part IV.1 of the *Criminal Code*, at which time they could have put to the authorizing judge their desire to use video surveillance independent from or in addition to audio surveillance. Instead, they proceeded in blatant disregard for the appellant's *Charter* rights. Their conduct was deliberate and was not based on a reasonable, or indeed any, misunderstanding of the law. The admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute given the nature of the evidence, the gravity of the *Charter* infringement and the fact the offence with which the appellant was charged did not fall into the more serious category. To extend the principle in *Duarte* to this case is to ignore completely the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2).

### Cases Cited

By La Forest J.

**Considered:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. ix; *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964); *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980); *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986); *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566; *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, leave to appeal refused [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 S.C.R. xii; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix.

La présence des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2) de la *Charte* laisse entendre que le contexte est essentiel lorsqu'il s'agit de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation des droits reconnus par la *Charte* devraient néanmoins être admis. L'existence de la preuve magnétoscopique résultait purement et simplement de la violation de l'art. 8. En ce sens, elle est analogue à une confession et tout à fait différente d'une preuve qui existe indépendamment d'une violation de la *Charte*.

Les considérations relatives à l'équité du procès favorisent l'exclusion de la preuve magnétoscopique. Les agents de police pouvaient et devaient chercher à obtenir une autorisation en vue de procéder à une écoute électronique sous le régime de la partie IV.1 du *Code criminel*, et ils auraient pu alors faire connaître au juge concerné leur désir d'utiliser la surveillance magnétoscopique indépendamment de la surveillance audio ou en plus de celle-ci. Ils n'ont au contraire aucunement tenu compte des droits que possède l'appellant en vertu de la *Charte*. Leur conduite était délibérée et n'était pas fondée sur des motifs raisonnables ou même sur une méprise quant à la loi. L'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice étant donné la nature de la preuve, la gravité de la violation de la *Charte* et le fait que l'infraction dont l'accusé était inculpé ne faisait pas partie de la catégorie des infractions très graves. Étendre le principe énoncé dans l'arrêt *Duarte* à l'espèce, c'est ne tenir aucun compte des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2).

### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêt examiné:** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix; *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964); *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980); *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986); *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566; *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, autorisation de pourvoi refusée [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 R.C.S. xii; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix.

By Lamer C.J.

**Referred to:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

By Wilson J. (dissenting)

*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.13(2)(c) [ad. S.C. 1973-74, c. 50, s. 2; am. S.C. 1976-77, c. 53, s. 9], (d) [ad. S.C. 1973-74, c. 50, s. 2] (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 186(4)(c), (d)).

#### Authors Cited

Amsterdam, Anthony G. "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 19 O.A.C. 365, 34 C.C.C. (3d) 51, 56 C.R. (3d) 352, setting aside the accused's acquittal by Paris Prov. Ct. J. on a charge of keeping a common gaming house and ordering a new trial. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

*Alan D. Gold* and *Aimée Gauthier*, for the appellant.

*Casey Hill* and *Susan Chapman*, for the respondent.

*R. W. Hubbard*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jack Watson*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

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

LA FOREST J.—This appeal is concerned with the protection afforded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against the surreptitious video recording of hotel rooms by the police in the absence of judicial authorization.

Citée par le juge Lamer

**Arrêt mentionné:** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

#### <sup>a</sup> Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 9 10(b), 24(2).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.13(2)(c) [aj. S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2; mod. S.C. 1976-77, ch. 53, art. 9], (d) [aj. S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2] (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186(4)(c), (d)).

#### <sup>d</sup> Doctrine citée

Amsterdam, Anthony G. «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 19 O.A.C. 365, 34 C.C.C. (3d) 51, 56 C.R. (3d) 352, qui a infirmé l'acquittement de l'accusé par le juge Paris de la Cour provinciale à l'égard de l'accusation de tenir une maison de jeu et qui a ordonné un nouveau procès. <sup>e</sup> Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

*Alan D. Gold* et *Aimée Gauthier*, pour l'appellant.

<sup>g</sup> *Casey Hill* et *Susan Chapman*, pour l'intimée.

*R. W. Hubbard*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

<sup>h</sup> *Jack Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges *La Forest*, *L'Heureux-Dubé* et *Sopinka* 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 magnétoscopique effectué subrepticement dans des chambres d'hôtel par la police en l'absence d'autorisation judiciaire.

Facts

During the summer of 1984 the Toronto Police commenced an investigation aimed at determining the location of "floating" gaming houses frequented by gamblers of Oriental extraction. As part of this investigation, police officers attended at various downtown hotels and asked the security officers in those establishments to inform them of "anything unusual as to Orientals attending hotels".

Some time after this request, in September of the same year, the security staff at a major downtown hotel contacted the police with information relating to the possible use of their premises for illegal gaming. On September 17, the officers in charge of the gambling investigation went to the hotel and attended at a recently vacated room. There the officers found that the occupants of the room had rearranged the furniture in order to form a long table suitable for gambling. In addition, on searching the garbage the occupants had left behind, the police found many slips of paper bearing Chinese characters. The slips bore the address and number of the hotel room, and the chief investigating officer was able to identify these notices as similar to some which he knew were distributed to potential Oriental gamblers in various restaurants in Toronto's Chinatown area.

The police checked the hotel register and discovered that the appellant, Santiago Wong, had booked this room for the 19th and 20th of the same month. On the basis of their findings of the 17th, the police concluded that the room booked by the appellant might be used for illegal gambling. After determining that it would not be feasible to see into the room from the roof of the other wing of the hotel, the officers in charge of the investigation concluded that only video surveillance would enable them to further their investigation by actually monitoring what transpired in the room booked by the appellant. Notably, the police rejected the idea of employing undercover officers. On the basis of past experience, they were certain

Les faits

Au cours de l'été 1984, la police de Toronto a entrepris une enquête visant à déterminer les endroits où se tenaient des maisons de jeu «flottantes» fréquentées par des joueurs d'origine orientale. Dans le cadre de cette enquête, des agents de police se sont présentés à divers hôtels du centre de la ville et ont demandé aux agents de sécurité de ces établissements de les aviser de [TRADUCTION] «tout fait étrange touchant la fréquentation des hôtels par des Orientaux».

Quelque temps après cette demande, en septembre de la même année, le personnel de sécurité d'un important hôtel du centre de la ville a transmis à la police des renseignements sur l'usage possible de leurs locaux à des fins de jeu illicite. Le 17 septembre, les agents chargés de l'enquête sur les maisons de jeu se sont rendus à l'hôtel pour inspecter une chambre qui venait d'être libérée. Les agents y ont constaté que les occupants de la chambre avaient réaménagé le mobilier de façon à former une longue table adaptée à des activités de jeu. De plus, en fouillant dans les ordures laissées par les occupants, la police a trouvé bon nombre de morceaux de papier portant des caractères chinois. Les morceaux de papier portaient l'adresse et le numéro de la chambre d'hôtel en cause, et l'agent responsable de l'enquête a pu reconnaître que ces avis ressemblaient à ceux dont il savait qu'ils étaient distribués aux joueurs orientaux éventuels dans divers restaurants du quartier chinois de Toronto.

La police a vérifié le registre de l'hôtel et découvert que l'appelant, Santiago Wong, avait réservé cette chambre pour les 19 et 20 du même mois. En se fondant sur leurs constatations du 17 septembre, les agents de police ont conclu que la chambre réservée par l'appelant pouvait être utilisée à des fins de jeu illicite. Après avoir constaté l'impossibilité d'observer l'intérieur de la pièce à partir du toit de l'autre aile de l'hôtel, les agents chargés de l'enquête ont conclu que seule une surveillance magnétoscopique pouvait leur permettre de mener à bien leur enquête par l'observation de ce qui se passait dans la chambre réservée par l'appelant. Ils ont notamment rejeté l'idée de recourir à des agents d'infiltration. Selon leur expérience, les

that the gaming would be conducted behind locked doors, by and for Orientals alone. Since the identity of Oriental police officers was well known in the community, the investigating officers concluded it would be virtually impossible to infiltrate the gambling sessions with undercover operators.

Once it was determined that video surveillance was the only feasible way of monitoring what went on in the room, the officers contacted the Metro Police Intelligence Branch and a Crown Counsel to discuss the possibility of obtaining a warrant. These discussions left the police officers with the impression that it would not be possible to obtain judicial authorization to conduct the video surveillance. The investigators therefore decided to proceed without this authorization, and on September 19 the police installed a video camera in the drapery valance of the room that was registered to Mr. Wong. The camera had a lens about the size of the lead of a pencil and was attached to simultaneous recording equipment which the police monitored from an adjacent hotel room. The police installed this equipment with the permission and co-operation of the hotel management.

The police monitored the activities in the rooms on five separate occasions. These observations left no doubt that illegal gambling sessions were being held in the hotel suite. This surveillance culminated in a raid in the early morning hours of October 1, 1984. The police entered the room with a key provided by management and found a large group of Oriental males in the suite. A search of these persons revealed numerous slips of the type seized in the initial search of September 17. The appellant was found to be in possession of profit lists, while debt lists were seized from some of the other occupants of the room. The police were also able to seize gambling paraphernalia and a large amount of money found lying on the gaming table.

agents étaient convaincus que le jeu se déroulerait toutes portes verrouillées et en la présence exclusive d'Orientaux. L'identité des agents de police orientaux étant très bien connue dans le milieu, les agents chargés de l'enquête ont conclu qu'il serait pratiquement impossible de faire intervenir des agents d'infiltration dans ces séances de jeu.

Après avoir conclu que la surveillance magnéto-  
scopique était le seul moyen pratique d'observer le déroulement des activités dans la chambre, les agents ont communiqué avec la Direction des services de renseignement de la police métropolitaine et avec un avocat du ministère public afin de discuter de la possibilité d'obtenir un mandat. À l'issue de ces discussions, les agents de police ont eu l'impression qu'il leur serait impossible d'obtenir l'autorisation judiciaire pour procéder à une surveillance magnétoscopique. Les enquêteurs ont par conséquent décidé d'agir sans cette autorisation et, le 19 septembre, la police a installé une caméra vidéo dans la cantonnière des rideaux de la chambre retenue par M. Wong. La caméra, dont la lentille avait environ la dimension d'une mine de crayon, était reliée à du matériel d'enregistrement simultané permettant un visionnement par la police dans une chambre d'hôtel adjacente. La police a installé ce matériel avec la permission et la collaboration de la direction de l'hôtel.

La police a surveillé les activités dans les chambres à cinq occasions distinctes. Ces observations montraient hors de tout doute que des séances de jeu illicite se tenaient dans la suite de l'hôtel. Cette surveillance s'est terminée par une descente aux petites heures du jour, le 1<sup>er</sup> octobre 1984. La police est entrée dans la chambre à l'aide d'une clé fournie par la direction et elle y a trouvé un groupe composé de nombreux Orientaux de sexe masculin. La fouille de ces personnes a permis de découvrir de nombreux morceaux de papier semblables à ceux qui avaient été saisis lors de la première fouille du 17 septembre. L'appelant a été trouvé en possession de listes de profit, tandis que des listes de dettes étaient saisies sur la personne de certains autres occupants de la chambre. La police a également été en mesure de saisir du matériel de jeu de même qu'une importante somme d'argent qui se trouvait sur la table de jeu.

The appellant and ten other accused were later charged with the offence of keeping a common gaming house. At trial, all the accused pleaded not guilty. On September 11, 1985, the trial judge dismissed the charges against all those concerned. He held the video surveillance of the accused to be a violation of s. 8 of the *Charter*, and excluded the evidence thereby obtained under s. 24(2) of the *Charter*. On March 20, 1987, the Crown's appeal to the Court of Appeal against the acquittal of the appellant and the other accused was allowed, and a new trial ordered ((1987), 19 O.A.C. 365). In a judgment to which I shall later have occasion to refer, Cory J.A., as he then was, writing for a unanimous court, held that surreptitious video surveillance would constitute a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* in circumstances where the person observed by the camera had a reasonable expectation of privacy. However, he went on to conclude that on the facts of this case the appellant could not be said to have had a reasonable expectation of privacy. Accordingly, the Court of Appeal held, s. 8 of the *Charter* had no application and the evidence of the video surveillance was therefore admissible.

### The Issues

I note at the outset that the pronouncements of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, make it superfluous to enter into a lengthy discussion as to whether surreptitious video surveillance by agents of the state constitutes a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In *Duarte*, this Court held that unauthorized electronic audio surveillance violates s. 8 of the *Charter*. It would be wrong to limit the implications of that decision to that particular technology. Rather what the Court said in *Duarte* must be held to embrace all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which tech-

L'appelant et dix autres prévenus ont par la suite été accusés d'avoir tenu une maison de jeu. Au procès, les inculpés ont tous nié leur culpabilité. Le 11 septembre 1985, le juge de première instance a rejeté les accusations portées contre tous les inculpés. Il a conclu que la surveillance magnétoscopique des inculpés portait atteinte à l'art. 8 de la *Charte*, et il a écarté les éléments de preuve ainsi obtenus, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le 20 mars 1987, la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquiescement de l'appelant et des autres inculpés, et ordonné la tenue d'un nouveau procès ((1987), 19 O.A.C. 365). Dans un jugement sur lequel je reviendrai plus loin, le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) qui a rendu le jugement unanime de la Cour d'appel a conclu qu'une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement constituerait une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* dans des circonstances où la personne observée par la caméra s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. Mais il a aussi conclu qu'à la lumière des faits de l'espèce, on ne saurait prétendre que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Par conséquent, selon la Cour d'appel, l'art. 8 de la *Charte* ne s'appliquait pas et les éléments de preuve tirés de la surveillance magnétoscopique étaient donc admissibles.

### Les questions en litige

Je note d'emblée que les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, nous dispensent d'entreprendre une longue analyse de la question de savoir si une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par des agents de l'État constitue une perquisition, une fouille et une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Duarte*, cette Cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à



nology places at the disposal of law enforcement authorities in the future.

In his prophetic dissent in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), Brandeis J. foresaw that the progress of science in furnishing government with the means of "espionage" could not be expected to stop with wiretapping. One may speculate, however, that even Brandeis J. could not have envisaged the vertiginous pace at which eavesdropping technology would develop in the latter half of this century. But in concluding, at p. 472, that clauses that guarantee to the individual protection against specific abuses of power must have a capacity of adaptation to a changing world, Brandeis J.'s words have lost none of their relevance. They find an echo in the pronouncement of Dickson C.J. observed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, that constitutional provisions aimed at protecting individual rights and liberties must be interpreted as providing a continuing framework for the legitimate exercise of government power. These observations remind one that the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 is meant to keep pace with technological development, and, accordingly, to ensure that we are ever protected against unauthorized intrusions upon our privacy by the agents of the state, whatever technical form the means of invasion may take.

### Reasonable Expectations of Privacy

I noted above that the Court of Appeal, while not taking issue with the proposition that video surveillance could, in appropriate circumstances, constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*, held that that result would only follow where the person who was the object of the intrusion had a reasonable expectation of privacy. On the facts of this case, the court concluded that there was no such expectation. It is on this question as to what constitutes a reasonable expectation of privacy that I part company with the Court

l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi.

Dans les motifs de dissidence prophétiques qu'il a prononcés dans l'arrêt *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), le juge Brandeis a prévu qu'il ne fallait pas s'attendre à ce que les progrès de la science, qui fournissent au gouvernement les moyens de procéder à de «l'espionnage», s'arrêtent à l'écoute. On peut toutefois penser que même le juge Brandeis ne pouvait prévoir le rythme vertigineux que prendrait l'évolution de la technologie de l'écoute au cours de la deuxième moitié de notre siècle. Les propos tenus par le juge Brandeis, lorsqu'il a conclu à la p. 472 que les clauses qui assurent aux particuliers une protection contre des abus de pouvoir précis doivent être susceptibles d'adaptation à un monde en évolution, sont toujours aussi pertinents. Ils reçoivent confirmation dans les motifs du juge en chef Dickson qui, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, a fait observer qu'il faut interpréter les dispositions d'ordre constitutionnel qui visent à protéger les droits et les libertés de la personne comme établissant un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale. Ces observations nous rappellent que le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 doit évoluer au rythme du progrès technologique et, par conséquent, nous assurer une protection constante contre les atteintes non autorisées à la vie privée par les agents de l'État, peu importe la forme technique que peuvent revêtir les divers moyens employés.

### Attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée

Comme je l'ai déjà mentionné, même si elle n'avait rien à redire à la proposition portant que la surveillance magnétoscopique pouvait, dans des circonstances appropriées, constituer une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu qu'il n'en serait ainsi que lorsque la personne observée s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. Compte tenu des faits de l'espèce, la cour a conclu à l'inexistence d'une telle attente. C'est sur cette question de savoir ce qui constitue une attente raisonnable

of Appeal for I am unable to reconcile its conclusion on this point with the approach since taken by this Court in *R. v. Duarte, supra*.

In *Duarte*, this Court overturned the conclusion of the Court of Appeal that the risk that our interlocutor will electronically record our words is but a variant of the risk of having that person disclose our words to another. This Court accordingly rejected the notion that "risk analysis" provides an appropriate means of assessing whether a person who was the object of an electronic search had a reasonable expectation of privacy in the circumstances. As explained at p. 48 of that decision, this rejection rested on the conclusion that privacy would be inadequately protected if an assessment of the reasonableness of a given expectation of privacy were made to rest on a consideration whether the person concerned had courted the risk of electronic surveillance. In view of the advanced state of surveillance technology, this would be to adopt a meaningless standard, for, in the final analysis, the technical resources which agents of the state have at their disposal ensure that we now run the risk of having our words recorded virtually every time we speak to another human being. Professor Amsterdam, in his seminal comment on the Fourth Amendment to the American Constitution, drives the point home with a striking image when he suggests that in view of the sophistication of modern eavesdropping technology we can only be sure of being free from surveillance today if we retire to our basements, cloak our windows, turn out the lights and remain absolutely quiet; see "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, at p. 402.

In the place of "risk analysis", *R. v. Duarte* approached the problem of determining whether a person had a reasonable expectation of privacy in given circumstances by attempting to assess whether, by the standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic

quant au respect de la vie privée que je me trouve en désaccord avec la Cour d'appel; en effet, je ne puis concilier sa conclusion sur ce point avec la position adoptée par la suite par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité.

Dans *Duarte*, notre Cour a infirmé la conclusion de la Cour d'appel portant que le risque de voir notre interlocuteur enregistrer électroniquement nos propos n'est qu'une simple variante du risque que cette personne divulgue nos propos à une autre. Notre Cour a par conséquent rejeté la notion selon laquelle «l'analyse fondée sur le risque» constitue une façon appropriée de déterminer si une personne qui a fait l'objet d'une fouille électronique s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée dans les circonstances. Comme l'expliquent les motifs de cette décision, à la p. 48, ce rejet est fondé sur la conclusion que la vie privée serait mal protégée si le caractère raisonnable de notre attente en matière de respect de la vie privée dépendait de la question de savoir si nous nous sommes exposés à la surveillance électronique. Compte tenu de l'état avancé de la technologie en matière de surveillance, ce serait adopter une norme dépourvue de signification puisque, en dernière analyse, les ressources technologiques dont disposent les agents de l'État sont telles que nous courons maintenant le risque de voir nos propos enregistrés pratiquement chaque fois que nous parlons à une autre personne. Dans son commentaire fructueux sur le Quatrième amendement à la Constitution américaine, le professeur Amsterdam illustre admirablement cette situation en disant que, compte tenu du développement de la technologie moderne de l'écoute électronique, nous ne pouvons nous assurer d'être à l'abri de toute surveillance aujourd'hui que si nous nous retirons dans notre sous-sol, couvrons nos fenêtres, fermons les lumières et gardons un silence absolu; voir «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, à la p. 402.

Au lieu de «l'analyse fondée sur le risque», l'arrêt *R. c. Duarte* a abordé la question de déterminer si une personne pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée dans des circonstances précises, en s'efforçant d'apprécier si, en vertu des normes applicables au respect de la

society, the agents of the state were bound to conform to the requirements of the *Charter* when effecting the intrusion in question. This involves asking whether the persons whose privacy was intruded upon could legitimately claim that in the circumstances it should not have been open to the agents of the state to act as they did without prior judicial authorization. To borrow from Professor Amsterdam's reflections, *supra*, at p. 403, the adoption of this standard invites the courts to assess whether giving their sanction to the particular form of unauthorized surveillance in question would see the amount of privacy and freedom remaining to citizens diminished to a compass inconsistent with the aims of a free and open society.

When the intrusion takes the form of unauthorized and surreptitious electronic audio surveillance, *R. v. Duarte* makes it clear that to sanction such an intrusion would see our privacy diminished in just such an unacceptable manner. While there are societies in which persons have learned, to their cost, to expect that a microphone may be hidden in every wall, it is the hallmark of a society such as ours that its members hold to the belief that they are free to go about their daily business without running the risk that their words will be recorded at the sole discretion of agents of the state.

Accordingly, by the standards of privacy that prevail in a free and open society such as our own, Duarte was entitled to claim that judicially unauthorized participant surveillance did offend against his reasonable expectations of privacy when he engaged in what he had every reason to believe was an ordinary private conversation. To have held otherwise would have been tantamount to exposing any member of society whom the state might choose to target to the same risk of having his or her nominally private conversation become the subject of surreptitious recordings. As explained in *R. v. Duarte*, *supra*, at p. 48, on the logic of the Court of Appeal, despite the fact that we would have no way of knowing whether a given interlocutor was in fact a government informer bent on recording our words, we would be automatically

vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, les agents de l'État devaient se conformer aux exigences de la *Charte* au moment de commettre l'intrusion en cause.

a Cela suppose que l'on se demande si les personnes dont la vie privée a été violée pourraient légitimement prétendre que, dans les circonstances, il n'aurait pas dû être loisible aux agents de l'État d'agir comme ils l'ont fait sans une autorisation judiciaire préalable. Pour reprendre certains des principes énoncés par le professeur Amsterdam, à la p. 403 de l'article précité, l'adoption de cette norme invite les tribunaux à déterminer si leur sanction de la forme particulière de surveillance non autorisée en cause empiéterait sur l'intimité dont dispose encore les particuliers dans une mesure incompatible avec les objectifs d'une société libre et ouverte.

d L'arrêt *R. c. Duarte* établit clairement que sanctionner l'intrusion que représente la surveillance électronique non autorisée et effectuée subrepticement, ce serait empiéter sur notre vie privée dans une mesure inacceptable. Même s'il existe des sociétés dont les citoyens ont appris, à leurs dépens, à s'attendre à ce que chaque mur recèle un microphone, il va de soi que dans une société comme la nôtre, tous les citoyens puissent se croire libres de vaquer à leurs affaires sans courir le risque que leurs propos soient enregistrés au gré des agents de l'État.

g Par conséquent, en vertu des normes de respect de la vie privée qui régissent une société libre et ouverte comme la nôtre, Duarte était en droit de prétendre que la surveillance participative non autorisée judiciairement violait ses attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée lorsqu'il a engagé ce qu'il était parfaitement justifié de croire une conversation privée ordinaire. Conclure autrement aurait eu pour effet d'exposer tout membre de la société que l'État pourrait désigner au même risque de voir sa conversation normalement privée devenir l'objet d'enregistrements subreptices. Comme l'a fait ressortir l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, à la p. 48, selon la logique suivie par la Cour d'appel, bien qu'il nous serait impossible de savoir si un interlocuteur donné est en réalité un informateur du gouvernement cher-

presumed to waive any claim to be protected against this intrusion on our right to privacy if it should in fact eventuate that our words were being recorded. Such a result would fatally undermine the very tenet of a free and open society that I have just commented on, i.e., the notion that in a society such as ours the state cannot make it its business to record nominally private conversations at its sole discretion.

I am firmly of the view that if a free and open society cannot brook the prospect that the agents of the state should, in the absence of judicial authorization, enjoy the right to record the words of whomever they choose, it is equally inconceivable that the state should have unrestricted discretion to target whomever it wishes for surreptitious video surveillance. George Orwell in his classic dystopian novel *1984* paints a grim picture of a society whose citizens had every reason to expect that their every movement was subject to electronic video surveillance. The contrast with the expectations of privacy in a free society such as our own could not be more striking. The notion that the agencies of the state should be at liberty to train hidden cameras on members of society wherever and whenever they wish is fundamentally irreconcilable with what we perceive to be acceptable behaviour on the part of government. As in the case of audio surveillance, to permit unrestricted video surveillance by agents of the state would seriously diminish the degree of privacy we can reasonably expect to enjoy in a free society. There are, as *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 428-29, tells us, situations and places which invite special sensitivity to the need for human privacy. Moreover, as *Duarte* indicates, we must always be alert to the fact that modern methods of electronic surveillance have the potential, if uncontrolled, to annihilate privacy.

chant à enregistrer nos propos, nous serions automatiquement présumés renoncer à toute prétention d'être protégés contre cette atteinte à notre droit au respect de la vie privée s'il devait arriver que nos propos soient enregistrés. Un tel résultat minerait indubitablement le principe fondamental d'une société libre et ouverte dont je viens de parler, c'est-à-dire la notion selon laquelle dans une société comme la nôtre, l'État ne peut prétendre enregistrer à son gré des conversations normalement privées.

J'estime fermement que si une société libre et ouverte ne peut tolérer la possibilité qu'en l'absence d'autorisation judiciaire, les agents de l'État aient le droit d'enregistrer les propos de qui ils veulent, il est également inconcevable que l'État ait le pouvoir discrétionnaire illimité de soumettre qui il veut à une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement. Dans son roman futuriste classique *1984*, George Orwell dresse le portrait sinistre d'une société dont les citoyens ont toutes les raisons de croire que chacun de leurs mouvements est assujéti à la surveillance magnétoscopique électronique. On ne pourrait trouver contraste plus frappant avec nos attentes en matière de vie privée dans une société libre comme la nôtre. La notion selon laquelle les agents de l'État devraient être libres de braquer des caméras dissimulées sur des membres de la société, en tout temps et en tout lieu, à leur gré, est fondamentalement irréconciliable avec notre perception d'un comportement acceptable de la part des gouvernements. Comme dans le cas de l'écoute clandestine des conversations, permettre la surveillance magnétoscopique illimitée par des agents de l'État, ce serait diminuer d'une manière importante le degré de vie privée auquel nous pouvons raisonnablement nous attendre dans une société libre. Il y a, comme le mentionne l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 428 et 429, des situations et des lieux dans lesquels il faut se montrer particulièrement attentif au besoin de l'individu en matière de respect de la vie privée. En outre, comme l'indique l'arrêt *Duarte*, nous devons toujours rester conscient du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s'ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée.

*R. v. Duarte* was predicated on the notion that there exists a crucial distinction between exposing ourselves to the risk that others will overhear our words, and the much more pernicious risk that a permanent electronic recording will be made of our words at the sole discretion of the state. Transposing to the technology in question here, it must follow that there is an important difference between the risk that our activities may be observed by other persons, and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will permanently record those activities on videotape, a distinction that may in certain circumstances have constitutional implications. To fail to recognize this distinction is to blind oneself to the fact that the threat to privacy inherent in subjecting ourselves to the ordinary observations of others pales by comparison with the threat to privacy posed by allowing the state to make permanent electronic records of our words or activities. It is thus an important factor in considering whether there has been a breach of a reasonable expectation of privacy in given circumstances.

#### The Applicability of s. 8 of the Charter on the Facts of this Case

I turn from these general observations to the question whether, on the facts of this case, the appellant could be said to have had a reasonable expectation of privacy. The Court of Appeal, after stating, by way of an initial premise, that a person attending a function to which the general public has received an open invitation can have no interest in "being left alone", went on to draw the following conclusions from the facts of this case, at p. 373:

None of the respondents testified that they had a subjective expectation of privacy and it is difficult to believe that they could give such evidence. It may well be that they were in the same room with strangers. The occupants' only common interest was to gamble illegally for high stakes. All but Santiago Wong were no more than casual visitors to the rooms with no basis for

L'arrêt *R. c. Duarte* était fondé sur la notion selon laquelle il existe une distinction cruciale entre le fait de s'exposer au risque que l'on surprenne notre conversation et celui de s'exposer au risque beaucoup plus dangereux que nos propos soient enregistrés électroniquement en permanence à la seule discrétion de l'État. Si l'on transpose cette notion pour l'appliquer à la technologie en cause en l'espèce, il s'ensuit nécessairement qu'il existe une différence importante entre le risque que nos activités soient observées par d'autres personnes et le risque que des agents de l'État, sans autorisation préalable, enregistrent de façon permanente ces activités sur bande magnétoscopique, une distinction qui, dans certaines circonstances, peut avoir des conséquences en matière constitutionnelle. Refuser de reconnaître cette distinction, c'est refuser de voir que la menace à la vie privée inhérente à la vie en société, dans laquelle nous sommes soumis à l'observation ordinaire d'autrui, n'est rien en comparaison avec la menace que représente pour la vie privée le fait de permettre à l'État de procéder à un enregistrement électronique permanent de nos propos ou de nos activités. Voilà donc un facteur important à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans des circonstances données.

#### L'applicabilité de l'art. 8 de la Charte aux faits de l'espèce

Après avoir fait ces observations générales, j'aborde maintenant la question de savoir si, à la lumière des faits de l'espèce, on peut soutenir que l'appelant pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée. Après avoir déclaré comme première prémisse que quiconque participe à un événement auquel a été ouvertement convié le grand public ne peut avoir d'intérêt à [TRADUCTION] «être laissé tranquille», la Cour d'appel a tiré les conclusions suivantes des faits de l'espèce, à la p. 373:

[TRADUCTION] Aucun des intimés n'a déclaré avoir eu une attente subjective en matière de respect de la vie privée et il est difficile de croire qu'ils auraient pu présenter des dépositions en ce sens. Il se peut fort bien qu'ils se soient trouvés dans une pièce avec des étrangers. Le seul intérêt commun des occupants était de jouer illégalement en misant gros. À l'exception de

challenging the legality of the search. Neither is it possible that Santiago Wong had any reasonable expectation of privacy. He was booking the room regularly and it was clear from police observation that the room had been used for gambling on other occasions. Wong had invited and accepted so many people into the room that there could not have been any reasonable expectation of privacy by anyone in the room, least of all Santiago Wong who benefited by the presence of the others.

Video surveillance of persons in a hotel room could in certain circumstances constitute a search of the most intrusive kind. However, in this case, as there was no reasonable expectation of privacy, s. 8 of the **Charter** cannot have any application.

I think, with respect, that the conclusions of the Court of Appeal cannot be reconciled with the implications of this Court's subsequent decision in *R. v. Duarte*. The Court of Appeal has, in effect, applied a variant of the risk analysis rejected by this Court in that case, for it has chosen to rest its conclusion on the notion that the appellant, by courting observation by the other persons in the room, has effectively relinquished any right to maintain a reasonable expectation of freedom from the much more intrusive invasion of privacy constituted by surreptitious video surveillance on the part of the state.

Moreover, it is clear from the excerpt cited above that the Court of Appeal, in assessing the constitutionality of the search, has allowed itself to be influenced by the fact that the appellant was carrying on illegal activities. By way of expansion on my earlier references to *Duarte*, I would note that that decision places considerable emphasis on the fact that the answer to the question whether persons who were the object of an electronic search had a reasonable expectation of privacy cannot be made to depend on whether or not those persons were engaged in illegal activities; see pp. 51-52. If reliance were to be placed on such *ex post facto* reasoning, and the courts to conclude that persons who were the subject of an electronic search could

Santiago Wong, ils n'étaient tous que des visiteurs occasionnels dans ces chambres, et n'avaient aucune justification pour contester la légalité de la perquisition. De même, il était impossible pour Santiago Wong d'avoir quelque attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée. Il retenait régulièrement la chambre et la surveillance policière de la chambre montre clairement que celle-ci avait été utilisée à des fins de jeu à d'autres occasions. Wong avait invité et accueilli un nombre si grand de personnes dans la chambre qu'il ne pouvait y avoir d'attente raisonnable de matière de respect de la vie privée pour qui que ce soit dans cette pièce, encore moins pour Santiago Wong, qui tirait profit de la présence des autres.

La surveillance magnétoscopique de personnes dans une chambre d'hôtel pourrait dans certaines circonstances constituer une perquisition des plus attentatoires. En l'espèce toutefois, puisqu'il n'y avait aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, l'art. 8 de la **Charte** ne peut s'appliquer.

Je pense avec déférence qu'on ne peut concilier les conclusions de la Cour d'appel avec les incidences de la décision subséquente de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*. La Cour d'appel a effectivement appliqué une variante de l'analyse fondée sur le risque qui a été rejetée par notre Cour dans cette affaire, car elle a choisi d'étayer sa conclusion sur la notion selon laquelle l'appelant, en s'exposant à l'observation d'autres personnes dans la chambre, avait effectivement renoncé à tout droit de s'attendre raisonnablement à être protégé contre l'atteinte beaucoup plus grave à la vie privée que constitue la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par l'État.

De plus, il ressort clairement de l'extrait précité que lorsqu'elle a évalué la constitutionnalité de la perquisition, la Cour d'appel s'est laissée influencer par le fait que l'appelant commettait des actes illégaux. Pour poursuivre mes références antérieures à l'arrêt *Duarte*, je soulignerais que cette décision met beaucoup l'accent sur le fait qu'on ne peut lier la question de savoir si les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition électronique pouvaient raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée à celle de savoir si ces personnes commettaient des actes illégaux; voir pp. 51 et 52. S'il fallait se fonder sur un tel raisonnement après le fait et si les tribunaux devaient conclure que les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition élec-