

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30

Mario Duarte *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

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

Intervenants

répertorié: r. c. duarte

N° du greffe: 20542.

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

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

en appel de la cour d'appel de l'ontario

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Fouilles, perquisitions et saisies abusives -- Preuve obtenue par voie de surveillance électronique effectuée sans autorisation -- Conversation enregistrée avec le consentement d'un participant à celle-ci -- Enregistrement de la conversation produit en preuve -- L'article 178.11(2)a) porte-t-il atteinte au droit, garanti par la Charte, à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? -- Dans l'affirmative, est-il justifié aux

termes de l'article premier de la Charte? -- L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? -- Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.11(1), (2)a), 178.16(1)a), b) -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

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

Preuve -- Admissibilité -- Preuve obtenue par voie de surveillance électronique effectuée sans autorisation -- Conversation enregistrée avec le consentement d'un participant à celle-ci -- Enregistrement de la conversation produit en preuve -- L'article 178.11(2)a) porte-t-il atteinte au droit, garanti par la Charte, à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? -- Dans l'affirmative, est-il justifié aux termes de l'article premier de la Charte? -- L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte? -- L'utilisation de la preuve obtenue à la suite d'une violation de la Charte serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel -- Surveillance électronique -- Preuve obtenue par voie de surveillance électronique effectuée sans autorisation -- Conversation enregistrée avec le consentement d'un participant à celle-ci -- Enregistrement de la conversation produit en preuve -- L'article 178.11(2)a) porte-t-il atteinte au droit, garanti par la Charte, à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? -- Dans l'affirmative, est-il justifié aux termes de l'article premier de la Charte? --

L'interception sans autorisation par la police, même si elle n'était pas une infraction criminelle, violerait-elle l'art. 8 de la Charte?

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

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

Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir si l'al. 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, s'il est justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*. Au cours des débats, on a avancé le point de vue selon lequel il se pouvait que la question de la

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

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

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

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

tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée en s'acquittant de ses responsabilités en matière d'application des lois.

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

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

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

communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle il les destine.

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

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

La décision de principe d'autoriser la surveillance participative comporte de très graves conséquences. Une telle pratique, si elle était approuvée, ne porterait pas uniquement atteinte aux attentes en matière de vie privée chez les criminels mais minerait aussi les attentes de ceux qui comptent sur le droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre.

L'exigence de l'obtention d'un mandat aurait pour seul effet d'obliger la police à limiter la "surveillance participative" aux cas où elle peut démontrer des raisons plausibles d'obtenir un mandat. Cela ne diminuerait pas sa capacité de combattre efficacement le crime.

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

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

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

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

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.1, 178.11(1), (2)a), 178.12(1), 178.13(1), (2)e), 178.16(1)a), b), 178.22(1), 178.23(1).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 47. *La surveillance électronique*. Ottawa: Commission de réforme de droit, 1986.

Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*. New York: Clark Boardman, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, sous l'intitulé *R. v. Sanelli* (1987), 61 O.R. (2d) 385, 38 C.C.C. (3d) 1, 60 C.R. (3d) 142, 33 C.R.R. 360, accueillant l'appel d'un jugement du juge Trotter. Pourvoi rejeté. L'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8. Il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Alan D. Gold, pour l'appelant.

R. W. Hubbard, pour l'intimée.

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

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

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

/Le juge La Forest/

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

Les faits

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

L'appelant a été accusé par la suite de l'infraction de complot en vue d'importer un stupéfiant. À son procès, il a contesté dans le cadre d'un voir-dire la validité de l'al. 178.11(2)a) du *Code* qui

prévoit comme exception à l'interdiction de la surveillance électronique non autorisée l'interception de conversations avec le consentement d'un des interlocuteurs. Le juge Trotter, qui présidait le procès, a décidé que les actes des autorités portaient atteinte au droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ainsi obtenue était inadmissible.

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

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

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

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

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

Les questions en litige

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

L'importance des questions en litige ne fait pas de doute. Carr souligne dans *The Law of Electronic Surveillance*, aux pp. 3 à 61, qu'aux États-Unis, cette forme de surveillance constitue sans aucun doute [TRADUCTION] "le mode d'écoute clandestin le plus généralement et le plus souvent employé". Bien que je n'aie pu trouver de données sur la fréquence de son emploi au Canada, vu le nombre de cas, la pratique serait répandue ici également. L'emploi fréquent de la surveillance électronique au Canada a été documenté. La Commission de réforme du droit du Canada, dans son document de travail intitulé *La surveillance électronique*, rapporte à la p. 11 que, toutes proportions gardées, les organismes canadiens chargés de l'application de la loi font vingt fois plus de demandes d'autorisation de surveillance électronique que leurs homologues américains.

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

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

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

178.11 . . .

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

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

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

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

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

Le juge Cory développe cet argument en faisant remarquer que les divulgations de cette nature ont toujours été admissibles devant une cour de justice. Il n'y a pas loin à conclure de là que la protection constitutionnelle attendue en matière de respect de la vie privée ne joue pas pour

empêcher l'interception de conversations qu'un des interlocuteurs enregistre subrepticement.

Voici ce que dit le juge Cory aux pp. 393 et 394:

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

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

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

...

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

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

[TRADUCTION] . . . le dispositif a été utilisé à la seule fin d'obtenir la preuve la plus fiable possible d'une conversation à laquelle prenait part l'agent du gouvernement lui-même et que

cet agent était parfaitement en droit de révéler. De plus, le dispositif n'a pas été mis en place par l'entrée illicite dans les locaux du requérant dans des circonstances qui constitueraient une violation du quatrième amendement. Le dispositif était porté, à l'entrée et à la sortie, par un agent qui s'y trouvait avec le consentement du requérant, et n'a donc pas vu ni entendu davantage que l'agent lui-même.

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

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

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

L'autre méthode

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

Je commence par affirmer ce qui me paraît être l'évidence même, c'est-à-dire le principe général que la surveillance électronique d'un particulier par un organe de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Ontario a ainsi statué à deux reprises au moins; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, à la p. 61 (autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. ix); *R. v. Wong* (1987), 34 C.C.C. (3d) 51, à la p. 58. Par conséquent, le ministère public a concédé ce point devant les juridictions inférieures en l'espèce et n'est pas vraiment revenu sur la question devant notre Cour. Le procureur général de l'Ontario pour sa part, sans concéder ce même point, l'a tenu pour acquis, tandis que le procureur général du Québec ne l'a même pas abordé.

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

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

La raison d'être de la réglementation du pouvoir de l'État d'enregistrer des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient entendues que par leur destinataire (voir les définitions à la Partie IV.1 du *Code*) n'a rien à voir avec la protection de particuliers contre la menace que leurs interlocuteurs divulguent des communications censément privées. Aucune législation ne pourrait nous mettre à l'abri de ce risque. La réglementation de la surveillance électronique nous protège plutôt contre un risque différent: non plus le risque que quelqu'un

répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu'il y a à permettre que l'État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos.

Cette protection s'explique par la conscience du fait que, si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents de nos communications privées, il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance. La surveillance électronique est à ce point efficace qu'elle rend possible, en l'absence de réglementation, l'anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées. Une société nous exposant, au gré de l'État, au risque qu'un enregistrement électronique permanent soit fait de nos propos chaque fois que nous ouvrons la bouche, disposerait peut-être d'excellents moyens de combattre le crime, mais serait une société où la notion de vie privée serait vide de sens. Comme le dit le juge Douglas, dissident dans l'affaire *United States v. White*, précitée, à la p. 756: [TRADUCTION] "La surveillance électronique est le pire destructeur de la vie privée." S'il est permis à l'État d'enregistrer et de transmettre arbitrairement nos communications privées, il devient dès lors impossible de trouver un juste équilibre entre le droit du particulier d'être laissé tranquille et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée dans la poursuite de ses objets, notamment la nécessité d'enquêter sur le crime et de le combattre.

Ce n'est pas nier qu'il est d'importance vitale pour les organismes chargés de l'application des lois d'être en mesure de recourir à la surveillance électronique dans leurs enquêtes sur le crime. La surveillance électronique joue un rôle indispensable dans la découverte d'opérations criminelles complexes. Son utilité dans les enquêtes en matière de stupéfiants, par exemple, a été maintes fois confirmée. Mais, pour les raisons déjà évoquées, il est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion. Le péril pour la vie privée serait tout à fait inacceptable.

D'où la nécessité de trouver un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur fédéral par l'adoption de la Partie IV.1 du *Code*. À l'examen de la Partie IV.1, on constate que le Parlement a essayé de concilier ces droits contradictoires en exigeant que la police obtienne une autorisation judiciaire avant de procéder à la surveillance électronique. Seul un juge d'une cour supérieure peut l'autoriser et la loi soumet l'obtention d'une telle autorisation à une norme sévère. En effet, le juge doit être convaincu que d'autres méthodes d'enquête échoueraient certainement ou vraisemblablement et que l'autorisation est le meilleur moyen de servir l'administration de la justice. Comme le juge Martin dans l'affaire *R. v. Finlay and Grellette*, précitée, aux pp. 70 et suiv., j'estime que cette dernière condition comporte tout au moins l'exigence que le juge donnant l'autorisation soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être et que l'autorisation sollicitée permettra d'obtenir une preuve de sa perpétration. Je tiens pour évident que les dispositions et les sauvegardes que comporte la Partie IV.1 du *Code* ont été conçues pour empêcher les organes de l'État d'intercepter des communications privées sur la foi d'un simple soupçon.

Le Parlement, à mon avis, a donc réussi à établir un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet équilibre est acceptable parce que le recours à un critère externe objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont été interceptées. Il lui est alors possible de demander des comptes à l'État, s'il est en mesure d'établir qu'une interception donnée n'a pas été autorisée en conformité avec la norme prévue. Si la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer

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

À mon sens, cela découle inéluctablement des principes énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, où notre Cour (à la p. 157) fait l'observation importante que la "constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie . . . doit être appréciée en fonction surtout de l'effet "raisonnable" ou "abusif" sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable". Quand on applique cette norme, il est juste de conclure que, si l'enregistrement clandestin de communications privées est une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cela tient au fait qu'il est reconnu en droit qu'il y a atteinte abusive à la vie privée d'une personne chaque fois que l'État, sans avoir préalablement démontré à un officier de justice neutre l'existence d'une justification raisonnable, s'arroge le droit d'enregistrer subrepticement des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient interceptées que par la personne à laquelle l'auteur les destine, pour reprendre les termes du *Code*.

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

Je ne vois aucune logique dans cette distinction entre la surveillance électronique par un tiers et la surveillance participative. Déterminer si la surveillance électronique non autorisée de communications privées va à l'encontre d'une attente raisonnable quant au respect de la vie privée ne peut, selon moi, tenir à l'endroit où le microphone est caché. Que le microphone soit caché dans le mur ou sur la personne d'un interlocuteur, pour décider si l'enregistrement clandestin est attentatoire à la vie privée, il faut se demander si la personne dont les propos ont été enregistrés a parlé dans des circonstances où elle pouvait raisonnablement s'attendre que ses propos ne soient entendus que par les personnes auxquelles elle les adressait. Selon moi, lorsqu'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées au sens exposé ci-dessus, l'enregistrement électronique clandestin non autorisé de ces communications doit forcément être considéré comme la violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

Cette norme établie par la *Charte* doit, à mon avis, s'appliquer uniformément. Pour ne pas être vide de sens, elle doit s'interpréter comme offrant une protection contre l'enregistrement arbitraire de communications privées dans tous les cas où nous nous attendons à ce que nos propos ne soient entendus que par la personne ou les personnes auxquelles nous les destinons. L'article 8 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. L'idée que nous sommes protégés contre les interceptions arbitraires des communications privées perd tout fondement réel dès qu'il est admis que l'État est entièrement libre de les enregistrer à la seule condition d'avoir obtenu le consentement d'un des participants à la communication. Puisque nous ne pouvons jamais savoir si notre interlocuteur est un indicateur et que, s'il en est un, nous sommes réputés avoir accepté tacitement le risque que l'État écoute et enregistre nos conversations, nous devons être prêts à courir ce risque chaque fois que nous parlons. Je conclus donc que l'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel aboutit logiquement à l'anéantissement de toute aspiration au respect de la vie privée.

Je ne vois pas de similitude entre le risque que quelqu'un écoute nos propos avec l'intention de les répéter et le risque couru quand quelqu'un les écoute et en fait simultanément un enregistrement électronique permanent. Ces risques ne sont pas du même ordre de grandeur. Dans le contexte de l'application des lois, l'un des risques peut être considéré comme une atteinte raisonnable à la vie privée, l'autre une atteinte abusive. Ils présentent pour les individus et la société des dangers différents. En d'autres termes, le droit reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le "rapporteur", mais refuse d'aller jusqu'à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l'exercice du choix d'adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos.

L'analyse fondée sur le risque adoptée par la Cour d'appel ne tient pas suffisamment compte du fait essentiel que nos droits en vertu de l'art. 8 de la *Charte* comportent le droit de ne pas être assujettis à des violations abusives du droit au respect de notre vie privée. C'est avec raison que la Cour d'appel a dit que l'expression d'une idée et l'acceptation du risque de divulgation vont de pair. Cela ne veut cependant pas dire que si, dans n'importe quelle conversation, nous courons le risque que notre interlocuteur ait la ferme intention de trahir nos confidences, il n'y a en conséquence rien d'inconstitutionnel à ce que notre interlocuteur fasse un enregistrement électronique permanent de cette conversation. La *Charte*, personne ne le conteste, proscrit l'enregistrement clandestin de nos communications privées par des tiers sur la foi de simples soupçons. Il serait bien étrange qu'en l'absence de l'exigence d'un mandat, des agents de l'État soient libres de procéder précisément, par le moyen de la surveillance participative, à ce genre de recherches à l'aveuglette dans l'espoir de dénicher une preuve de la perpétration d'un crime ou, par la même occasion, de satisfaire leur curiosité quant aux opinions d'une personne sur un sujet quelconque.

En résumé, la question de l'opportunité de réglementer la surveillance participative ne peut logiquement dépendre des attentes des particuliers quant à la possibilité que leur interlocuteur trahisse leur confiance. Aucune justification de l'exercice arbitraire du pouvoir de l'État ne peut reposer sur le simple fait que les gens sont souvent mauvais juges des personnes en qui ils peuvent avoir confiance ni sur le fait que le risque de divulgation existe dès lors qu'on décide de parler à un autre être humain. Par contre, la question de savoir si la surveillance participative devrait être tolérée touche directement la nécessité d'établir un juste équilibre entre le droit de l'État de s'ingérer dans la vie privée de ses citoyens et le droit de ces derniers d'être laissés tranquilles.

C'est en ces termes que la question a été posée par les juridictions américaines d'appel qui, dans l'interprétation du droit au respect de la vie privée garantie par les constitutions d'États, ont rejeté l'arrêt *United States v. White*, précité. J'estime, avec égards, que le raisonnement adopté dans ces arrêts fournit une réponse complète à l'argument selon lequel il n'y a aucune distinction à faire entre le risque de divulgation par un indicateur et le risque couru quand il est permis aux agents de l'État, à leur guise, d'enregistrer subrepticement des communications privées qui leur sont adressées. Les arrêts en question plaident éloquemment en faveur de la proposition selon laquelle la surveillance participative non réglementée est inconciliable avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Arrêts de juridictions d'appel rejetant l'arrêt *United States v. White*

Prenons d'abord l'arrêt *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (1978), dans lequel la Cour suprême de l'Alaska, interprétant le droit au respect de la vie privée garanti par la constitution de cet État, a statué que quiconque prend part à une conversation privée est en droit de supposer que ses propos ne seront ni diffusés ni enregistrés sans son consentement ou sans mandat. Dans ses motifs, le

juge en chef Boochever a cité longuement l'opinion dissidente du juge Hufstedler dans *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973). Dans cette affaire, un certain Marburger avait autorisé l'enregistrement d'une conversation téléphonique qu'il avait eue avec Holmes. Le juge Hufstedler, aux pp. 71 et 72, fait remarquer au départ qu'il est aberrant d'introduire la notion de risque dans l'appréciation de la constitutionnalité de la surveillance "participative":

[TRADUCTION] Ce principe, sur lequel s'est appuyée la majorité en l'espèce, est un hybride de faits et de fictions, de jugements individuels et de jugements collectifs. Si Holmes savait que le gouvernement pourrait intercepter sa conversation par des moyens électroniques ou si la surveillance électronique sans mandat était à ce point répandue que cette connaissance lui serait imputable, il existerait alors une base factuelle permettant d'invoquer le vénérable principe de l'acceptation du risque. Si toutefois il ne savait pas et s'il n'avait aucune raison d'être conscient du risque, ce principe ne s'applique pas. Dire qu'une personne "assume le risque" de la surveillance électronique, bien qu'elle soit à juste titre inconsciente du risque, c'est méconnaître une règle de droit nouvellement créée qui limite la portée du quatrième amendement.

Dans un passage pénétrant, le juge Hufstedler souligne ensuite, à la p. 72, jusqu'à quel point il est faux de prétendre que le risque de divulgation par le "rapporteur" et le risque d'enregistrement clandestin sont identiques:

[TRADUCTION] La possibilité que soient répétées des conversations que l'on croyaient confidentielles est un risque connu. Toutefois, le risque qu'un ami à qui l'on fait confiance soit bavard n'est pas du tout comparable au risque que cet ami transmette et enregistre chaque syllabe. Il s'agit dans ce dernier cas d'un risque qui n'est pas encore implanté dans la vie quotidienne des Américains et on ne devrait pas nous l'imposer: il y a une différence réelle entre s'entretenir avec une personne bardée de matériel électronique et une personne qui ne l'est pas et on ne saurait par des tours d'escamotage verbal la réduire à l'insignifiance. Il arrive à chacun de nous de discuter avec telle personne de certains sujets en certains termes qu'on n'aborderait ni n'utiliserait pas avec telle autre et qu'on n'envisagerait pas d'aller crier sur les toits. Peu d'entre nous parleraient franchement si nous savions que tous nos propos sont interceptés par des machines en vue de leur diffusion ultérieure devant un auditoire inconnu et peut-être hostile. Personne ne parle à un magnétophone comme il parle à un être humain. [Je souligne.]

De plus, la Cour supérieure de la Pennsylvanie, dans la décision *Commonwealth v. Schaeffer*, 536 A.2d 354 (1987), a dit que la surveillance électronique sans mandat viole le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives conféré par la constitution de cet État. Le juge Cirillo qui, lui aussi, attaque de front le principe de l'acceptation du risque, fait remarquer, à la p. 365, que ce principe annihile le droit de fixer les limites de la publicité que nous choisissons de donner à nos propos. Le juge Cirillo affirme:

[TRADUCTION] Une personne qui exprime ses opinions "en présence de ses amis" sait qu'elle court le risque d'avoir porté sur eux un jugement erroné, mais elle a tout de même le droit de décider au départ à qui elle parlera directement. Or, le micro-émetteur de poche détruit ce droit à cette décision et, si les gens en venaient à la conclusion qu'il s'agit d'une pratique répandue qui n'est pas fondée sur un motif probable, ils pourraient commencer à se taire dans bien des situations où auparavant ils se seraient sentis libres de s'exprimer, confiants de pouvoir soulever des doutes quant à la crédibilité ou la mémoire de celui en qui ils avaient eu confiance et qui chercherait à les trahir.

À mon avis, le passage qui précède fait ressortir la fausseté de l'idée que le risque d'être enregistré n'est qu'une simple variante du risque de divulgation de propos par la personne à laquelle on les adresse. L'enregistrement électronique clandestin annihile le droit extrêmement important qu'est le droit de décider à qui parler, c.-à-d. le droit de choisir nos auditeurs. Comme le fait remarquer le juge Cirillo, à la p. 365, dans le cas de la surveillance participative, le locuteur n'est plus en mesure de choisir s'il divulguera ou non ses pensées privées au gouvernement. Il y est contraint. Voici ce qu'il dit, à la p. 365:

[TRADUCTION] Tout locuteur sait que son auditeur peut aller à la police et accepte cela comme "condition de la vie en société", mais il n'a certainement pas l'intention, en parlant, de renoncer au droit d'exclure la police de chez lui. Pourtant, si la police enregistre simultanément chaque parole, elle se trouve déjà chez lui, sans invitation, contrairement à toute attente raisonnable subsistant encore chez la plupart des membres de la société.

Les arguments en faveur de la surveillance "consensuelle" renferment implicitement, me semble-t-il, la notion qu'une personne dont les propres paroles se retournent contre elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même. Ainsi, lorsqu'une personne a l'imprudence de révéler un méfait qu'elle a commis, il serait illogique qu'une règle de droit écarte cette preuve pour la simple raison que le malfaiteur a parlé dans un microphone. Cet argument présente une grave faille. Il repose en effet sur la supposition que la question se limite aux attentes légitimes de "criminels" en matière de respect de la vie privée. Mais, là encore, la vraie question soulevée par le présent pourvoi est tout autre. Comme le dit la Cour suprême du Massachusetts dans la décision *Commonwealth v. Thorpe*, 424 N.E.2d 250 (1981), à la p. 258: [TRADUCTION] "la question pertinente n'est pas de savoir si les criminels doivent supporter le risque d'une surveillance sans mandat, mais bien de savoir si elle devrait être infligée à tous les membres de la société".

Dans la décision *Commonwealth v. Schaeffer*, précitée, à la p. 366, le juge Cirillo reconnaît qu'une certaine indulgence pourrait être tolérée si la surveillance sans mandat avait pour seul effet de contraindre les criminels à l'autocensure. Mais comme l'idée même d'une procédure sans mandat est de permettre à la police d'y avoir recours à sa seule discrétion, tout optimisme à cet égard est déplacé. Le juge Harlan, dissident dans l'affaire *United States v. White*, précitée, souligne qu'on ne peut circonscrire dans des limites étroites les conséquences de l'autorisation de la surveillance sans mandat. Il affirme, à la p. 789:

[TRADUCTION] . . . il est trop facile d'oublier -- et on oublie donc trop souvent -- que la question est celle de l'opportunité d'interposer, entre le grand public et les organismes chargés de l'application des lois qui se livrent à l'écoute électronique, une procédure nécessitant l'obtention d'un mandat. En formulant son "analyse fondée sur le risque" de manière à tenir uniquement compte des attentes des "malfaiteurs" ou de "ceux qui envisagent de commettre des actes illégaux" et des risques qu'ils devraient supporter, les juges formant la majorité ont perdu de vue le point essentiel. La décision *On Lee* ne fait pas qu'obliger les criminels à courir chaque jour le risque que des inconnus s'immiscent clandestinement dans leurs affaires privées; elle soumet à ce risque chaque citoyen respectueux des lois. [Je souligne.]

Le juge Harlan poursuit en faisant la remarque éminemment juste qu'imposer l'exigence de l'obtention d'un mandat aurait pour seul effet d'obliger la police à limiter la "surveillance participative" aux cas où elle peut démontrer l'existence de raisons plausibles d'obtenir un mandat. Je vois mal en quoi la capacité de la police de combattre efficacement le crime serait diminuée si elle était tenue de limiter le recours à cette pratique aux situations dans lesquelles elle peut convaincre un officier de justice impartial de sa nécessité. Même à supposer que ce soit le cas, la restriction se justifierait par la certitude que la police n'aurait plus le droit [TRADUCTION] "de braquer ces puissants appareils d'écoute sur vous et moi et sur d'autres citoyens respectueux des lois en même temps que sur l'élément criminel", pour reprendre les propos du juge Cirillo dans *Commonwealth v. Schaeffer*, précité, à la p. 367. L'appelant l'exprime d'une façon percutante dans son mémoire:

[TRADUCTION] L'exigence d'un mandat est simplement un moyen de s'assurer que, quand un agent d'infiltration se trouve dans une situation où il pourrait faire un enregistrement électronique permanent, c'est une conversation qui devrait être enregistrée (un projet de vente de stupéfiants), par opposition à une conversation qui ne le devrait pas (la vie sexuelle du suspect ou ses opinions politiques).

En résumé, lorsque le juge Cory de la Cour d'appel affirme, à la p. 394, que [TRADUCTION] "ce ne sont que ceux dont les conversations portent sur diverses activités illégales qui seront vraiment inquiétés par la possibilité que leurs dires soient enregistrés", il ne donne pas suffisamment de poids, à mon avis, aux répercussions en termes de principe à la faculté donnée à la police de faire de la surveillance sans mandat. Au contraire, la décision d'autoriser ou d'interdire cette pratique comporte de très graves conséquences. Une telle pratique, si elle était approuvée, ne porterait pas uniquement atteinte aux attentes en matière de vie privée chez les criminels et les personnes impliquées dans des activités illicites. Elle minerait aussi les attentes de ceux qui comptent sur le droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est d'ailleurs reconnu depuis longtemps que la liberté de

ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. Le juge Yates, dans la décision *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, dit, à la p. 2379 et à la p. 242:

[TRADUCTION] Il est certain que tout homme a le droit de ne pas exprimer ses opinions, s'il ne le veut pas: il a certainement le droit de juger s'il les rendra publiques ou s'il ne les livrera qu'à ses amis.

Si notre Cour devait donner son aval à la surveillance électronique sans mandat, il serait juste de dire que les propos tenus par le juge Harlan, dissident, dans l'affaire *United States v. White*, précitée, aux pp. 787 à 789, s'appliqueraient:

[TRADUCTION] C'est l'évidence même que l'on pèserait bien davantage ses mots et que la communication en serait gênée si l'on soupçonnait que les conversations étaient transmises et transcrites. Si l'écoute électronique par des tiers était une pratique répandue, elle pourrait étouffer cette spontanéité -- reflétée dans les propos frivoles, vifs, sacrilèges et provocants -- qui est la manifestation de la liberté dans la vie quotidienne. Bien des choses qui se disent au hasard d'une conversation s'oublent vite et chacun compte sur l'obscurité de ses remarques, protégée par le fait même de son auditoire restreint, par la probabilité que son auditeur oubliera ce qui a été dit ou n'en tiendra pas compte, ainsi que par l'incapacité de l'auditeur de reconstituer une conversation sans pouvoir se reporter à des notes écrites. Toutes ces valeurs seraient sacrifiées par une règle de droit permettant aux autorités d'écouter des conversations privées sans autre restriction que celle d'avoir à trouver une personne disposée à les aider. [Je souligne.]

L'affaiblissement de la Partie IV.1 du Code

L'appelant fait valoir en outre que dégager la police de l'obligation de demander un mandat autorisant la surveillance participative, c'est lui permettre de faire indirectement ce que la Partie IV.1 du Code lui interdit de faire directement. S'il s'agit d'un choix entre demander un mandat et procéder sans mandat, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la police décide, si les circonstances le permettent, d'agir sans mandat.

En l'espèce, la police, agissant sans autorisation judiciaire, a installé un système de surveillance dans un appartement, l'y a laissé pendant environ deux ans, a installé des appareils d'écoute dans un autre endroit et s'est servie d'une balise de localisation d'automobile. Dans de telles circonstances, quand la police dispose de preuves de l'existence d'un complot et a recours aux services d'un indicateur, peut-il y avoir une raison impérieuse de penser que les intérêts de la justice ne seraient pas mieux servis si la police était tenue de comparaître devant un juge de cour supérieure pour obtenir une autorisation, que s'il était permis à la police d'être seule à décider de l'étendue et de la durée de l'enquête?

Il convient de rappeler à ce propos le fondement de la conclusion du juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, selon lequel la Partie IV.1 du *Code* est constitutionnelle. Bien que disposé à admettre que l'interception de communications privées constitue une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de ces termes dans la *Charte*, il a conclu que de telles fouilles, perquisitions et saisies, lorsqu'elles sont autorisées conformément aux exigences de la Partie IV.1 du *Code*, seront d'ordinaire raisonnables, précisément et uniquement parce que les dispositions et les sauvegardes de la Partie IV.1 empêchent la police de procéder à des recherches à l'aveuglette dans l'espoir de découvrir la preuve de la perpétration d'un crime.

En ce qui concerne ces sauvegardes, rappelons que la Partie IV.1 du *Code*:

- a) porte que l'autorisation de procéder à la surveillance électronique ne doit être accordée que si l'on démontre qu'il n'existe en réalité aucun autre moyen pratique (par. 178.13(1)); en d'autres termes, comme le dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, à la p. 185: [TRADUCTION] ". . . elle est traitée comme une méthode d'enquête de dernier

recours" et ne peut être obtenue qu'aux fins d'enquêtes sur les infractions les plus graves au *Code* (art. 178.1);

- b) limite strictement la durée des autorisations (al. 178.13(2)e));
- c) dit qu'un juge peut soumettre une autorisation aux conditions et aux restrictions qu'il estime opportunes dans l'intérêt public;
- d) autorise les renouvellements seulement si la justification en est démontrée et que des détails sont fournis concernant toutes les interceptions effectuées antérieurement à la demande d'autorisation et le nombre d'autorisations antérieures;
- e) prescrit qu'avis doit être donné à la personne dont les communications ont été interceptées (al. 178.23(1));
- f) exige que le solliciteur général du Canada établisse un rapport complet sur tous les cas de surveillance électronique effectuée en vertu d'autorisations (par. 178.22(1));
- g) engage la responsabilité du procureur général de la province dans laquelle la demande est présentée ou du solliciteur général (ou de mandataires dûment nommés) (par. 178.12(1)); et
- h) prévoit qu'une autorisation ne peut être accordée que par l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure (par. 178.12(1)).

Si la constitutionnalité de la Partie IV.1 du *Code* repose sur les nombreuses sauvegardes destinées à éviter que la police puisse considérer la surveillance électronique comme une mesure administrative banale et de pure routine, il semble aberrant que la surveillance participative, qui laisse à la seule discrétion de la police toutes les conditions dans lesquelles se fait l'interception de conversations, soit jugée conforme à la définition de "raisonnable" dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*. Je crois que l'appelant fait une observation juste lorsqu'il dit que le recours par la police à des enquêtes de grande envergure comportant l'utilisation de la surveillance participative pour l'écoute et l'enregistrement de conversations privées lui permet en fait d'éviter tout examen judiciaire de l'ensemble des méthodes policières, si bien que l'ensemble du régime créé par la Partie IV.1 du *Code* devient lettre morte.

Comme le dit le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, à la p. 70:

[TRADUCTION] Permettre que l'attente raisonnable d'un particulier en matière de respect de sa vie privée subisse une violation aussi grave que l'interception de ses communications privées sur la foi d'un simple soupçon, loin de *favoriser* l'administration de la justice, la déconsidérerait.

Justification en vertu de l'article premier

Il suffit de mentionner brièvement une justification possible, aux termes de l'article premier, des actes de la police en l'espèce. La question de savoir si la surveillance participative est une limite raisonnable imposée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, nous ramène au fait que l'appelant ne prétend nullement qu'il faudrait priver les policiers du droit d'avoir recours à des indicateurs ou d'intercepter eux-mêmes des communications dès lors qu'ils ont gagné la confiance d'un suspect. Il fait uniquement valoir qu'il devrait y avoir un contrôle judiciaire de cette pratique, comme il y en a dans le cas de la

surveillance par un tiers. En un mot, il n'y a pas de justification pour les fouilles et les perquisitions sans mandat dès lors qu'il est admis que la police pourrait se servir du même outil d'investigation, avec ou sans mandat. Ce simple fait (et je constate que l'intimée n'a avancé aucun argument réfutant la notion que la police aurait pu comparaître devant un juge pour obtenir une autorisation de surveillance participative) détruit, à mon avis, l'argument que la surveillance participative peut être maintenue en tant que restriction raisonnable apportée au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Pour conclure, la *Charte* n'est pas destinée à nous protéger si nous choisissons mal nos amis. S'il s'avère que notre "ami" est un indicateur et que nous sommes reconnus coupables sur la foi de son témoignage, c'est peut-être malheureux pour nous. Mais la *Charte* a pour objet de garantir le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Une conversation avec un indicateur n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de la *Charte*. Toutefois l'interception et l'enregistrement électroniques clandestins d'une communication privée en sont. De plus, l'enregistrement devrait être considéré comme une fouille, une perquisition ou une saisie dans toutes les circonstances, à moins que tous les participants à la conversation n'aient expressément consenti à ce qu'elle soit enregistrée. Il s'ensuit que la constitutionnalité de la surveillance participative devrait se décider par l'application de la même norme que dans le cas de la surveillance par un tiers, c.-à-d. par l'application de la norme du caractère raisonnable énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Quand on applique cette norme, la surveillance participative sans mandat faite par la police en l'espèce était manifestement inconstitutionnelle.

Admissibilité en preuve

Cela nous amène à la question de savoir si la communication en cause peut être admise en preuve. Le paragraphe 178.16(1) du *Code criminel* traite de l'admissibilité en les termes suivants:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

Cette disposition, soulignons-le, ne rend pas admissible une communication. Si elle est admissible, c'est en vertu de la *common law*. La disposition rend irrecevable ce type de communication, sauf si elle a été interceptée a) légalement ou b) avec le consentement de l'un des participants. Prenons d'abord la seconde condition. Celle-ci a clairement été remplie. En effet, le consentement a été donné avant la communication et même si, aux fins d'un examen en vertu de la *Charte*, il était déraisonnable de s'appuyer sur un tel consentement la communication n'est pas inadmissible aux termes de l'al. 178.16(1)b).

La première condition soulève plus de difficultés. Puisque l'interception en cause était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*, on pourrait bien soutenir qu'elle n'a pas été faite légalement aux fins du par. 178.16(1). Je ne crois pas toutefois que cette disposition admette une telle interprétation parce que ce qui a rendu l'interception abusive, c'est un acte visé par l'exception prévue à l'al. 178.16(1)b). L'alinéa 178.16(1)a) paraît en conséquence envisager d'autres types d'illégalité, notamment celle d'une interception qui violerait l'interdiction énoncée au par. 178.11(2), lequel, nous l'avons vu, ne s'applique pas à l'interception dont il s'agit en l'espèce.

La communication en cause n'est donc pas rendue irrecevable par l'effet du par. 178.16(1). Elle semble donc pouvoir être admise à titre de preuve pertinente.

Cela étant, nous devons examiner la question de l'admissibilité de la communication en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ce paragraphe prévoit que des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte* doivent être écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer traite de la façon d'aborder le par. 24(2). Le premier point à faire ressortir est qu'il incombe à la personne qui cherche à obtenir l'exclusion d'éléments de preuve d'établir que leur utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. Aux pages 283 et 284, le juge Lamer énumère plusieurs facteurs à prendre en considération, savoir:

- quel genre d'éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?
- la violation était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi?
- la violation a-t-elle eu lieu dans une situation d'urgence ou de nécessité?

- aurait-on pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête?

- les éléments de preuve auraient-ils été obtenus en tout état de cause?

- s'agit-il d'une infraction grave?

- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?

- existe-t-il d'autres recours?

Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus et, en particulier, ses répercussions sur l'équité du procès revêtent une importance capitale. Il ne fait pas de doute que la violation a porté atteinte à un droit important garanti par la *Charte* et que les éléments de preuve auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*. Mais ce qui frappe en l'espèce, c'est le fait que la violation n'était aucunement intentionnelle, volontaire ou flagrante. Les agents de police ont agi entièrement de bonne foi en conformité avec ce qu'ils avaient de bonnes raisons de considérer comme la règle de droit applicable -- celle qui avait existé pendant bien des années avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le caractère raisonnable de leur acte est renforcé encore par la gravité de l'infraction. Ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et s'ils avaient bien compris la règle de droit, ils auraient pu obtenir conformément au *Code* l'autorisation d'intercepter la communication. De fait, ils auraient pu procéder sans recourir à la surveillance électronique et s'appuyer exclusivement sur le témoignage de l'agent d'infiltration ou de l'indicateur. Bref, la violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l'accusé soit reconnu coupable. Dans ces

circonstances, je conclus que l'appelant n'a pas établi que l'utilisation de ces éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

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

L'alinéa 178.11(2)a) du *Code* ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais l'interception de communications privées, par un organe de l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle il la destine, sans autorisation judiciaire préalable, constitue une atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8.

2. Si l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel* porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER -- Mon collègue le juge La Forest a énoncé les faits, le droit, les jugements des juridictions inférieures et les arguments présentés par les parties devant notre Cour. À mon avis, le pourvoi doit échouer. J'ai lu le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, rédigé par le juge Cory (maintenant de notre Cour). Je suis entièrement d'accord avec ses motifs et j'estime n'avoir rien à y ajouter. Ces motifs sont publiés au (1987), 60 C.R. (3d) 142, 38 C.C.C. (3d) 1.

Par conséquent, je n'ai pas besoin de traiter de la question de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejeterais le pourvoi.

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

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario,
Toronto.*