

DROIT PÉNAL

la surveillance électronique

Document de travail 47

DEPT. OF JUSTICE
MIN DE LA JUSTICE

AOUT 27 2003
AUG 27 2003

LIBRARY BIBLIOTHÈQUE
CANADA

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort* (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes — Un cadre pour la prise de décisions* (23 oct. 1985)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes* (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1985)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
41. *L'arrestation* (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)
45. *La responsabilité secondaire* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LA SURVEILLANCE
ÉLECTRONIQUE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1986
N° de catalogue J32-1/47-1986
ISBN 0-662-53886-2

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 47

LA SURVEILLANCE
ÉLECTRONIQUE

1986

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^e Gilles Létourneau, vice-président*
M^e Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^e Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^e John Frecker, commissaire*

Secrétaire par intérim

Harold J. Levy, LL.B., LL.M.

Coordonnateur de la section de recherche en procédure pénale

Stanley A. Cohen, B.A., LL.B.

Conseillers

Marc Rosenberg, B.A., LL.B.
David Watt, c.r., B.A., LL.B.

* N'était pas membre de la Commission lorsque le présent document a été approuvé.

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Table des matières

CHAPITRE UN : Historique	1
I. Le point de vue du common law	1
II. Le comité Ouimet.....	2
III. La législation fédérale en matière de protection de la vie privée	3
A. Le projet de loi C-176	3
B. Le projet de loi C-51.....	5
CHAPITRE DEUX : Arguments en faveur d'une réforme.....	7
I. Introduction	7
II. Le cadre constitutionnel.....	8
III. L'équilibre entre le respect de la vie privée et l'application efficace de la loi	10
IV. Le rôle des juges	12
CHAPITRE TROIS : Recommandations et commentaires.....	15
I. L'application de la Partie IV.1 du <i>Code criminel</i>	15
A. L'infraction	15
B. Les communications privées.....	19
C. Les dispositifs optiques.....	24
D. L'interception de communications privées à l'étranger.....	26
E. La surveillance participative : l'interception consensuelle	30

II.	L'autorisation.....	34
	A. La demande d'autorisation.....	34
	B. Les motifs de l'autorisation.....	35
	C. Les infractions interprovinciales.....	36
	D. La restriction des interceptions.....	38
	E. Les clauses générales.....	44
	F. L'entrée clandestine.....	48
	G. Les renouvellements.....	56
III.	La vérification de l'autorisation et le secret.....	59
	A. Introduction.....	59
	B. La vérification de l'autorisation.....	60
	C. Le secret.....	67
	D. Conclusion.....	70
	(1) Premier point : À quel moment la question est-elle étudiée?.....	71
	(2) Deuxième point : Comment la question est-elle résolue?.....	72
IV.	L'autorisation en cas d'urgence : l'article 178.15.....	74
V.	Les recours.....	75
	A. La recevabilité de la preuve relative à d'autres infractions.....	75
	B. Le recours en cas de dérogation au régime législatif.....	78
	(1) Introduction.....	78
	(2) La question de l'exclusion en général.....	79
	C. Le préavis en vertu du paragraphe 178.16(4).....	82
	D. Le vice de fond dans la demande.....	83
	(1) Le recours en droit délictuel.....	89
	(2) La responsabilité pénale.....	90
	(3) Le contrôle extrajudiciaire.....	90
	(4) La règle d'exclusion.....	91
	E. La preuve dérivée.....	95
	F. La longueur des procédures.....	97

VI. Recommandations diverses	100
A. Les rapports annuels : l'article 178.22	100
B. L'avis en vertu de l'article 178.23	101
C. La divulgation des communications privées interceptées	105
D. L'aide dans l'exécution des ordonnances.....	106
CHAPITRE QUATRE : Sommaire des recommandations.....	109

CHAPITRE UN

Historique

I. Le point de vue du common law

Le common law ne range pas l'intimité de la vie privée au nombre des droits distincts devant faire l'objet d'une protection juridique spécifique. Ni l'avènement de la technologie électronique moderne, ni la prolifération subséquente des dispositifs de surveillance n'ont changé cet état de choses. Bien que certains recours civils¹ et poursuites pénales² puissent assurer, de façon incidente, une certaine protection du droit à la vie privée, ces mesures visent surtout d'autres droits garantis par la loi³. Elles ont d'ailleurs été jugées inefficaces à plusieurs égards. En premier lieu, elles ne pouvaient réparer le préjudice subi puisque l'ingérence dans la vie privée consiste à s'immixer dans les pensées, les émotions et les sensibilités de la personne. Ces mesures mettaient plutôt l'accent sur [TRADUCTION] «la nécessité de prouver d'abord qu'un préjudice réel, autre que l'insulte ou la peine ressentie», avait été causé, ce qui rendait [TRADUCTION] «la plupart des vieilles actions prévues par le common law inefficaces à préserver l'intimité de la personne, objet de la protection du droit au respect de la vie privée⁴». En deuxième lieu, les recours du droit pénal, les poursuites pour infraction au *Code criminel*, étaient également inutiles. Ces remèdes ne visaient ni la reconnaissance ni la protection du droit à la vie privée car ils avaient surtout été conçus en fonction d'autres droits garantis par le droit pénal⁵. En troisième lieu, ces remèdes étaient anachroniques, tant en matière civile que pénale, compte tenu du développement des technologies modernes grâce auxquelles une intrusion peut être commise sans l'être réellement et, à plus forte raison, sans qu'une infraction pénale ne soit perpétrée au sens ordinaire du terme⁶.

1. Par exemple, une action en responsabilité pour entrée non autorisée, trouble de voisinage ou atteinte à la personne du demandeur ou à ses biens mobiliers ou immobiliers.

2. Voir, par exemple, *R. v. Chapman and Grange*, [1973] 2 O.R. 290, 11 C.C.C. (2d) 84 (C.A.). Il se peut que la conduite de D ait été également visée par les alinéas 381(1)c) ou f) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

3. Par exemple, les atteintes à la jouissance d'un immeuble sanctionnées par une action en responsabilité pour entrée non autorisée ou troubles de voisinage.

4. Law Reform Commission of Australia, *Privacy and Intrusions* [Discussion Paper No. 13], juin 1980, p. 24-25.

5. Par exemple, l'intégrité des rapports contractuels et commerciaux visés par la Partie VIII du *Code criminel*, ou les droits de propriété protégés par les Parties VII et IX.

6. Comité de la réforme pénale et correctionnelle, *Rapport — Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Information Canada, 1969, p. 87 (ci-après appelé le rapport Ouimet).

Ajoutons enfin, qu'en common law, les règles de la preuve portent principalement sur la pertinence des éléments de preuve et non sur leur mode d'obtention. Les éléments de preuve pertinents sont recevables indépendamment de leur mode d'obtention⁷, pourvu, bien sûr, qu'ils ne soient pas exclus par une règle du droit de la preuve. Somme toute, le pouvoir discrétionnaire d'écarter un élément de preuve, qui serait autrement recevable, demeure très limité⁸. Les éléments de preuve obtenus par suite d'une intrusion dans la vie privée, par exemple par l'enregistrement clandestin de communications téléphoniques, sont recevables en common law, en dépit de l'illégalité du procédé utilisé pour les obtenir, s'ils sont pertinents et que leur authenticité est convenablement attestée⁹.

II. Le comité Ouimet

Dans son rapport publié en 1969, le comité Ouimet¹⁰ était d'avis que le législateur fédéral devait protéger le secret des conversations qui se tiennent dans des conditions qui donnent aux *deux* interlocuteurs tout lieu de croire que leurs propos ne sont pas captés par des tiers, à l'aide de dispositifs électroniques, mécaniques ou autres¹¹. À titre d'exception, l'interception de conversations privées en vue de faire respecter la loi et dans des conditions de contrôle rigoureux devrait être autorisée¹². Selon le Comité, l'interception de conversations avec le consentement de l'un des interlocuteurs (surveillance participative), l'écoute à l'aide de postes téléphoniques supplémentaires et l'interception de conversations ayant lieu dans des conditions qui ne permettent pas à ceux qui y prennent part de s'attendre à ce qu'elles restent secrètes, ne réclament pas de contrôle législatif¹³.

Le Comité préconisait l'adoption d'un système de contrôle judiciaire pour autoriser le branchement clandestin de lignes téléphoniques ou l'écoute clandestine à l'aide d'appareils électroniques et il a proposé un régime à cet effet¹⁴.

La question de la recevabilité des conversations recueillies grâce à l'écoute clandestine et à la surveillance électronique a été examinée. Le Comité, qui avait proposé de ne pas adopter une règle stricte écartant toutes les autres preuves obtenues illégalement et de plutôt prévoir un pouvoir discrétionnaire de rejeter ces preuves, a suggéré

7. *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197 (P.C.).

8. *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, [1970] 4 C.C.C. 1.

9. La jurisprudence antérieure portait principalement sur la pertinence de la preuve de telles questions.

10. *Supra*, note 6.

11. *Id.*, p. 88-89.

12. *Id.*, p. 90.

13. *Id.*, p. 92.

14. *Id.*, p. 93.

une règle distincte en vertu de laquelle les conversations interceptées illégalement seraient irrecevables parce qu'il est difficile de prétendre que ces preuves ont été recueillies par erreur ou inadvertance¹⁵.

En résumé, comme le comité Ouimet avait conclu à la nécessité d'élaborer des dispositions pénales pour réprimer l'usage de l'écoute clandestine et la surveillance électronique à des fins criminelles, les éléments de preuve obtenus grâce à de tels procédés devaient aussi être écartés. Du même coup, le Comité reconnaissait que la mise en œuvre efficace de la loi exigeait le recours à la surveillance électronique comme méthode d'investigation. Tout en étant disposé à faire une exception, le Comité a clairement indiqué que le recours à de tels procédés devrait être assujéti à une autorisation judiciaire et faire l'objet d'une surveillance stricte¹⁶.

III. La législation fédérale en matière de protection de la vie privée

La nécessité d'adopter une loi fédérale pour régir le recours à l'écoute clandestine et à la surveillance électronique, qu'avait soulignée le comité Ouimet en 1969, a été reconnue concrètement le 30 juin 1974 par la proclamation de la *Loi sur la protection de la vie privée*¹⁷.

A. Le projet de loi C-176

Le 13 avril 1973, le ministre de la Justice a déposé devant la Chambre des communes le projet de loi C-176. Le caractère envahissant de la surveillance électronique autorisée est maintenu dans le projet de loi C-176 qui reprend la définition donnée au mot infraction dans le projet de loi C-252, à savoir :

«infraction» désigne une infraction établie par une loi du Parlement du Canada et pour laquelle un contrevenant peut être poursuivi par voie de mise en accusation et comprend toute infraction de ce genre dont on allègue ou soupçonne la commission ou dont on croit la commission possible en se fondant sur des motifs raisonnables.

De même, les projets de loi conservaient la distinction entre les principes applicables à la recevabilité de la preuve primaire et ceux qui déterminent l'admissibilité de la preuve dérivée. Dans le premier cas, l'irrecevabilité était la règle, la recevabilité l'exception. Dans le cas de la preuve dérivée, il semble que ce soit le contraire¹⁸.

15. *Id.*, p. 94-95.

16. Il a été notamment proposé que les rubans sur lesquels des conversations avaient été enregistrées conformément à l'ordonnance soient retournés au juge qui avait accordé l'autorisation.

17. S.C. 1973-1974, chap. 50.

18. La preuve dérivée n'a pas été jugée irrecevable uniquement parce que la preuve primaire dont elle découlait avait elle-même été exclue.

Le projet de loi C-176 a été examiné en détail publiquement. De nombreuses modifications ont été proposées, bien que la grande majorité ait été rejetée¹⁹. Seules trois d'entre elles méritent que nous nous y attardions.

À la première lecture du projet de loi C-176, le mot «infraction», défini à l'article 178.1, visait autant les manquements à toute loi fédérale pour lesquels leur auteur pouvait être poursuivi par voie de mise en accusation²⁰ que les infractions présumées à ces lois ou celles que l'on croyait, pour des motifs raisonnables, susceptibles d'être commises. Après une première modification, la définition comportait une liste d'infractions, jugées suffisamment graves en elles-mêmes, qui se prêtaient particulièrement bien à l'usage de la surveillance électronique ou caractérisaient l'activité du crime organisé. Outre les incriminations spécifiques, cette disposition visait les complots, les tentatives et la complicité après le fait à l'égard de ces infractions. Une périphrase constituait le dernier élément de la définition qui visait les activités du «crime organisé»²¹. On estimait que le champ d'application plus limité de la définition modifiée et adoptée par la Chambre des communes, atténuerait le caractère envahissant de cette méthode d'investigation.

Par suite d'une deuxième modification, la Chambre des communes remplaçait la disposition relative à la demande d'autorisation en cas d'urgence, qui avait été proposée antérieurement, par un nouvel article 178.15. Initialement, la participation d'un fonctionnaire judiciaire n'était pas prévue, sauf de façon rétroactive. La délivrance des autorisations dans les cas urgents relevait du procureur général d'une province, du solliciteur général du Canada ou de leurs mandataires respectifs spécialement désignés par écrit à cette fin. L'adoption de ces modifications par la Chambre des communes rendait nécessaire l'autorisation judiciaire et consacrait l'actuel régime.

La dernière modification apportée par la Chambre des communes concerne la recevabilité de la preuve primaire et de la preuve dérivée. L'adoption du paragraphe 178.16(3) permettait l'admission de preuves primaires et dérivées en dépit de vices de forme ou de procédure dans la demande d'interception ou d'autorisation. Il semble qu'il n'ait pas été jugé utile d'exclure en plus des éléments de preuve crédibles et pertinents, compte tenu de la sanction pénale prévue au paragraphe 178.11(1)²².

La *Loi sur la protection de la vie privée*, qui a été adoptée par la Chambre des communes et est entrée en vigueur le 30 juin 1974, conserve aujourd'hui la même formulation, du moins en ce qui concerne plusieurs de ses aspects les plus importants. Les modifications les plus exhaustives²³ apportées au texte primitif ont été approuvées

19. En effet, selon l'une des propositions, la surveillance électronique autorisée aurait été limitée aux dispositions de la *Loi sur les secrets officiels*, S.R.C. 1970, chap. O-3 ou aux questions relevant de la sécurité nationale.

20. L'alinéa 27(1)a) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, a également pour effet d'inclure les infractions à option de procédure dans la définition.

21. «[E]t que ce genre d'infractions fait partie d'activités de crime organisé».

22. Voir, par exemple, *Débats de la Chambre des communes*, première session, vingt-neuvième législature, 22-23 Elizabeth II, vol. VIII, 27 novembre 1973, p. 8203 et s.

23. Le projet de loi C-51 a subi la première lecture le 20 avril 1977.

par la Chambre des communes le 18 juillet 1977 et sont entrées en vigueur le 15 octobre 1977. Comme certaines concernaient des points que nous proposons de modifier dans la loi actuelle, quelques brèves observations s'imposent.

B. Le projet de loi C-51

Dans le projet de loi C-51, la définition du mot «infraction» est à nouveau modifiée. Ce terme désigne une série d'incriminations spécifiques²⁴ et comprend le complot, la tentative ou la complicité après le fait en ce qui concerne les infractions énumérées ainsi que le fait d'inciter ou d'amener une autre personne à commettre ces infractions ou de le lui conseiller. Cette disposition comporte aussi une définition du crime organisé.

Outre l'élargissement de la définition du mot «infraction» à l'article 178.1, la période pour laquelle l'autorisation est accordée et celle du renouvellement de l'autorisation ont été prolongées. Elles sont passées de trente à soixante jours²⁵. Cette extension repose essentiellement sur des données selon lesquelles la durée moyenne des interceptions autorisées était d'environ soixante jours²⁶.

En vertu du projet de loi C-51, les alinéas 178.12(1)e) et e.1)²⁷ ont aussi été ajoutés. Ces dispositions rendaient obligatoire la divulgation dans l'affidavit produit à l'appui de la demande, de la profession, si elle est connue, de toutes les personnes dont les communications privées seront interceptées. Des renseignements détaillés sur toute autre demande refusée ou retirée antérieurement et relative à la personne concernée et à l'infraction devraient également être fournis. L'obligation de divulguer la profession des personnes concernées était liée aux propositions tendant à limiter le droit d'intercepter les communications des avocats²⁸. Quant à l'exigence de la divulgation des demandes antérieures, elle visait à mettre au moins un frein à la recherche d'un juge favorable²⁹.

Enfin, l'adoption du projet de loi C-51 apportait des changements importants aux règles du droit de la preuve lorsque des preuves dérivées étaient présentées devant le tribunal. La principale modification, dictée par le souci d'assurer la bonne marche des

24. Les nouvelles infractions, dont l'auteur n'est pas toujours passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus, comprenaient les actes incriminés par les articles 88, 111, 112, 127, 132, 144 et 340, par les paragraphes 133(1), 185(1) ainsi que les alinéas 159(1)a) et 195(1)a) du *Code criminel*.

25. Sur ce point, aucune distinction n'a été établie entre les autorisations et les renouvellements.

26. On peut soutenir que même si la modification pouvait faire augmenter la durée de l'immixtion dans la vie privée, les conditions d'obtention de l'autorisation étaient plus sévères que celles qui devaient être remplies pour un renouvellement.

27. L'alinéa 178.12(1)e.1) ne faisait pas partie du premier projet de loi.

28. Projet de loi C-51, par. 178.13(1.1) et (1.2).

29. Les modifications relatives à l'avocat sont à la fois trop générales et trop restrictives. D'abord, parce qu'elles ne visent pas les seules communications entre l'avocat et son client et ensuite, parce qu'elles se rapportent à un seul des interlocuteurs, soit «l'avocat». La modification relative à la recherche d'un juge favorable exige seulement que les cas de demande antérieure ou de demande infructueuse soient révélés. Elle vise à empêcher que le juge favorable ne soit choisi en premier lieu.

procès en matière pénale, a soustrait la preuve dérivée à l'application de la règle d'exclusion. Cette preuve devenait recevable à première vue, sous réserve du droit du juge ou du magistrat de l'écarter s'il estimait que son admission ternirait l'image de la justice³⁰. Les principes sur lesquels reposait l'admission de la preuve primaire n'ont été modifiés que légèrement afin de préciser que la preuve primaire administrée dans une affaire relative à une infraction autre que celle qui était décrite dans l'autorisation n'était pas de ce fait irrecevable³¹.

30. Projet de loi C-51, par. 178.16(1).

31. Par. 178.16(4) du projet de loi C-51 et par. 178.16(3.1) actuel du *Code*. Il n'est pas sûr que cette disposition ait modifié la loi, du moins dans les provinces et les territoires qui ont suivi l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)*, (1977) 15 O.R. (2d) 1, 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.).

CHAPITRE DEUX

Arguments en faveur d'une réforme

I. Introduction

Les dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*³² ont été présentées par le ministre de la Justice comme une loi visant à protéger la vie privée des personnes. Il était désormais interdit d'intercepter les communications privées, d'en révéler la teneur et de posséder du matériel en vue d'intercepter des communications privées. Toutefois, comme on avait fait valoir des arguments convaincants en faveur de l'utilisation de la surveillance électronique par la police en vue de réprimer le crime, les textes d'incrimination étaient assortis d'un régime prévoyant l'autorisation judiciaire des interceptions.

Depuis l'adoption de la loi, quelques poursuites seulement ont été intentées relativement aux infractions prévues par la Partie IV.1, dont la plupart, sinon la totalité, concernait la possession de dispositifs d'interception. D'ailleurs, dans certains cas il s'agissait de simples dispositifs de détection et non de matériel d'interception sophistiqué. En revanche, l'installation de milliers de tables d'écoute a été autorisée depuis. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*³³, a observé qu'il serait plus réaliste de dire que l'objet ou l'effet de la Partie IV.1 est de réglementer la façon d'enfreindre ce droit.

Parmi les arguments pouvant être invoqués à l'appui d'une réforme en matière de surveillance électronique, il est possible de faire deux parts. L'une des préoccupations d'ordre général consiste à se demander de plus en plus si la législation protège, dans les faits, les aspirations légitimes des citoyens en matière de vie privée. La récente adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴ fait ressortir encore davantage cette préoccupation. La surveillance électronique est une méthode d'investigation particulièrement envahissante, et elle ne devrait être utilisée que dans des circonstances spéciales lorsque d'autres moyens portant moins atteinte à l'intimité de la vie privée seraient inefficaces. Cette technique devrait être employée avec modération. Au cours des consultations tenues à travers le Canada, personne ne s'est opposé à l'adoption de

32. Pour tous les renvois au *Code criminel*, se référer à S.R.C. 1970, chap. C-34.

33. *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, p. 994; 51 C.C.C. (2d) 1, p. 15, le juge McIntyre.

34. *Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982*, telle qu'elle a été adoptée par la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), chap. 11.

la proposition voulant que le recours à la surveillance électronique soit empreint de modération. Toutefois, les avis étaient partagés sur la question de savoir si le régime législatif actuel était appliqué avec modération.

On s'interroge ensuite plus particulièrement sur l'économie de la loi. La Partie IV.1 du *Code criminel* est un texte législatif de nature technique qui pose d'emblée des problèmes d'interprétation. Aussi, bien qu'il soit impérieux d'appliquer les principes de la modération et du respect de la vie privée, n'est-il pas moins important de définir clairement les pouvoirs de la police «... nécessaires à la conduite des enquêtes criminelles, ... sans empiéter de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes³⁵».

Comme le présent document de travail fait partie du projet de recherche sur les pouvoirs de la police, il convient que nous adoptions aussi une attitude réaliste à l'égard de la loi. Par conséquent, nous nous emploierons principalement à définir les limites de toute atteinte légale au droit à la vie privée. Le présent document de travail porte donc sur l'utilisation de cette méthode d'investigation par la police et non sur les textes d'incrimination. Le renvoi aux infractions est accessoire à l'étude du régime de réglementation et ne fait pas partie de notre mandat dans le cadre du présent document.

Nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de modifier en profondeur le régime législatif actuel. La loi est très récente et, contrairement aux autres aspects concernant les pouvoirs de la police, tend à refléter les valeurs et les principes du vingtième siècle plutôt que ceux du dix-septième, dix-huitième ou dix-neuvième siècle. Par conséquent, les principes de la modération et du respect de la vie privée, la définition des pouvoirs de la police et de l'examen judiciaire sont inscrits en filigrane dans la loi. À notre avis, les problèmes entraînés par le fait que la loi s'écarte de ces principes en raison de la nécessité d'établir un équilibre entre les intérêts en présence, peuvent être résolus dans le cadre de la législation actuelle.

II. Le cadre constitutionnel

L'assujettissement de la surveillance électronique à l'examen prévu à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁶, lequel dispose que «[c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», ne peut plus être contesté en raison de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*³⁷. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson a décidé,

35. Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982, p. 69.

36. *Supra*, note 34.

37. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 14 C.C.C. (3d) 97.

en se fondant sur la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Katz v. United States*³⁸, que l'article 8, à l'instar du quatrième amendement de la Constitution des États-Unis, protégeait les attentes raisonnables des citoyens en matière de vie privée et exigeait qu'un équilibre soit maintenu entre la vie privée du citoyen et le droit du gouvernement d'assurer l'application de la loi³⁹.

L'adoption du critère de l'attente raisonnable en matière de vie privée dans l'affaire *Katz* revêt une importance particulière dans le cadre de la présente étude car l'affaire *Katz* concernait l'écoute clandestine. La Cour suprême des États-Unis y a décidé que l'interception des impulsions électroniques était visée par le quatrième amendement, lequel protège les citoyens contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Pour définir les limites de la protection accordée par la Constitution au regard des répercussions de l'ingérence du gouvernement, il est utile de se poser la question suivante : [TRADUCTION] «si la forme précise de surveillance exercée par la police n'était pas soumise aux préceptes de la Constitution, la vie privée et la liberté des citoyens seraient-elles restreintes au point d'être incompatibles avec les principes d'une société libre et démocratique⁴⁰»? Ce type de critère est manifestement applicable en matière de surveillance électronique.

L'autre aspect important de l'affaire *Hunter c. Southam Inc.* est la décision de principe de la Cour qui a opté pour l'obtention obligatoire d'une autorisation préalable, tel un mandat, sauf dans les cas où une intrusion sans mandat pourrait être justifiée. De plus, la Cour exige que la détermination de la prépondérance des intérêts en présence soit fondée sur l'appréciation du type d'ingérence projetée et du droit de l'État en cause. Pour l'application ordinaire de la loi, la Cour retient comme critère compatible avec l'article 8 de la Charte l'existence de «motifs probables».

Comme l'a fait observer le juge en chef Dickson, «le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité⁴¹». À notre avis, cette déclaration peut avoir une incidence en matière de surveillance électronique, notamment en ce qui concerne la validité des clauses générales, la définition de l'expression «communication privée», l'installation sans mandat de dispositifs optiques, l'accès aux documents produits lors de la demande et la restriction des interceptions. Dans le seul jugement rendu avant l'affaire *Hunter* dans laquelle il avait été décidé que l'article 8 s'appliquait à l'interception des impulsions électroniques, le juge Ewaschuk avait admis que [TRADUCTION] «le régime législatif canadien transgresserait les exigences constitutionnelles des États-Unis» mais que cela était raisonnable compte tenu du fait que «traditionnellement, en droit canadien, les droits de la société étaient

38. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

39. *Supra*, note 37, p. 159 (R.C.S.), p. 128 (C.C.C.).

40. A.G. Amsterdam, «Perspectives on the Fourth Amendment», (1974) 58 *Min. L. Rev.* 349, p. 403.

41. *Supra*, note 37, p. 167-168 (R.C.S.), p. 114-115 (C.C.C.).

jugés prépondérants plus souvent qu'en droit américain⁴²». Bien que l'interprétation donnée par le juge Ewaschuk au climat juridique antérieur à l'adoption de la Charte soit peut-être exacte, nous ne pensons pas qu'en vertu de ce texte législatif le droit de la société (c'est-à-dire l'intrusion) l'emporte aussi souvent maintenant sur les droits du particulier. Il convient de noter que le juge en chef Dickson n'a pas associé à la personne, mais à la société, le droit à la vie privée garanti par l'article 8 qui doit être apprécié au regard du droit légitime de l'État d'appliquer la loi. Comme il l'a dit dans le jugement avant d'en arriver à cette conclusion, 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 valable⁴³».

L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige que la législation soit examinée soigneusement et que nous soyons sensibles aux éventuels arguments invoqués pour démontrer l'incompatibilité de certaines dispositions avec l'article 8.

III. L'équilibre entre le respect de la vie privée et l'application efficace de la loi

Comme nous l'avons vu, la Partie IV.1 du *Code criminel* visait, au moment de son adoption, la suppression de l'écoute clandestine illégale et la surveillance de l'interception des impulsions électroniques par les autorités. Il était clair que l'écoute clandestine et les autres formes d'investigation fondées sur l'interception des impulsions électroniques ne devaient être utilisées qu'exceptionnellement. Mais depuis l'adoption de la Partie IV.1 et depuis les modifications de 1977, en particulier, l'on se demande si l'interception des impulsions électroniques n'a pas été utilisée beaucoup plus fréquemment que prévu au départ et beaucoup plus librement que l'on ne l'avait envisagé. Ces préoccupations ont une double origine : examen habituellement comparatif des données contenues dans les rapports annuels avec les statistiques américaines d'une part et, d'autre part les anecdotes, c'est-à-dire l'utilisation d'une table d'écoute dans des cas considérés sans intérêt ou dans ceux où une autre forme d'investigation, moins attentatoire à l'intimité, aurait pu donner des résultats. Malheureusement, l'article 178.14 portant sur la confidentialité de la demande nous empêche de porter un jugement sur cette question. De toute manière, il serait difficile d'apprécier le bien-fondé de ces craintes, compte tenu du fait que les investigations ne font l'objet d'aucun examen objectif institutionnalisé, mis à part les maigres données fournies par les rapports annuels. L'on ne peut se fier aux preuves de nature anecdotique, en raison de leur grande subjectivité. Ce que le procureur de la défense considère comme l'exercice injustifié du pouvoir d'installer une table d'écoute clandestine, peut être simplement une défaillance de la preuve à l'égard d'un aspect important de l'investigation.

42. *R. v. Rowbotham*, (1984) 42 C.R. (3d) 164, p. 170 (Haute cour Ont.).

43. *Supra*, note 37, p. 157 (R.C.S.), p. 106 (C.C.C.).

Il est évident que le recours à la statistique comporte des dangers, mais il convient de tenir compte de certaines observations. En dépit du fait que la législation canadienne soit similaire à la législation américaine et qu'elle s'en inspire largement, en réalité le nombre relatif des autorisations accordées est presque vingt fois plus élevé au Canada⁴⁴. À supposer même que la législation américaine soit plus limitative, l'écart est extrêmement important. En outre, bien que l'article 178.13 accorde au juge le pouvoir d'imposer des modalités, celles-ci ne sont à peu près jamais prévues dans les autorisations. En revanche, sans vouloir critiquer outre mesure les fonctionnaires judiciaires, les clauses générales sont libellées en termes de plus en plus vagues et tendent pratiquement à l'universalité dans la plupart des autorisations.

À notre avis, la différence dans l'usage relatif des techniques au Canada et aux États-Unis tient principalement au fait qu'au Canada leur utilisation est beaucoup plus rentable. Il ressort clairement des entrevues avec les autorités chargées d'appliquer la loi aux États-Unis et au Canada que l'écoute clandestine coûte extrêmement cher en temps et en argent aux États-Unis à cause des dispositifs de surveillance et de la paperasserie qu'elle engendre. Bien sûr, il y a peut-être aussi d'autres raisons, telles des dispositions plus sévères en ce qui concerne la divulgation des renseignements qui pousseraient les autorités à abandonner des projets qui les obligeraient à dévoiler l'identité de leurs informateurs, la centralisation du contrôle des demandes, du moins dans le système fédéral, qui tendrait à réduire le nombre de demandes présentées et le fait que certains États interdisent présentement l'écoute clandestine.

Après l'examen qui précède, on constate qu'il est grandement nécessaire de lever le voile sur ce processus. Par conséquent, nous avons abordé bon nombre des dispositions en nous demandant s'il était justifié dans ces cas d'exiger la confidentialité ou le secret. Il va sans dire que des consultations avec la police et le ministère public nous ont grandement aidés à identifier les préoccupations légitimes en matière d'application de la loi et à les apprécier au regard du droit incontesté du public de savoir quelles sont les limites de ce régime compte tenu de ces objectifs en matière d'application de la loi.

44. Cette comparaison repose sur les données recueillies en 1981 en vertu de l'article 178.22 du *Code criminel* au Canada et sur celles qui ont été recueillies par le Administrative Office of the United States Courts pour les États-Unis. Au Canada le nombre des autorisations accordées s'élève à 1 059 alors qu'il n'est que de 589 pour les États-Unis. Soulignons que cette proportion est demeurée constante. Voir, par exemple, Louise Savage, *An Analysis of the Federal and Provincial Annual Reports relating to the Use of Court Authorized Electronic Surveillance by Law Enforcement Officials in Canada*, étude non publiée préparée pour la Commission de réforme du droit du Canada, 1979. Les données qui suivent sont tirées de ce document :

	É.-U.	Canada
1975	701	1 123
1976	686	1 218
1977	626	1 304

L'écart se maintient en dépit du fait que par suite des modifications apportées en 1977, la durée maximale des autorisations a été portée de trente à soixante jours, alors qu'aux États-Unis la période maximale est demeurée trente jours. Il convient de noter que le nombre de demandes de renouvellement au Canada (205) est «relativement» moins élevé que celui des prorogations accordées aux États-Unis (208).

Un examen de la jurisprudence portant sur la Partie IV.1 du *Code criminel* permet de mettre l'accent sur des domaines précis où cette Partie s'est révélée difficile à appliquer parce que la loi elle-même n'est pas claire et ne contient aucune directive ou parce que la loi est tellement différente des autres lois anglo-canadiennes que la police, les avocats et les juges ont de la difficulté à l'interpréter et à la mettre en œuvre.

Par suite des consultations, d'autres problèmes nous ont été soumis, telles l'interprétation ou l'application de la loi qui, bien qu'elles n'aient jamais fait l'objet de litiges, étaient une cause de préoccupation. Nous avons tenté de résoudre ces problèmes du mieux que nous le pouvions dans nos discussions et nos recommandations.

IV. Le rôle des juges

D'importantes difficultés d'interprétation et de mise en œuvre de la Partie IV.1 du *Code criminel* devaient peut-être être anticipées étant donné que la loi s'inspirait d'un modèle américain. L'exclusion de la preuve avait été adoptée à titre de sanction principale. Les tribunaux canadiens ne sont pas bien au fait d'un tel régime. La règle générale dans le contexte canadien, telle qu'elle a été exprimée dans le jugement *R. c. Wray*⁴⁵, est au contraire que la preuve est recevable sans égard au mode d'obtention. La seule exception se rapporte aux confessions et le régime prévu ne ressemble pas à la règle de l'exclusion de la preuve obtenue illégalement par l'écoute clandestine. De plus, la preuve dérivée d'une confession obtenue irrégulièrement n'est pas visée par la règle d'exclusion. Un rapport d'analogie pourrait être établi entre le régime de l'écoute clandestine et celui du mandat de perquisition, mais, du moins avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il était clair que les irrégularités dans l'obtention ou l'exécution d'un mandat de perquisition ne rendaient pas irrecevables les éléments de preuve recueillis grâce à la fouille.

Certes, depuis l'adoption de la Charte, la situation est peut-être différente. À l'heure actuelle, il serait téméraire de tenter de prévoir comment les tribunaux régleront le problème du rejet de la preuve en vertu du paragraphe 24(2) dans le cas d'une fouille ou d'une perquisition illégales effectuées en vertu d'un mandat obtenu irrégulièrement. Cependant, il est certain que s'il s'agit d'irrégularités graves dans l'exécution d'un mandat de perquisition, la preuve risque d'être jugée irrecevable⁴⁶. Il est fort possible qu'après l'adoption de la Charte, l'exclusion de la preuve en matière de mandat de perquisition soit régie par des règles similaires à celles qui avaient été prévues par la première loi sur l'écoute clandestine.

45. *Supra*, note 8.

46. *R. v. Rao*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.).

La répugnance du common law à surveiller la police grâce au mécanisme d'une règle d'exclusion a marqué l'interprétation et l'application de la Partie IV.1. Si l'exclusion de la preuve doit être une sanction efficace, les circonstances dans lesquelles la preuve devrait être rejetée doivent être déterminées aussi clairement que possible. C'est d'ailleurs ce que nous tentons de faire dans les recommandations.

L'autre sujet de préoccupation, qui se fait de plus en plus jour, est la réticence des juges, au moment de la présentation de la demande, à considérer que leur rôle en est un de surveillance de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la police. Compte tenu du secret qui entoure le processus de la demande d'autorisation d'intercepter des communications privées, nous n'avons pas de preuve directe de cette réticence. Cependant, nous pouvons invoquer des preuves indirectes relevées dans les données recueillies en vertu de l'article 178.22 du *Code criminel* et par suite d'un examen des autorisations qui, ayant été produites en cour, appartiennent au domaine public.

À nouveau, le rôle traditionnel assumé par les juges canadiens est de ne pas se mêler de l'enquête qui précède la tenue du procès. La seule exception importante, celle de la délivrance d'un mandat de perquisition ou de saisie, a une longue histoire et, comme les études effectuées par la Commission dans ce domaine l'ont révélé, le degré de surveillance judiciaire présentement exercé varie beaucoup⁴⁷. À nouveau, si l'on se plie à la volonté du Parlement qui a décidé qu'une surveillance judiciaire était nécessaire, il semble que les cas dans lesquels les autorisations devraient être accordées et ceux dans lesquels elles ne le devraient *pas* doivent être déterminés et précisés, tout comme le contenu de l'autorisation. Or, en fait, la *Charte canadienne des droits et libertés* appelle la conclusion qu'une surveillance judiciaire est tout à fait indiquée. Le législateur doit reconnaître qu'il est essentiellement injuste de s'attendre à ce qu'un juge, habitué de jouer le rôle de l'arbitre impartial, assume dans les faits un rôle de surveillance sur la poursuite, sans obtenir de lignes directrices très claires sur les limites de son pouvoir. Nous estimons qu'il appartient au Parlement plutôt qu'aux juges de déterminer s'il s'agit d'une intrusion légitime ou d'une immixtion injustifiée dans la vie privée, bien qu'il soit évident que dans chaque cas particulier, la décision ultime reviendra au juge.

Bien qu'au cours des consultations, quantité d'opinions différentes nous aient été soumises sur la précision avec laquelle les critères à appliquer au moment de la demande d'autorisation devraient être établis dans la loi, y compris les modalités, l'exclusion de la preuve, etc., la grande majorité des personnes consultées s'entendait pour dire que la loi pouvait contenir davantage de principes directeurs à l'intention des juges tout en conservant la souplesse nécessaire.

47. Commission de réforme du droit du Canada, *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* [Document de travail 30], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983, p. 153 (ci-après appelé le document de travail sur les fouilles, les perquisitions et les saisies). Voir également K.W. Lidstone, «Magistrates, the Police and Search Warrants», (1984) *Crim. L. Rev.* 449.



CHAPITRE TROIS

Recommandations et commentaires

Ce chapitre du document comporte trois volets : l'identification des problèmes, l'examen des solutions et l'exposé des recommandations. Nous n'analysons pas nécessairement la loi actuelle article par article. Nous avons plutôt tenté de résoudre les problèmes qui exigeaient souvent l'analyse de plusieurs articles différents. Cela dit, il faut considérer l'actuelle Partie IV.1 du *Code criminel* comme le cadre dans lequel seront appliquées les recommandations, et les articles pertinents seront toujours mentionnés, sinon cités intégralement.

I. L'application de la Partie IV.1 du *Code criminel*

A. L'infraction

Le principe de la modération exige, en général, que le moyen d'investigation le plus attentatoire à la vie privée ne soit choisi que dans les cas les plus graves ou lorsqu'il est le plus susceptible de donner des résultats tout en empiétant le moins possible sur le droit légitime à la vie privée. L'article 178.1 du *Code* définit actuellement le mot «infraction» par l'énumération d'un grand nombre d'infractions prévues par le *Code criminel* ainsi que certaines infractions créées par d'autres lois fédérales, et par l'intégration d'une disposition générale relative à toute infraction prévue par le *Code* dont l'auteur est passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus, ou qui est une infraction prévue aux articles 3 ou 20 de la *Loi sur les petits prêts*, «dont il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle est reliée à un type d'activité criminelle fomentée et organisée par deux ou plusieurs personnes agissant de concert ...⁴⁸». La nécessité pour les fonctionnaires chargés de l'application de la loi d'employer ce genre d'outil est reconnue, car les personnes qui commettent des crimes lucratifs très graves emploieront tout le matériel et les techniques dont elles peuvent disposer⁴⁹.

48. *Code criminel*, art. 178.1.

49. Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fasc. 13, 5 juin 1972, p. 13:7.

Aux États-Unis, l'existence du crime organisé a été invoquée pour justifier en quelque sorte l'adoption de la loi (Title III)⁵⁰. Idéalement, la surveillance électronique en vue de réprimer le crime organisé devrait être utilisée comme un mécanisme de collecte de renseignements. La surveillance électronique viserait alors une personne plutôt qu'une infraction et s'exercerait pendant une période indéfinie. En revanche, un tel régime soulève d'importantes difficultés qui ont été reconnues au moment de l'adoption de la Partie IV.1. Le problème le plus évident peut-être est la difficulté de définir de façon satisfaisante l'expression «crime organisé». L'article 178.1 se borne à peu près à définir le complot. En outre, la Commission a dénoncé les empiétements qui ont pour unique but de recueillir des renseignements et a fait remarquer que «[l]e droit, en général, doit restreindre la justification de ces atteintes aux seuls cas où la perpétration de l'infraction a été amorcée⁵¹». Nous estimons que ce principe est applicable à la surveillance électronique au même titre qu'aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies. Nous ne sommes pas convaincus que ce principe puisse être sacrifié sous prétexte de lutter contre le crime organisé. À notre avis, les préoccupations relatives à la menace grave que représente pour la vie et les biens le crime organisé et à la difficulté de mener à bien une enquête sur cette activité peuvent trouver une solution efficace dans un régime fondé sur la perpétration d'une infraction précise et permettant la délivrance d'une autorisation d'enquêter sur un complot en vue de commettre une telle infraction (comme c'est le cas dans la loi actuelle).

En outre, bien que l'essentiel des discussions concernant la Partie IV.1 ait porté sur l'utilité de l'écoute clandestine comme moyen de combattre le crime organisé, il est évident que cette technique a aussi servi à d'autres fins. Nous estimons donc qu'il ne convient pas d'axer le régime de l'écoute clandestine sur l'identification des infractions commises par des organisations criminelles. En effet, nous ne voyons pas pourquoi certaines infractions peu importantes seraient visées par ce régime sous prétexte qu'elles relèvent du crime organisé ni pourquoi certains crimes graves en seraient exclus parce qu'ils ne sont pas d'ordinaire le fait d'organisations criminelles. Nous ne sommes pas non plus convaincus que le nombre de demandes d'autorisation présentées antérieurement au sujet d'une infraction précise permette de décider s'il faut faire figurer cette infraction dans la Partie IV.1. Nous admettons évidemment que le nombre élevé d'autorisations accordées relativement à certaines infractions est une mesure de l'utilité de l'écoute clandestine pendant l'enquête. En revanche, le nombre assez peu élevé d'autorisations accordées relativement à des enlèvements ou à des meurtres ne signifie pas qu'il ne soit pas essentiel, le cas échéant, d'avoir recours à l'écoute clandestine pour faire avancer l'enquête.

Bien que l'énumération des infractions nous semble être la seule solution, à notre avis, il reste du moins possible d'adopter des critères régissant l'adjonction d'infractions à la liste. Dans son quatrième rapport, le Comité permanent de la justice et des questions juridiques a proposé que l'infraction soit un crime grave qui constitue une menace pour

50. American Bar Association, projet sur *Minimum Standards for Criminal Justice, Standards Relating to Electronic Surveillance*, version provisoire, juin 1968.

51. Document de travail sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, *supra*, note 47, p. 153.

la vie et le bien-être individuel et collectif au point que la protection contre une activité antisociale doive l'emporter sur la protection de l'intimité de la vie privée⁵². Dans l'ouvrage intitulé *Standards for Criminal Justice*, l'American Bar Association a retenu la norme suivante : l'infraction est grave en elle-même ou elle caractérise les activités d'un groupe⁵³. L'intérêt du dernier critère est de rappeler l'utilité de l'écoute clandestine en matière d'investigation. En effet, il semble raisonnable de penser que les infractions qui caractérisent les activités de groupe, et donc nécessitent une communication entre leurs membres, se prêtent mieux à l'écoute clandestine qui permettrait alors de recueillir un nombre appréciable d'éléments de preuve. Le critère retenu par l'American Bar Association peut être illustré, d'une part, par le meurtre qui est une infraction grave en elle-même, et d'autre part, par le jeu qui caractérise les activités d'un groupe. À notre avis, le recours à l'écoute clandestine dans le cas de ces deux infractions devrait à juste titre être permis : dans le cas du meurtre, en raison de sa gravité évidente et dans le cas du jeu parce qu'il est très probable que la surveillance électronique *exercée correctement* est une méthode qui permettrait de recueillir des preuves pertinentes tout en réduisant au minimum les atteintes portées au droit légitime à la vie privée dans des circonstances où il aurait été difficile de détecter l'infraction autrement. Dans le régime que nous proposons, la loi disposerait que pour ces deux types d'infraction il doit y avoir une probabilité raisonnable d'obtenir des éléments de preuve utiles et, en ce qui concerne les infractions moins graves, que le degré d'immixtion doit être réduit.

On a fait valoir que la définition du mot «infraction» peut être rationalisée en énonçant simplement que l'autorisation sera accordée lorsqu'il s'agira de la commission de tout acte criminel comme on l'a fait dans le cas des mandats de perquisition, lesquels peuvent être délivrés relativement à toute infraction. Nous ne sommes pas convaincus qu'une telle rationalisation soit souhaitable ni qu'il soit opportun d'établir un parallèle avec les conditions de délivrance d'un mandat de perquisition. Bien que les fouilles ou perquisitions effectuées au domicile ou au bureau d'une personne portent sans aucun doute atteinte à son droit à la vie privée, cette immixtion et celle qui est envisagée lors d'une surveillance électronique sont de nature différente. Même les opérations de fouilles de grande envergure durent au plus une ou deux journées. Elles visent à recueillir des preuves existantes ou des marchandises de contrebande dont on sait non seulement qu'elles seront très probablement trouvées mais qu'elles le seront à l'endroit où l'on cherche à perquisitionner. En revanche, l'écoute clandestine est autorisée en raison même d'un manque de preuves. Elle n'a pas pour objet premier de mettre au jour des marchandises de contrebande ou des éléments de preuve. Certes, on s'attend à ce que des éléments de preuve soient obtenus, mais il ne s'agira pas d'objets ni de documents. Ils prendront plutôt la forme d'idées exprimées par les personnes faisant l'objet de l'écoute. Il n'est possible d'établir un parallèle entre le mandat de perquisition et la surveillance électronique que sur un seul point : les infractions moins graves devraient faire l'objet d'une interception seulement lorsqu'il est très probable que cette opération

52. Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Quatrième rapport*, 1970.

53. American Bar Association, *Standards for Criminal Justice*, 2^e éd., Boston, Little, Brown and Company, 1980.

permettra de recueillir des éléments de preuve. Pour ramener l'analogie à de justes proportions, il suffit de se demander si un juge autoriserait sciemment la perquisition quotidienne dans un lieu pendant une période de trente à soixante jours, durée pour laquelle sont accordées la plupart des autorisations, sans qu'il soit tenu compte du degré de gravité de l'infraction ni de la certitude d'obtenir des éléments de preuve ou des marchandises de contrebande.

Les infractions prévues par le régime de l'écoute clandestine lui-même, c'est-à-dire les infractions créées par les articles 178.11 et 178.18 du *Code criminel* constituent clairement des arguments à l'encontre de l'application d'une double norme. Après consultation des rapports annuels présentés en application de l'article 178.22 du *Code criminel*, que nous avons pu obtenir, il nous est impossible de conclure que ces dispositions ont été invoquées. En revanche, l'inclusion de ces infractions à l'article 178.1 est une mesure de l'engagement du gouvernement en matière de droit à la vie privée car elles sont véritablement à la base de la législation : l'écoute clandestine non autorisée ou non consensuelle devrait être illégale.

Enfin, nous estimons que le critère relatif à l'activité d'un groupe doit être employé avec modération. Il faudrait qu'il soit très probable, du fait de la nature même de l'infraction, que des éléments de preuve ne puissent être obtenus que de cette façon. De plus, les infractions qui ne sont pas bien définies dans le *Code* et à l'égard desquelles l'investigation peut porter atteinte aux droits fondamentaux, telle la liberté d'expression, ne devraient pas figurer dans la liste des infractions.

Nous recommandons des modifications relativement mineures à la liste actuelle des infractions pour lesquelles une autorisation peut être accordée. Notre principale recommandation, l'élimination du critère relatif aux activités des organisations criminelles, a été largement acceptée car la plupart des personnes consultées se sont accordées pour dire que cette expression était impossible à définir et encore plus difficile à appliquer et qu'elle ouvrait la porte à tous les abus.

RECOMMANDATIONS

1. Les infractions pour lesquelles une autorisation d'intercepter des communications privées peut être obtenue devraient continuer de figurer sur une liste dressée à cette fin. Les infractions suivantes devraient être rayées de l'actuelle liste de l'article 178.1 : *Code criminel* — art. 58 (faux ou usage de faux, etc.), al. 159(1)a) (documentation pornographique), al. 195(1)a) (proxénétisme), art. 281.1 (encouragement au génocide), art. 314 (vol de courrier), art. 331 (menaces par lettres), art. 339 (emploi du courrier pour frauder); *Loi sur l'accise* — art. 158 et 163 (distillation ou vente illégale d'eau-de-vie).

2. Il y aurait lieu d'adoindre à la liste les infractions prévues par le *Code criminel* qui suivent : al. 195(1)*b*), *c*), *d*), *h*) et *i*) (proxénétisme), art. 305.1 (taux d'intérêt criminel)⁵⁴, art. 381.1 (menaces de commettre une infraction contre une personne jouissant d'une protection internationale)⁵⁵.

3. La définition du crime organisé devrait être retirée de la liste des infractions visées, mais il devrait être possible d'obtenir une autorisation relativement aux enquêtes sur les complots, les tentatives et la complicité après le fait, en ce qui a trait à une infraction désignée, ou le fait de conseiller à une personne de commettre une telle infraction, de l'y amener ou de l'y inciter.

B. Les communications privées

Le choix des communications à protéger est un point essentiel dans l'élaboration d'un régime législatif en matière de surveillance électronique. La définition de la communication privée est fondée sur la valeur inhérente de la protection de la vie privée. Bien que la Partie IV.1 traite de l'usage des éléments de preuve obtenus par suite de l'interception illégale d'une communication privée si une partie consent à ce qu'elle soit produite en preuve (al. 178.16(1)*b*) du *Code criminel*), il est incontestable que l'objet principal de la loi était à la fois de régir l'utilisation légale de la surveillance électronique et d'en incriminer l'utilisation illégale. Actuellement, la communication privée est définie comme suit : «toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine⁵⁶».

Bien que seules les communications dont l'auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles demeureront privées nécessitent l'instauration d'un régime législatif, le recours sans cesse croissant à la surveillance électronique par les organismes de l'État

54. L'ajout de cette infraction nécessite peut-être certaines explications. La suppression de l'expression «crime organisé» enlève toute référence à la *Loi sur les petits prêts*, S.R.C. 1970, chap. S-11. Par cette référence, le législateur entendait lutter contre le prêt usuraire, infraction souvent associée au véritable crime organisé et à l'extorsion. Ce domaine est aujourd'hui visé par le nouvel article 305.1 du *Code criminel* et comme l'extorsion (art. 305), il devrait s'agir d'une infraction pour laquelle une autorisation peut être demandée. Les victimes sont particulièrement vulnérables, et l'application efficace de la loi peut être assujettie à l'existence d'éléments de preuve susceptibles d'être obtenus par l'interception des communications.

55. Le projet de loi C-18 qui a été adopté par le Parlement proposait en son article 22 certaines modifications à l'article 178.1 du *Code criminel*, qui rejoignent en partie cette recommandation. Cette disposition ne supprime que les infractions incriminées par l'article 331 et l'alinéa 195(1)*a*) (proxénétisme), ce dernier étant cependant remplacé par un renvoi au paragraphe 195(1) (proxénétisme). Comme le lecteur le constatera, nous recommandons aussi que des modifications relatives à l'article 195 soient apportées. Toutefois, nous proposons plutôt de remplacer le renvoi à l'alinéa 195(1)*a*) par un renvoi à d'autres dispositions incriminant des actes suggérant l'emploi de la force ou de la contrainte. Certaines des infractions visées au paragraphe 195(1) ne sont tout simplement pas assez graves pour figurer dans la liste de l'article 178.1.

56. *Code criminel*, art. 178.1.

ou la perception grandissante de ce phénomène, ouvre une perspective peu réjouissante : il n'est pas déraisonnable pour une personne de penser que son téléphone a été mis sur écoute. Si cette tendance s'accroissait, l'écoute téléphonique pourrait échapper à tout contrôle car les autorités n'auraient qu'à invoquer les appréhensions raisonnables du public concernant l'usage généralisé des dispositifs d'écoute téléphonique⁵⁷. Cette opinion a été exprimée par le juge Brooke, dans une récente décision de la Cour d'appel de l'Ontario⁵⁸. Dans son jugement, le juge Brooke fait observer que lorsqu'il a été prouvé que l'intimé savait que les risques d'interception de ses communications téléphoniques étaient bien réels, il est douteux que l'on puisse dire que ces communications avaient été faites dans des circonstances telles que leur auteur pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elles ne soient pas interceptées par une autre personne que celle à laquelle il les destinait.

Toutes ces considérations nous éloignent des buts poursuivis par l'adoption de la Partie IV.1 du *Code*. Exception faite des «criminels», une foule de gens vivent dans la crainte perpétuelle que leur téléphone soit mis sur écoute. En 1974, le professeur Amsterdam, dans un autre ordre d'idées, s'est penché sur la question de lier la réglementation des atteintes à la vie privée aux attentes raisonnables subjectives (et non pas justifiées) de la personne en la matière. Il a conclu [TRADUCTION] «qu'il ne faut évidemment pas tenir compte des attentes réelles et subjectives en ce qui concerne le droit à la vie privée ... pour déterminer le champ d'application de la garantie offerte par le quatrième amendement⁵⁹».

Le droit légitime du public à la protection de la vie privée pourrait être gravement atteint si la définition de l'expression «communication privée» n'est pas modifiée. Il faudrait dans le cadre d'une nouvelle définition tenir compte du fait que de plus en plus de gens savent que l'écoute téléphonique existe et préciser qu'une partie à une communication «privée» s'attend tout de même raisonnablement à ce que son intimité soit respectée parce que sa seule crainte concerne la possibilité d'une interception légalement autorisée.

Un autre problème lié à la définition de l'expression «communication privée» a fait l'objet d'un examen dans le jugement *Goldman c. La Reine*⁶⁰ rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, on a fait valoir que les communications qui avaient été interceptées grâce à un micro-émetteur portatif n'étaient pas des communications privées puisque le policier, auteur de la communication, savait que la conversation serait interceptée. Le juge McIntyre a réglé le problème de façon pragmatique et a décidé que «l'auteur» est la personne «qui fait la remarque ou série de remarques que le ministère public cherche à produire en preuve». Le juge a allégué ceci :

57. *R. v. Carothers*, [1978] 6 W.W.R. 571 (Cour de comté C.-B.).

58. *R. v. Samson*, (1983) 9 C.C.C. (2d) 194, p. 204 (C.A. Ont.).

59. A.G. Amsterdam, *loc. cit. supra*, note 40, p. 384.

60. *Supra*, note 33.

lorsqu'un policier est partie à une conversation avec un suspect, sachant qu'elle est interceptée électroniquement, et entend le suspect faire les déclarations incriminantes attendues et utiles à la preuve à charge, je ne peux considérer que le policier est l'auteur des déclarations mêmes qu'il cherchait à obtenir⁶¹.

Sans d'aucune façon diminuer l'importance des difficultés soulevées par le problème d'interprétation que devait résoudre la Cour, il n'est pas d'emblée évident que l'économie de la loi favorise l'interprétation adoptée par elle. Dans l'affaire *Goldman* elle-même, la seule conséquence de l'application ou de la non-application des dispositions de la Partie IV.1 serait que des complications d'ordre procédural devraient être aplanies pour que l'enregistrement de la conversation soit admis en preuve si le policier n'est pas libre, ni en mesure de témoigner sur le contenu de la conversation. Le droit à la *vie privée* dans l'affaire *Goldman* est une notion très abstraite dans de telles circonstances. La question principale ne se rapporte pas à la surveillance électronique. Ce problème est seulement accessoire à la question plus large du recours aux policiers. La seule raison justifiant véritablement l'application de la Partie IV.1 dans l'affaire *Goldman* est la communication de la preuve, c'est-à-dire l'application des dispositions du paragraphe 178.16(4) relatif à l'avis de l'intention de produire une preuve. Le principe régissant une telle situation devrait favoriser l'observation de la procédure d'obtention d'une autorisation lorsqu'il en va réellement du droit à la vie privée. En outre, il devrait être susceptible d'une application pratique. Même la règle élaborée dans l'affaire *Goldman* présente des lacunes sur ce point car la Cour doit morceler la conversation afin d'obtenir des «communications distinctes». À notre avis, la Partie IV.1 devrait protéger l'intimité des conversations et non les communications individuelles. Le principe prépondérant en la matière doit favoriser l'adoption d'une règle simple, pratique et facilement applicable. La solution la plus facile consiste à définir l'expression «communication privée» de façon que l'intégralité des conversations dont l'une ou l'autre des parties s'attendent à ce qu'elles demeurent privées soit visée. Le problème du micro-émetteur peut être réglé séparément en même temps que la question relative à l'admissibilité de la preuve et aux dispositions créant des infractions.

Cependant, nous craignons que cette nouvelle définition ne pose des problèmes en ce qui concerne les prisons et autres lieux de détention, et les prises d'otages. En vertu de la loi actuelle, lorsque les prises d'otages sont publiques et que les protagonistes se servent du téléphone pour négocier avec la police ou pour communiquer avec d'autres personnes, il semble que la nouvelle définition ne soulève aucun problème. En effet, il ne serait pas raisonnable de croire que de telles communications ne sont pas surveillées⁶², quoique cette opinion puisse découler du fait que l'on soit convaincu que cette surveillance est effectuée par suite de la délivrance d'une autorisation judiciaire. Tout le dilemme est là : les prises d'otages constituent-elles une menace pour la vie et la sécurité des autres si grave et pressante qu'une exemption spéciale doive être prévue dans la définition proposée de l'expression «communication privée»? Dans ce cas, la police pourrait à sa guise intercepter les communications dans ces circonstances sans qu'il soit

61. *Id.*, p. 995 (R.C.S.), p. 16 (C.C.C.).

62. Voir *R. v. Gamble and Nichols*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 415, p. 424 (C.S., D.A. Alb.).

nécessaire d'obtenir l'autorisation de la Cour. À notre avis, l'importance du respect de la vie privée est considérablement diminuée lorsque les dangers qui pèsent sur les personnes sont si graves. Il convient de rédiger soigneusement le texte législatif pour veiller à ce que les communications de l'auteur d'une prise d'otages avec l'extérieur ne soient pas visées, comme avant, par la définition de l'expression «communication privée». Nous estimons que la recommandation 4 atteint cet objectif.

L'autre problème se rapporte aux communications dans les prisons. Pour des raisons de sécurité, les communications des prisonniers avec le monde extérieur sont surveillées par le personnel de l'établissement. L'une des façons de justifier cette méthode est de coller des étiquettes sur le téléphone de l'établissement annonçant que la conversation est interceptée ou pourrait l'être⁶³. En vertu de la définition actuelle, il ne s'agirait pas de l'interception d'une communication privée. Une telle interception serait donc soustraite aux dispositions de la Partie IV.1 et ne serait pas illégale. En revanche, en vertu de la définition que nous proposons, il s'agirait bien de l'interception d'une communication privée puisque l'interlocuteur de l'extérieur pourrait raisonnablement penser que la conversation n'est pas interceptée. Si le problème est abordé de cette façon, la solution consiste non pas à déformer la définition de l'expression «communication privée» mais à rendre de telles interceptions légales par la voie d'une modification de l'article 178.11.

La question de savoir si la Partie IV.1 s'applique à l'interception d'une conversation sans l'aide d'un dispositif électronique prête à controverse. Dans l'arrêt *R. v. Beckner*⁶⁴, la Cour a jugé que la Partie IV.1 ne s'appliquait pas. Cependant, dans une décision antérieure, *R. v. Boutilier and Melnick*⁶⁵, l'opinion contraire avait été retenue. À notre avis, la conclusion de l'arrêt *Beckner* est correcte. Bien que l'on puisse soutenir qu'il est nécessaire de réglementer toute ingérence de la police dans la vie privée, le débat devient frivole à un certain point de la discussion. Ce qui est interdit par un régime en matière de respect de la vie privée est tout aussi important que ce qui est permis. Exiger la réglementation de l'admissibilité des conversations entendues implique que de telles conduites seront illégales sauf dans certaines circonstances bien déterminées. Cela suppose un changement radical de la conduite de la plupart des gens, même dans les activités quotidiennes ordinaires⁶⁶.

L'inclusion du mot «télécommunication» dans la définition de la communication privée soulève un problème connexe hautement technique. Dans la *Loi d'interprétation*, le mot «télécommunication» est défini à l'article 28 comme suit : «toute transmission, émission ou réception des signes, signaux, écrits, images ou sons, ou de renseignements de quelque nature que ce soit, par fil, par radio, par un procédé visuel ou un autre procédé électromagnétique».

63. Voir *R. v. Rodney*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 195 (C.S. C.-B.).

64. *R. v. Beckner*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 356 (C.A. Ont.).

65. *R. v. Boutilier and Melnick*, (1976) 35 C.C.C. (2d) 555 (C.S. N.-É.).

66. *Op. cit. supra*, note 4, p. 44.

La même définition est également employée dans les articles 287 (vol de service de télécommunication) et 287.1 (possession de moyens permettant d'utiliser des installations ou d'obtenir un service en matière de télécommunication) du *Code criminel*. Cette définition est très large et l'on s'est demandé si elle visait l'interception des communications transmises à des dispositifs payeurs, lesquels peuvent être visés par la définition de l'expression «communication privée».

Cependant, la définition pourra également s'appliquer à l'usage des dispositifs parfois appelés enregistreurs à plume qui n'exigent aucune conversation, seulement la composition d'un numéro sur le cadran téléphonique. Les autorités chargées d'appliquer la loi s'accordent pour dire que ces dispositifs ne sont pas visés par la loi et devraient pouvoir être utilisés sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation. En réalité, un tel dispositif pourrait servir à préparer le matériel nécessaire à l'obtention d'une autorisation car il peut aider les policiers à dépister les auteurs d'un complot présumé. Il est évident que de tels dispositifs ne sont pas visés par la loi américaine (Title III⁶⁷), qui mentionne les seules interceptions «sonores» des communications privées. Le recours sans autorisation à de tels dispositifs ne porte pas non plus atteinte au quatrième amendement car une personne ne peut s'attendre raisonnablement à ce que les numéros composés demeurent confidentiels⁶⁸. À notre avis, rien ne justifie que soient visés par la Partie IV.1 les enregistreurs à plume et autres dispositifs connexes (tels les voyants à diode lumineuse employés pour retracer le numéro de l'interlocuteur après que celui-ci a raccroché). Ces dispositions visent principalement à protéger l'intimité des communications, c'est-à-dire les conversations entre les personnes. De tels dispositifs ne portent pas atteinte à l'intimité des communications. En outre, l'espoir de préserver la confidentialité des numéros de téléphone composés ou celle des appels reçus est mince. Il suffira d'apporter une légère modification à la définition de l'expression «dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» pour remédier à cette lacune de la loi.

RECOMMANDATIONS

4. L'expression «communication privée» devrait être définie de la façon suivante :

Toute communication orale ou télécommunication faites dans des circonstances telles que toute personne y participant peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles ne soient pas interceptées par le moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre.

67. U.S., *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, Title III, Act of June 19, 1968, Pub. L. No. 90-351 (ci-après appelé Title III). Voir aussi J.G. Carr, *The Law of Electronic Surveillance*, New York, Clark Boardman, 1977, p. 74.

68. *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979). Voir, cependant, *People v. Sporleder*, 666 P.2d 135, Colo. (1983).

5. Une communication devrait être considérée comme privée même si une personne qui y participe croit qu'elle pourrait faire l'objet d'une autorisation accordée par un tribunal à un organisme chargé de l'application de la loi.

6. Le paragraphe 178.11(2) devrait être modifié par l'adjonction de l'alinéa e) comme suit :

à une personne qui surveille à des fins de sécurité des communications faites par les détenus d'une prison définie par la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21 et d'un pénitencier défini par la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, lorsque le fait qu'une telle surveillance peut être effectuée est dévoilé dans une annonce placée bien en vue à l'endroit où la communication peut être faite.

7. La définition de l'expression «dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» devrait être modifiée comme suit :

«dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» désigne tout dispositif ou appareil utilisé ou pouvant être utilisé pour intercepter une communication privée, mais ne comprend pas un appareil de correction auditive utilisé pour améliorer, sans dépasser la normale, l'audition de l'utilisateur lorsqu'elle est inférieure à la normale, ni un dispositif tels l'enregistreur à plume, le décodeur d'impulsions multifréquences, le voyant à diode lumineuse ou autre dispositif similaire servant à identifier le numéro de téléphone composé ou l'interlocuteur et à obtenir l'heure et la date de l'appel téléphonique sans permettre l'interception des mots ni de tout autre renseignement.

C. Les dispositifs optiques

Le problème de l'utilisation des dispositifs optiques est étroitement lié à la définition de la communication privée que nous venons d'examiner et donc, à l'application de la Partie IV.1.

Il semble clair que l'actuelle Partie IV.1 ne vise pas les dispositifs optiques⁶⁹. Contrairement à la position qu'elle a prise dans son rapport intitulé *Criminal Investigation*⁷⁰, la Law Reform Commission of Australia a souligné dans son document de travail publié en 1980 que l'utilisation des dispositifs optiques posait de graves problèmes en matière de respect de la vie privée. Elle déplore [TRADUCTION] «qu'antérieurement il suffisait de prendre des mesures simples pour protéger sa vie privée du

69. *R. v. Biasi (No. 3)*, (1981) 66 C.C.C. (2d) 566 (C.S. C.-B.).

70. Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation* [Report No. 2], Canberra, Australian Government Publishing Service, 1975.

regard indiscret des tiers. Aujourd'hui, ces mesures ne conviennent plus car les développements technologiques ne sont pas restreints aux dispositifs d'écoute et d'interception⁷¹».

Nous n'ignorons pas que d'importantes questions portant sur le respect de la vie privée *risquent* d'être soulevées dans ce domaine. Toutefois, jusqu'ici les renseignements recueillis ne démontrent nullement que l'utilisation des dispositifs optiques ait entraîné de graves abus, ni causé des immixtions injustifiables dans la vie privée. L'adoption d'une loi à portée générale porterait gravement atteinte au droit de propriété. On ne peut légitimement empêcher les propriétaires de banques, d'épiceries et autres établissements semblables d'utiliser des caméras pour se protéger contre toute conduite illégale. Ces dispositifs servent aussi à enregistrer les transactions illégales conclues entre des suspects et des policiers. Tout comme dans le cas des micro-émetteurs, l'utilisation des dispositifs optiques ne pose que des problèmes d'ordre très théorique en matière de droit à la vie privée. Mentionnons enfin l'usage de dispositifs tels les jumelles et les télescopes. La Cour suprême des États-Unis a examiné cette question dans le cadre de l'application des garanties offertes par le quatrième amendement contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Dans l'affaire *United States v. Knotts*⁷², la Cour, qui avait étudié les conséquences de l'utilisation d'un émetteur transmettant un signal électronique et permettant aux policiers de suivre le véhicule du suspect, a fait remarquer que [TRADUCTION] «les dispositions du quatrième amendement n'interdisaient pas aux policiers d'augmenter les capacités sensorielles dont ils avaient été dotés à leur naissance grâce aux moyens que la science et la technologie mettaient à leur disposition dans cette affaire⁷³».

À notre avis, beaucoup d'autres travaux de recherche devront être effectués sur les types et les possibilités offertes par les dispositifs actuellement utilisés avant qu'une législation exhaustive puisse être adoptée. Cependant, sur un point précis les questions sont claires et le droit à la vie privée est nettement en jeu : l'entrée clandestine dans un lieu privé par des représentants du gouvernement en vue de mettre en place des dispositifs optiques. Nous proposons de la réglementer au même titre que l'entrée clandestine en vue d'installer des dispositifs d'écoute (micro) et d'attendre les résultats de la recherche pour répondre aux autres questions. Nous ne nous sentons pas prêts à résoudre les diverses questions politiques que peut soulever l'adoption d'un critère plus large, telle la réglementation des dispositifs dans tous les lieux où une personne peut raisonnablement s'attendre à ce que son intimité soit respectée.

En outre, parce que nous entendons réglementer l'entrée clandestine en vue de l'installation de dispositifs d'écoute, le fait de ne pas réglementer les dispositifs optiques

71. *Op. cit. supra*, note 4, p. 64-65.

72. *United States v. Knotts*, 103 S.Ct. 1081 (1983).

73. *Id.*, p. 1086. En revanche, les dispositifs électroniques comme un émetteur ne peuvent être utilisés pour obtenir des renseignements lorsque la surveillance visuelle n'aurait pas été autorisée, par exemple dans une habitation privée (voir *United States v. Karo*, 104 S.Ct. 3296 (1984)), en dépit du fait que l'émetteur soit un moyen moins attentatoire à la vie privée qu'une opération de perquisition de grande envergure.

constituerait une lacune qui permettrait, même aux autorités chargées de l'application de la loi, de faire indirectement ce que la loi interdit.

En conclusion, nous tenons à préciser que nous ne cherchons nullement à diminuer l'importance des problèmes créés par l'usage à des fins d'application de la loi des dispositifs optiques, même avec le consentement du propriétaire. Qu'il s'agisse ou non d'un usage judicieux des ressources, nous ne pouvons que suggérer, en guise de recommandation, que tout le domaine de la surveillance optique clandestine doit faire l'objet d'un examen⁷⁴.

RECOMMANDATIONS

8. Devrait constituer une infraction le fait d'entrer dans un lieu privé, sans autorisation judiciaire ni consentement du propriétaire ou de l'occupant légitime, afin d'y installer un dispositif optique.

9. L'autorisation d'installer un dispositif optique devrait pouvoir être obtenue sur demande présentée à un tribunal, mais aux mêmes conditions qu'une autorisation en vue de l'installation d'un dispositif d'écoute par une entrée clandestine.

10. L'expression «dispositif optique» devrait, pour l'instant, désigner tout dispositif ou mécanisme susceptible de permettre l'observation visuelle clandestine de personnes ou d'objets.

D. L'interception de communications privées à l'étranger

L'un des autres problèmes posés par l'application de la Partie IV.1 du *Code criminel* est celui de l'interception des communications privées faite à l'étranger.

Plusieurs décisions récentes rendues par les tribunaux de la Colombie-Britannique ont soulevé le problème de la réglementation des éléments de preuve recueillis par suite de l'interception de communications privées faite à l'étranger. Cette question relève du droit de la preuve puisqu'il est admis que le droit substantif canadien n'a pas d'application à l'étranger et ne peut régir les conversations échangées entièrement à l'étranger. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu à ce sujet des jugements contradictoires. D'une part, des communications privées interceptées à l'étranger ne sont pas admissibles s'il n'a pas été prouvé qu'elles ont été interceptées légalement selon la loi du pays dans lequel elles ont été interceptées⁷⁵ et, d'autre part, la Partie IV.1 ne s'appliquant pas à une telle communication, leur admissibilité est par conséquent

74. Voir *U.S. v. Torres*, 36 Cr.L. 2301 (7th Cir.), p. 2302 (19 décembre 1984).

75. Voir *R. v. Bengert (No. 8)*, (1979) 15 C.R. (3d) 37 (C.S. C.-B.) et *R. v. Bengert (No. 9)*, (1979) 10 B.C.L.R. 199, 15 C.R. (3d) 40 (C.S. C.-B.).

régie par le droit général de la preuve⁷⁶. Une troisième solution consisterait à exiger que l'interception ait été faite selon les normes canadiennes. Il convient de noter que cette dernière solution entraînerait l'exclusion des éléments de preuve recueillis dans de nombreux pays tel le Royaume-Uni⁷⁷ où l'écoute téléphonique est autorisée par le *Home Secretary* et non par un juge. Dans ce cas, ni l'application des principes de la procédure pénale ni la protection du droit à la vie privée ne nous sont d'aucun secours pour trouver la solution. Les Canadiens qui choisissent de faire affaires à l'étranger doivent s'attendre à ce qu'elles soient régies par les gouvernements étrangers et, peut-être, à ce que ceux-ci s'immiscent, comme ils l'entendent, dans leur vie privée.

Les autres principes pertinents sont le respect des engagements internationaux, l'économie, la clarté, ainsi que l'administration juste et efficace de la justice. À notre avis, il serait en pratique très difficile et peu respectueux des engagements internationaux d'imposer le régime canadien aux gouvernements étrangers (troisième solution).

L'argument invoqué à l'appui de la troisième solution est que puisque l'accusé est jugé par les tribunaux canadiens, dans le respect de la procédure canadienne, la production des éléments de preuve doit être conforme aux normes d'admissibilité canadiennes. Cet argument est similaire à la règle qui prévaut en matière de confession. En effet, les tribunaux canadiens ne recevant pas une confession obtenue par la torture, à supposer même que de tels procédés soient légaux dans l'État où la confession a été obtenue, ils ne devraient pas accepter non plus les règles de cet État dans d'autres circonstances. Lorsque l'accusé est jugé au Canada, les règles de la preuve du Canada doivent être considérées comme une norme minimale. Sinon, le droit à l'égalité pourrait être invoqué. Prenons l'exemple de deux accusés jugés au Canada dont les conversations ont été interceptées par les mêmes moyens. Dans l'un des cas, l'interception a été faite au Canada, mais elle ne respecte pas les dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. Cette conversation n'est donc pas recevable. Dans l'autre cas, la conversation a été interceptée à l'étranger selon les règles de l'État où elle a été interceptée, lesquelles sont moins rigoureuses que les nôtres. Ces conversations seront admissibles.

Nous ne sommes pas convaincus que la logique de ces arguments soit irrésistible au point de rendre impérieuse l'adoption de la troisième solution.

Le rapport d'analogie établi avec la règle d'inadmissibilité des confessions ne fournit pas véritablement de principes de base en matière d'écoute clandestine. En premier lieu, les confessions sont exclues, sauf s'il s'agit de déclarations volontaires afin a) de s'assurer qu'elles sont dignes de foi et b) de faire respecter le privilège contre l'auto-incrimination⁷⁸. Mais ni l'une ni l'autre de ces raisons ne s'appliquent aux preuves obtenues par écoute clandestine, peu importe comment elles ont été obtenues. Le fait que les déclarations soient dignes de foi, en particulier, est fonction de la fiabilité des

76. *R. v. Newall (No. 1)*, (1982) 67 C.C.C. (2d) 431, 136 D.L.R. (3d) 734 (C.S. C.-B.).

77. Voir *Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (No. 2)*, [1979] 2 All E.R. 620, 69 Cr. App. R. 168 (Ch.D.).

78. *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 682-683; 59 C.C.C. (2d) 30, p. 63, le juge Lamer.

intercepteurs et non de la qualité du régime législatif qui les autorise à intercepter les communications. De plus, exception faite de la règle sur les confessions, au Canada, les éléments de preuve étaient admissibles avant l'adoption de la Charte, peu importe comment ils avaient été obtenus. Des tribunaux canadiens et d'autres cours de common law ont, sans le moindre scrupule, jugé recevables des éléments de preuve obtenus en violation d'une foule de droits garantis tant par le common law que par la loi, et même, en violation de la règle sur les confessions⁷⁹.

En matière de procédure régulière, le seul point sur lequel le Canada peut légitimement insister est que l'interception de communications privées à l'étranger n'ait pas été effectuée de mauvaise foi en vue de contourner les exigences canadiennes.

À ce propos, il serait utile de voir comment la question est réglée aux États-Unis où une grande partie des affaires jugées par les tribunaux portaient sur l'admissibilité de communications interceptées par les autorités canadiennes, tant avant qu'après l'adoption de la Partie IV.1 du *Code criminel*. À la lumière de ces décisions, il est évident que lorsque l'interception n'était pas illégale en vertu du droit canadien (même avant la promulgation de la Partie IV.1), les éléments de preuve étaient recevables devant les tribunaux américains qui ne sont pas visés par le «Title III»⁸⁰. Cependant, l'unanimité n'est pas faite en ce qui concerne l'effet d'une interception illégale en vertu des lois canadiennes. Cela dépend, semble-t-il, du point de vue adopté par le tribunal saisi de la question. Dans l'affaire *United States v. Maher*⁸¹, la Cour a tranché la question en appliquant le principe sous-tendant la règle d'exclusion américaine.

Dans l'arrêt *United States v. Phillips*⁸², la Cour a abordé le problème de façon plus générale. Elle a jugé que le principe de la courtoisie entre les juges s'appliquait et elle a exclu la preuve obtenue par suite d'une interception illégale en vertu du droit canadien.

Selon le principe de base choisi, les deux approches sont défendables. La solution retenue dans l'affaire *Maher*, en particulier, laquelle exige que les règles américaines aient été respectées, semble convenir au contexte canadien. Un critère d'admissibilité qui repose sur le caractère choquant des éléments de preuve n'est pas sans rappeler le paragraphe 24(2) de la Charte. Il convient de noter que même en vertu du critère retenu dans l'affaire *Phillips*, il semblerait qu'il revienne à l'accusé de démontrer l'illégalité de l'interception en vertu du droit étranger⁸³.

Par conséquent, l'on pourrait résoudre le problème en veillant à ce que la Partie IV.1 ne s'applique à l'interception des communications à l'étranger que dans une très

79. *R. v. St. Lawrence*, (1949) 93 C.C.C. 376 (Haute cour Ont.).

80. *United States v. Cotroni*, 527 F.2d 708 (1975) (2d Cir.), demande rejetée 426 U.S. 906 (1975); *Stowe v. Devoy*, 588 F.2d 336 (1978) (2d Cir.), demande rejetée 442 U.S. 931 (1978).

81. *United States v. Maher*, 645 F.2d 708 (1981) (9th Cir.), p. 782-783.

82. *United States v. Phillips*, 479 F.Supp. 423 (1979), p. 437-438 (M.D. F.C.).

83. Dans l'affaire *Phillips*, cela n'a pas été difficile puisque l'action a été intentée à la suite de l'enquête menée sur les activités de Royal American Shows et qu'il y avait de la jurisprudence canadienne sur ce sujet précis.

petite mesure. Puisque l'interception a lieu à l'extérieur du Canada, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la protection du droit à la vie privée n'est pas un facteur déterminant. La nécessité de préserver l'intégrité du système lui-même l'emporte, comme l'a fait remarquer le juge Lamer en reconnaissant cette préoccupation dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*⁸⁴ qui portait sur l'admissibilité d'une confession obtenue par supercherie.

De même, un manque d'égard criant pour la procédure suivie au Canada aux fins du contrôle de l'interception des communications privées ne devrait pas être encouragé. Dans l'affaire *Rothman*, le juge Lamer est d'avis que l'exclusion de la preuve est un bon moyen de contrôle lorsque, en raison de la conduite des personnes ayant autorité, admettre la preuve ternirait l'image de l'administration de la justice. Ce critère ressemble à la règle d'exclusion énoncée au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, bien que le juge Lamer ait retenu un critère rigoureux exigeant que la conduite soit

si indigne que la magistrature qui administre la justice criminelle soit justifiée de croire que, à moins de se dissocier de cette conduite en rejetant la déclaration, sa réputation et, par conséquent, celle de tout le système judiciaire, sera ternie⁸⁵.

Il semble peu probable qu'un critère aussi strict soit appliqué en vertu du paragraphe 24(2)⁸⁶ et nous avons songé à la possibilité de déterminer l'admissibilité de la preuve obtenue par l'interception de communications privées à l'étranger à l'aide du paragraphe 24(2) de la Charte. Mais cette solution pourrait faire naître une indésirable incertitude en droit car il n'est pas du tout certain que la conduite d'un représentant du gouvernement à l'étranger puisse porter atteinte aux droits d'une personne. Or, cette atteinte est une condition qui doit être remplie avant de pouvoir invoquer le paragraphe 24(2) de la Charte. Nous avons donc choisi une règle claire mais stricte, axée directement sur ce que nous considérons être un intérêt légitime du Canada, c'est-à-dire la protection de l'intégrité du système judiciaire.

Nous avons en outre décidé de faire porter sur l'accusé le fardeau de la preuve initial, qui une fois renversé fait entrer en jeu le fardeau de persuasion du ministère public. Cela aura pour effet, en pratique dans la plupart des cas, nous le reconnaissons, d'empêcher que soit faite une enquête sur la façon dont l'interception a été effectuée à l'étranger. Malheureusement, nous ne voyons pas d'autre solution.

Enfin, nous sommes d'avis que les interceptions effectuées à l'étranger devraient être assujetties au régime, du moins en ce qui concerne l'avis d'intention de produire une preuve.

84. *Supra*, note 78, p. 693-694 (R.C.S.), p. 72 (C.C.C.).

85. *Id.*, p. 696 (R.C.S.), p. 74 (C.C.C.).

86. Voir *R. v. Simmons*, (1984) 11 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.).

RECOMMANDATIONS

11. La preuve primaire et dérivée obtenue grâce à une interception faite hors du Canada, peu importe le lieu d'origine de la communication privée et que l'interception ait été effectuée légalement ou non, devrait être recevable pourvu que l'interception n'ait pas été faite dans un pays étranger en contravention des lois de celui-ci et avec la connivence des autorités canadiennes.

12. Le tribunal devant qui une communication privée interceptée à l'étranger est produite en preuve ne doit mener une enquête sur l'admissibilité de cette preuve que si la personne contre laquelle on tente de la faire admettre présente des éléments de preuve qui pourraient amener le tribunal à conclure que l'interception a été faite en contravention des lois du pays étranger avec la connivence des autorités canadiennes.

13. Les dispositions actuelles du paragraphe 178.16(4) devraient s'appliquer aux éléments de preuve obtenus grâce à des interceptions effectuées à l'étranger.

E. La surveillance participative : l'interception consensuelle

Une autre question qui se pose maintenant concerne l'interception consensuelle effectuée sans autorisation judiciaire parce que l'une des parties à la communication «privée» consent à ce qu'elle soit captée.

L'alinéa 178.11(2)a soustrait les interceptions consensuelles du champ d'application de la loi. Deux situations sont visées : (1) l'un des interlocuteurs, à l'insu ou non de l'autre, enregistre lui-même les communications et (2) un tiers, avec le consentement de l'un des participants, intercepte et enregistre les communications. Compte tenu de la définition de l'expression «communication privée» dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*⁸⁷, on peut conclure qu'il s'agit dans les deux cas de communications privées, du moins lorsque l'on tente de les produire en preuve contre la partie qui n'a pas donné son consentement à l'interception. Mais il convient de noter que dans ces deux cas, l'enregistrement et l'interception sont effectués légalement et que les éléments de preuve ainsi obtenus sont admissibles en vertu de l'alinéa 178.16(1)a. Aucune autorisation judiciaire préalable n'est nécessaire selon la loi.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*, a jugé qu'un consentement visé par l'alinéa 178.11(2)a est bon et valide «s'il s'agit de l'acte conscient de celui qui le donne et qui le fait pour des raisons qu'il considère suffisantes». Le consentement doit être «celui qu'il avait l'intention de donner et s'il le donne par suite de sa propre décision et sans être soumis à une coercition extérieure, le fait que ses

87. *Supra*, note 33.

motifs soient égoïstes et même répréhensibles selon certains critères ne l'invalide pas». En outre, le consentement ne doit pas avoir été obtenu par l'intimidation, par la force ni par des menaces d'employer la force de la part de la police. Cependant, on ne peut conclure à la coercition «simplement parce que le consentement est donné par suite de la promesse ou de l'espoir d'une indulgence ou d'une immunité de poursuites⁸⁸».

Cet énoncé a fait l'objet de critiques dans le document de travail 30, du moins en ce qui concerne les fouilles, les perquisitions et les saisies⁸⁹. Nous ne pensons pas toutefois que cette critique soit aussi justifiée lorsqu'il y a eu consentement à l'interception. Contrairement à la fouille ou à la perquisition faite avec le consentement de la personne visée, l'interception effectuée par suite du consentement d'une partie suppose, d'ordinaire, non seulement un consentement passif mais la participation active de cette personne.

La plupart du temps, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi, le consentement à l'interception donnera lieu à l'enregistrement d'une conversation entre le suspect et un policier ou un agent d'infiltration. Cependant, une foule d'autres contextes se prêtent à l'enregistrement d'une conversation avec le consentement d'un interlocuteur. Les hommes d'affaires, par exemple, peuvent enregistrer de façon routinière leurs propres conversations téléphoniques ou les propos tenus pendant leurs réunions. Une telle pratique n'est pas, d'ordinaire, considérée comme illégale.

Certaines préoccupations ont été exprimées à la Commission quant à l'opportunité de conserver le système actuel en vertu duquel les interceptions effectuées avec le consentement de l'une des parties sont soustraites au contrôle des autorités fédérales. Il se peut que cette façon de procéder soit beaucoup plus fréquente et persuasive, même dans les milieux officiels, que les autorisations judiciaires⁹⁰. Les préoccupations exprimées concernent (1) l'intimité de la vie personnelle et (2) la preuve. En ce qui concerne l'intimité, on craint que l'usage répandu de l'enregistrement des communications par suite du consentement de l'un des interlocuteurs puisse, à la longue, gêner le libre échange des idées et nuire à la liberté de parole. Si les gens finissent par croire que leurs conversations sont enregistrées, ils risquent de s'autocensurer de peur qu'on ne leur reproche leurs propos.

En ce qui concerne la preuve, on s'inquiète surtout des risques de manipulation de la part de la personne qui sait que l'interception est effectuée. L'interlocuteur qui a donné son consentement peut orienter la conversation de façon à non seulement faire parler le suspect pour qu'il s'incrimine mais aussi à masquer sa propre participation et à fabriquer une preuve intéressée. En outre, la simple présentation de l'enregistrement peut induire en erreur le juge des faits qui ne sait pas dans quelles circonstances ces déclarations ont été faites.

88. *Id.*, p. 1005-1006 (R.C.S.), p. 24 (C.C.C.).

89. Document de travail sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, *op. cit. supra*, note 47, p. 183-184.

90. J.G. Carr, «Electronic Surveillance By Consent under State Law» (novembre 1984), 11 *Search and Seizure Law Report* 77.

Deux solutions sont proposées en vue d'une réforme du droit. Premièrement, continuer de permettre l'interception consensuelle mais interdire la production en preuve de cet enregistrement. Deuxièmement, assujettir ce type d'interception au régime législatif et exiger l'obtention préalable d'une autorisation judiciaire. L'interception, même consensuelle, serait illégale autrement, et la preuve pourrait être exclue de la même façon que tout autre élément de preuve obtenu grâce à une interception illégale.

À notre avis, ni l'une ni l'autre de ces propositions ne sont acceptables. Pour l'essentiel, le droit actuel ne doit pas être modifié. Sur ce point, nous devons souligner l'influence exercée par la commission de réforme du droit de l'Australie. Bien qu'elle ait préconisé l'obtention obligatoire d'un mandat dans un document antérieur, elle a rejeté cette solution dans son rapport intitulé *Privacy*⁹¹ et publié en 1983. Les raisons justifiant ce choix sont convaincantes et s'appliquent bien, sinon mieux, au Canada, compte tenu de la légalisation de l'interception avec consentement il y a dix ans. Voici l'opinion exprimée par la majorité des membres de la commission australienne :

[TRADUCTION]

1131. *Les dangers de la réglementation de la surveillance participative.* La proposition voulant que la surveillance participative soit en général interdite comporte certains dangers. L'enregistrement des sons et des conversations est maintenant pratique courante entre amis ou à la maison, notamment à l'occasion d'événements, à l'insu de certains participants. Cela est fait pour s'amuser pendant les réceptions. Or, cette conduite ne devrait pas être sanctionnée par le droit pénal. Des conversations peuvent être enregistrées accidentellement au cours d'une réception. Le risque couru par la personne qui enregistre innocemment des événements sociaux pourrait être tout à fait disproportionné par rapport à l'acte répréhensible qu'on lui reproche.

1132. *Le problème fondamental n'est pas résolu.* La personne qui parle à une autre le fait à ses propres risques. Ses propos peuvent être recueillis et rapportés, plus ou moins fidèlement, par les autres parties à la conversation et à leur guise. La personne qui parle à une autre doit assumer le risque, d'ordinaire inhérent à cette situation, que son interlocuteur révélera ce qui lui a été confié. Il y a de nombreuses façons d'enregistrer une conversation. La prise de notes immédiatement après l'entretien en est une. La prise de notes en sténographie ou en écriture courante pendant la conversation en est une autre. Un dispositif d'écoute ne fait que remplacer les autres moyens d'enregistrement. Le problème fondamental demeure entier : la communication peut toujours être enregistrée ou rappelée dans des circonstances et à des fins échappant au contrôle de son auteur. La réglementation de certaines formes d'enregistrement n'aplanit pas cette difficulté⁹².

Il ne semble pas opportun d'adopter la première proposition qui consiste à ne pas recevoir en preuve les conversations interceptées dans ce contexte. Il se peut fort bien que l'on ait recours à des témoignages d'experts pour expliquer les distorsions dues au fait que l'un des interlocuteurs sait qu'il y a interception. Ainsi, récemment des linguistes ont été cités dans plusieurs procès en vue de réduire l'importance attachée par le juge

91. Law Reform Commission of Australia, *Privacy* [Report No. 22], Canberra, Australian Government Publishing Service, 1983, 2 vol.

92. *Id.*, vol. 1, art. 1131-1132, p. 49.

des faits à une confession⁹³. Mais, à notre avis, il serait mal avisé d'exclure en règle générale des éléments de preuve qui risquent d'être très pertinents et très utiles au juge des faits. Pour en être convaincu, il suffit de considérer les problèmes suivants : l'avocat de la défense pourrait-il contre-interroger un témoin (disons un indicateur) au sujet de la transcription d'une conversation enregistrée afin de mettre en doute sa faculté de se rappeler cette conversation? L'accusé serait-il empêché de produire l'enregistrement magnétique d'une communication faite à une autre personne et susceptible de faire naître un doute sur sa propre culpabilité? Si l'accusé nie que la conversation a eu lieu comme le prétend le policier, sera-t-il impossible au ministère public de produire un enregistrement de cette conversation? Nous estimons qu'une réglementation des interceptions de consentement compliquerait inutilement les choses, sans pour autant assurer une meilleure appréciation des faits ni mieux protéger l'intimité de la vie privée dont le respect est revendiqué à bon droit.

Il convient de remarquer qu'en raison de la modification proposée de la définition de l'expression «communication privée», il sera nécessaire d'allonger la liste des exemptions à l'infraction prévue au paragraphe 178.18(1). Celui-ci dispose que quiconque possède un dispositif, sachant que sa conception le rend principalement utile à «l'interception clandestine de communications privées» est coupable d'un acte criminel. Selon la formulation énoncée dans l'affaire *Goldman*⁹⁴, on ne peut savoir avec certitude si la communication enregistrée par une partie constitue une communication privée qu'après le fait accompli puisque pour déterminer cette question il faut savoir qui est l'auteur de la communication.

Nous proposons plutôt que, même si une partie à la conversation donne son consentement à l'enregistrement ou procède dans les faits à l'enregistrement elle-même, la communication soit privée si l'autre partie pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée. Par voie de conséquence, la personne qui possède un enregistreur capable d'enregistrer ses propres conversations à l'insu de ses interlocuteurs pourra être poursuivie au criminel, selon le sens donné au mot «clandestine». Il faut donc modifier l'article 178.11 afin qu'une interception effectuée dans ces conditions ne soit pas illégale. La modification de l'article 178.18 par l'article 25 du projet de loi C-18 ne serait plus nécessaire⁹⁵.

RECOMMANDATIONS

14. Il devrait continuer d'être prévu à l'article 178.11 qu'il n'est pas illégal d'intercepter une communication privée avec le consentement exprès ou tacite d'une personne qui y participe.

93. Voir *R. v. Lapointe and Sicotte*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 366 (C.A. Ont.); *R. v. Lessard*, (1982) 10 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Qué.).

94. *Supra*, note 33.

95. Cette modification ajoute à la liste des exemptions de l'alinéa 178.18(2)b.1) la disposition qui suit : à une personne en possession d'un dispositif, d'un élément ou d'une pièce d'un dispositif, sous la direction d'un officier de police ou d'un agent de police, afin de l'aider dans l'exercice de ses fonctions;

15. L'infraction prévue au paragraphe 178.18(1) ne devrait pouvoir être reprochée à une personne en possession d'un dispositif, ou d'un élément de celui-ci, qu'elle utilise ou entend utiliser en vue de procéder à une interception avec le consentement d'une des personnes qui participe à la communication privée.

16. (1) Avant de procéder à l'interception visée par le présent article, le policier devrait informer la personne dont on cherche à obtenir le consentement, de son droit de refuser son consentement et de le retirer en tout temps.

(2) Le consentement visé par le présent article peut être donné soit oralement, soit par écrit.

17. La signature d'une personne sur un document l'informant de son droit de refuser son consentement et de le retirer en tout temps ou l'enregistrement d'un tel consentement constitue une preuve *prima facie* du consentement donné par la personne à l'interception.

II. L'autorisation

A. La demande d'autorisation

Aux termes de l'article 178.12 du *Code criminel*, la demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* par un mandataire désigné à cette fin à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou à un juge défini à l'article 482, ce qui comprend un juge de cour de comté ou de district dans certaines provinces et un juge de la Cour provinciale au Québec. La présentation *ex parte* d'une telle demande, c'est-à-dire en la seule présence du juge, du mandataire et du policier auteur de l'affidavit qui doit accompagner la demande conformément au paragraphe 178.12(1), suscite certaines préoccupations. Bien que la procédure à suivre pour obtenir un mandat de perquisition ordinaire puisse inspirer des craintes similaires, la Cour suprême du Canada a décidé qu'une telle demande pouvait être présentée à huis clos⁹⁶.

Évidemment, ce serait faire échec à l'objet de la demande que de notifier la personne visée. Quoi qu'il en soit, on a proposé qu'un intervenant (*amicus curiae* ou *amicus publicae*) soit en quelque sorte chargé de représenter les intérêts de cette personne et présumément ceux de la société dans une certaine mesure. Cohen a fait remarquer que [TRADUCTION] «la confidentialité serait préservée et le public recevrait une nouvelle fois l'assurance que le respect de la vie privée n'est pas un vain mot⁹⁷». L'idée d'une telle

96. *Le procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, 65 C.C.C. (2d) 129.

97. S.A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983, p. 137.

intervention n'a pas été reprise et bien que les préoccupations soulevées par Cohen et par d'autres ne puissent être facilement écartées, nous ne sommes pas disposés à recommander l'instauration d'un tel régime si nos propositions relatives à la divulgation des documents utilisés lors de la demande sont retenues. Compte tenu du fait qu'en définitive, cet intervenant serait informé par les autorités, il n'est pas évident qu'un tel régime garantisse véritablement l'intimité de la vie privée. Nous craindrions que cet intervenant ne donne simplement l'illusion que le droit à la vie privée est protégé et que sa présence n'affaiblisse les arguments avancés en faveur de l'adoption des recommandations relatives à la divulgation des faits qui, à notre avis, pourrait offrir une protection véritable et permettre l'instauration d'un régime fondé sur la responsabilité.

À l'heure actuelle, l'audition *ex parte* se déroule à huis clos et son contenu n'est pas consigné. Il n'y a pas de sténographe judiciaire et aucun enregistrement n'est fait. Il n'est pas certain que le juge puisse interroger l'auteur de l'affidavit pour suppléer les faits invoqués dans ce document. L'on n'a pas manqué de faire remarquer qu'au moment du renouvellement de l'autorisation, outre la demande écrite et l'affidavit, l'on pouvait étayer la demande par «les autres renseignements que le juge peut exiger». À nouveau, on ne sait pas exactement comment doivent être présentés ces renseignements. Cette incertitude peut avoir de graves conséquences si les recommandations relatives à la divulgation sont adoptées car la procédure à suivre pour obtenir une autorisation sera plus ouverte et donc, plus facile à contester. Bien que les juges saisis d'une demande d'autorisation doivent être encouragés à mettre en doute les faits invoqués dans l'affidavit, les déclarations faites par le policier et sur lesquelles le juge se fonde pour accorder l'autorisation doivent être consignées afin qu'elles puissent être examinées plus tard. Par conséquent, nous sommes en faveur de la procédure recommandée dans le document de travail 30 concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies⁹⁸.

RECOMMANDATION

18. La demande d'autorisation ou de renouvellement devrait continuer d'être présentée par écrit et d'être accompagnée par un affidavit rédigé par un policier. L'audition devrait se dérouler *ex parte* et à huis clos. Le juge devrait être habilité à assermenter le policier pour vérifier les faits supplémentaires sur lesquels s'appuie la demande. Cependant, si le juge se fonde sur de tels faits pour décider de la demande, ces faits seront consignés et placés dans un paquet scellé.

B. Les motifs de l'autorisation

Les motifs permettant au juge d'accorder l'autorisation sont énoncés au paragraphe 178.13(1). Celui-ci vise à faire ressortir la nature extraordinaire de l'intrusion. L'essentiel de ces motifs est contenu à l'alinéa b), lequel exige que le juge soit convaincu

98. Document de travail sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, *op cit. supra*, note 47, p. 209-212.

que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

Si cette exigence respecte, dans une certaine mesure, le critère du «dernier recours» qui conditionne à bon droit l'utilisation de cette méthode d'investigation, elle ne règle pas le problème plus nébuleux de la gravité de l'infraction présumée. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, bien que la surveillance électronique soit considérée comme un outil nécessaire à la lutte contre les activités du crime organisé et les autres crimes graves, en pratique, son utilisation n'a jamais été aussi restreinte. Au cours des consultations que nous avons tenues, certains craignaient que la surveillance électronique ne soit à tort utilisée aux fins d'enquête sur des infractions de moindre importance. Même si nous n'avons pas réduit considérablement la liste des infractions que peut viser une autorisation à l'article 178.1, nous estimons toujours que l'intérêt public est mieux servi par la restriction de l'utilisation de ce moyen d'investigation si attentatoire aux cas graves d'infractions qui peuvent faire l'objet d'une autorisation. Par conséquent, nous proposons qu'une modification soit apportée à l'alinéa 178.13(1)a), lequel dispose actuellement que le juge doit être convaincu «que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice ...».

RECOMMANDATION

19. L'alinéa 178.13(1)a) devrait être modifié. Il devrait disposer que le juge peut accorder une autorisation lorsqu'il est convaincu que cela servirait au mieux les intérêts de l'administration de la justice et l'intérêt public, compte tenu de la gravité de l'infraction qui fait l'objet de l'enquête.

C. Les infractions interprovinciales

Les bandes organisées de criminels et les autres types de criminels ne respectent pas nécessairement les frontières provinciales. La question de savoir si les juges d'une province avaient compétence pour autoriser une interception dans une autre province a été soulevée. Jusqu'ici, la réponse semble être négative⁹⁹, bien que dans l'arrêt *R. v. Bengert*¹⁰⁰, le juge Berger ait décidé que la Cour supérieure pouvait autoriser l'interception de communications privées à l'extérieur de la province. À notre avis, à l'heure actuelle, la Partie IV.1 ne le permet pas. Du reste, comme l'a fait remarquer le juge Osler dans l'affaire *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, [TRADUCTION] «l'objet de l'autorisation et les conditions auxquelles elle est assujettie peuvent varier considérablement d'une province à l'autre¹⁰¹».

99. *Supra*, note 76, le juge Bouck. Voir aussi *Re Application for Authorization to Intercept Private Communications*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 347 (Haute cour Ont.), le juge Osler.

100. *R. v. Bengert*, [1979] 1 W.W.R. 193 (C.S. C.-B.).

101. *Supra*, note 99, p. 349.

Plusieurs solutions ont été proposées pour résoudre ce problème :

a) Un système de confirmation semblable à la procédure prévue au paragraphe 443(2) du *Code criminel* :

Bien que cette solution ait rallié les suffrages de plusieurs représentants du gouvernement, nous pensons qu'elle soulève de graves problèmes. Par exemple, sur quels renseignements se fonderait le juge effectuant le contrôle? Devrait-il vérifier la demande initiale, ou se contenter d'approuver l'autorisation? Quels critères régiraient l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? Qu'en serait-il de la police? Si l'autorisation est confirmée, serait-elle obligée d'appliquer l'ordonnance et peut-être d'affecter des ressources déjà insuffisantes à un projet auquel elle n'aurait normalement pas accordé la priorité? Il faudrait au moins que la demande de confirmation de l'autorisation soit accompagnée d'un affidavit rédigé par un policier du ressort du juge, indiquant une volonté d'appliquer l'ordonnance et indiquant que la demande a été approuvée par un mandataire du procureur général de la province ou du solliciteur général, selon le cas.

b) Une modification à l'article 178.13 permettant au juge d'autoriser une interception dans une autre province :

Nous pensons que les questions soulevées par le juge Osler auxquelles nous avons fait allusion ci-dessus sont pertinentes et que cette solution n'est pas bonne.

c) Une modification à l'article 178.13 permettant à un juge de la Cour fédérale d'autoriser l'interception de communications privées partout au Canada :

Aucune des personnes consultées n'a retenu cette solution. Mis à part toute autre considération, les juges de la Cour fédérale n'ont jamais auparavant connu des demandes d'autorisation de surveillance électronique en vertu de la Partie IV.1 et n'ont pas d'expérience dans ce domaine. Leur action en matière pénale est en général plutôt limitée et il serait peut-être injuste d'exiger qu'ils statuent sur ces demandes interprovinciales.

d) Le statu quo :

Pour l'essentiel, il vaut mieux à notre avis laisser les choses comme elles sont, sous réserve de la modification examinée ci-dessous. Selon les divers organismes chargés de l'application de la loi, il ne s'agit pas d'un problème grave. Grâce à la collaboration des autres forces de police, ils ne se heurtent à aucune difficulté grave.

Cependant, l'un des problèmes qui nous a été soumis justifie à notre avis une réforme. Il est imputable au libellé des alinéas 178.12(1)a) et b) dont voici la teneur :

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

a) le solliciteur général du Canada lui-même, si l'infraction faisant l'objet de l'enquête est une infraction pour laquelle des poursuites peuvent, le cas échéant, être engagées sur l'instance du gouvernement du Canada et conduites par le procureur général du Canada ou en son nom, ou

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

Aux termes de ces dispositions, il semble qu'un juge ne serait pas habilité à autoriser une demande lorsque l'infraction n'est pas commise ou n'a pas été commise dans la province. Lorsqu'une infraction est commise dans une province et qu'il y a lieu de croire que les suspects vivent dans une autre province, il semble que ni l'une ni l'autre des provinces ne puisse demander une autorisation. Il s'agit certainement d'un oubli. La loi devrait être modifiée afin de permettre aux autorités d'une province de demander une autorisation, même si l'infraction a été commise dans une autre province. En outre, une telle modification serait tout à fait compatible avec nos vues car nous estimons que l'autorisation devrait être principalement axée sur la personne.

RECOMMANDATION

20. Le paragraphe 178.12(1) devrait être modifié afin qu'une autorisation puisse être accordée lorsque les communications de la personne visée peuvent être interceptées dans la province, même s'il est allégué que l'infraction a été commise dans une autre province.

D. La restriction des interceptions

Bien que le respect de la vie privée et le principe de la modération doivent être considérés comme des facteurs importants, sinon comme des principes déterminants, en ce qui a trait à l'exercice de moyens d'enquête aussi attentatoires que la surveillance électronique, ils retiennent peu l'attention une fois que l'ordonnance est accordée. C'est pourquoi la restriction des interceptions figure parmi les questions les plus épineuses que suscite l'examen de l'actuelle législation. Il s'agit de n'intercepter et de n'enregistrer que les communications se rapportant à l'enquête. Contrairement à la législation fédérale américaine, la Partie IV.1 du *Code criminel* n'est guère explicite sur ce point. L'autorisation désignera certaines personnes, comportera certaines adresses et, peut-être, certains numéros de téléphone. Elle contiendra aussi une clause générale permettant l'interception des communications faites par les tiers qui sont en rapport avec les personnes nommées dans l'autorisation. Les lignes téléphoniques ne seront d'ordinaire surveillées que pendant deux ou trois périodes de huit heures. Mais qu'ils soient surveillés ou non, les dispositifs d'enregistrement fonctionnent automatiquement et consignent tous les appels provenant de ce poste ou acheminés vers lui. En outre, pendant la surveillance, un bref résumé des communications faites au cours de chaque appel est inscrit dans un procès-verbal où les appels sans intérêt pour l'enquête sont souvent désignés comme tels.

Certaines formes d'écoute font l'objet d'une surveillance plus étroite. Mais même lorsqu'une surveillance humaine du dispositif d'enregistrement est assurée, aucune directive n'exige que les communications inutiles ne soient pas enregistrées.

Dans les faits, l'autorisation agit à la manière d'un énorme aspirateur électronique qui avale sans discrimination les communications pertinentes et celles qui ne le sont pas. Les représentants du gouvernement et de la police nous ont fait valoir que des dispositions tendant à restreindre l'enregistrement des communications, selon leur intérêt pour l'enquête, enlèveraient toute efficacité à l'écoute clandestine comme méthode d'investigation. Ils ont souligné l'utilisation relativement peu fréquente de l'écoute clandestine aux États-Unis, état de choses qu'ils attribuent aux dispositions strictes concernant la limitation des enregistrements, lesquelles font de l'écoute clandestine un moyen d'investigation coûteux et peu efficace. Nous ne sommes pas convaincus du bien-fondé de ces affirmations, compte tenu de la jurisprudence examinée ci-dessous, mais il est utile de rappeler que la législation relative à l'écoute clandestine visait à en faire un outil de dernier recours en raison de ses graves répercussions sur l'intimité de la vie privée et la liberté. Il n'est pas évident en soi que la loi doit être rédigée de manière à privilégier l'écoute clandestine comme méthode d'investigation.

La jurisprudence récente tend à favoriser la disparition des rares garanties en matière de restriction des interceptions contenues dans la législation actuelle. Dans l'affaire *R. v. Samson (No. 6)*¹⁰², par exemple, la Cour a jugé qu'il était tout à fait licite d'intercepter, en vertu d'une autorisation ordinaire, les appels des marchands et autres utilisateurs occasionnels du poste de téléphone faisant l'objet d'une surveillance car leurs appels pouvaient contenir des messages à l'intention des personnes visées par l'autorisation ou d'autres renseignements de nature à faire avancer l'enquête. À notre connaissance, sauf de très rares cas d'exception (interception des appels d'un juge ou d'un avocat), les seules dispositions relatives à la restriction des enregistrements figurant dans la plupart des autorisations portent que l'interception des appels originant d'un téléphone public ne peut être effectuée que si une surveillance visuelle est assurée en même temps. Il ne s'agit pas nécessairement d'une condition prévue par la législation actuelle, mais les mandataires la font figurer «volontairement» dans l'autorisation. Il se peut que les juges refuseraient autrement d'autoriser l'interception des communications privées faites dans un téléphone public, c'est-à-dire si l'autorisation le permettait. (Il convient de souligner qu'une clause courante dans la plupart des autorisations permet l'interception des communications faite en tout lieu, fixé à demeure ou mobile, que la personne désignée peut fréquenter.)

Il faut également faire remarquer que la Charte peut avoir d'importantes incidences dans ce domaine. Ajoutons que les obligations du Canada, à titre de signataire du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, ne doivent pas

102. *R. v. Samson (No. 6)*, (1982) 37 O.R. (2d) 48, 237 (Cour de comté Ont.), infirmé *supra*, note 58.

être prises à la légère¹⁰³. Le respect de l'intimité de la vie privée et l'obligation de protéger les citoyens contre toute atteinte arbitraire et abusive sont inscrits en filigrane dans ces documents. On peut se demander s'il est arbitraire et abusif de sanctionner un système permettant l'interception et l'enregistrement de tous les appels téléphoniques effectués à l'aide d'un poste déterminé, sans égard à l'identité de l'utilisateur ni au contenu de la conversation.

À notre avis, la condition essentielle à l'adoption d'une disposition appropriée en matière de restriction des enregistrements est la reconnaissance du droit à la vie privée. L'interception ne devrait être autorisée que s'il y a des motifs de croire que la personne visée par l'autorisation participe à l'activité criminelle désignée. Il serait incompatible avec les dispositions de la Charte, avec nos obligations à titre de signataire du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et avec les principes qui devraient guider la procédure pénale de permettre une immixtion généralisée dans l'intimité d'autres personnes sous le prétexte spécieux que de telles interceptions peuvent faire avancer une enquête. En revanche, il n'est pas nécessairement injuste de permettre l'interception et l'enregistrement de tous les appels de la personne désignée même si certains, sinon la majorité, de ces appels ne sont peut-être pas pertinents. Exiger que seuls les appels pertinents soient interceptés et enregistrés peut avoir d'importantes répercussions sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La production de la seule partie pertinente d'une conversation, c'est-à-dire des paroles incriminantes, peut lui être préjudiciable et induire en erreur le juge des faits. Un appel pris hors contexte peut être interprété de façon très différente. En plus, cette façon de procéder se révèle une tâche quasiment impossible à accomplir pour la personne chargée de la surveillance, car elle doit pouvoir prévoir quand la conversation portera sur l'activité illégale.

Il faudrait que le dispositif d'enregistrement fasse l'objet d'une surveillance humaine constante pour assurer véritablement une restriction efficace de l'enregistrement des communications. Bien que les avis soient partagés sur ce sujet, il est probablement exact de dire que cette mesure triplerait, au moins, les frais entraînés par l'enquête. Par conséquent, il faut soigneusement apprécier les avantages qu'elle représente pour l'intimité de la vie privée. En définitive, nous ne sommes pas convaincus qu'il vaille la peine d'assurer une surveillance constante, eu égard aux avantages minimes que comporterait cette mesure par rapport à l'augmentation considérable des coûts qu'elle entraînerait. Pour mieux illustrer notre propos, nous examinerons ci-après la situation aux États-Unis.

103. Le Canada a adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies qui est entré en vigueur le 23 mars 1976. Voici le paragraphe 17(1) de ce document :

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

L'article 8 (fouilles, perquisitions ou saisies abusives) et l'article 7 (protection de la vie, liberté et sécurité de la personne) de la Charte reconnaissent le respect de la vie privée comme l'un des attributs fondamentaux de la société moderne. Certes, il reste à voir si l'article 7 en particulier sera interprété de façon à garantir un droit général à l'intimité de la vie privée dont le respect pourrait être assuré par l'entremise des tribunaux à l'instar des cinquième et quatorzième amendements des États-Unis qui protègent la «liberté» par la règle de l'application régulière de la loi. Voir L. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1978, en particulier le chapitre 15 intitulé «Rights of Privacy and Personhood» et les commentaires du juge d'appel Parker dans l'arrêt *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott*, (1984) 14 C.C.C. (3d) 258, p. 299-314 (Haute cour Ont.).

L'arrêt *Scott v. United States*¹⁰⁴ fait autorité en la matière aux États-Unis. Aux termes du paragraphe 2518(5) du Title III¹⁰⁵, l'ordonnance doit comporter une clause prévoyant que l'interception [TRADUCTION] «doit être réalisée de manière à réduire au minimum l'interception des communications qui ne sont pas par ailleurs susceptibles de faire l'objet d'une interception en vertu du présent chapitre». Bien que dans cette affaire, l'ordonnance ait contenu une telle clause, les policiers ont intercepté *tous* les appels, dont seulement 40 pour cent étaient liés à l'infraction visée (trafic de stupéfiants). La majorité des juges a cependant décidé que les exigences du Title III n'avaient pas été transgressées. La Cour a adopté une norme de modération objective plutôt qu'une norme fondée sur l'appréciation des motifs de la police ou de sa bonne foi¹⁰⁶.

Si, comme dans l'affaire *Scott*, l'interception de *tous* les appels était légale, même en vertu d'un régime exigeant qu'une surveillance humaine du dispositif d'enregistrement soit assurée et que seuls les appels pertinents soient enregistrés, on voit mal les avantages que représentent ces garanties en ce qui concerne le droit à la vie privée. En outre, quelle que soit la méthode choisie pour restreindre l'enregistrement des appels, il y a tout de même immixtion dans la vie privée, ne serait-ce que par le surveillant. Le seul avantage serait peut-être que les conversations ne sont pas enregistrées et qu'il ne subsiste pas de dossier permanent. Nous estimons que l'adoption d'une disposition législative rendant obligatoire la limitation de l'enregistrement des communications et la surveillance du dispositif d'enregistrement n'est pas justifiée. En revanche, nos experts-conseils étaient tous d'avis qu'une liste de conditions relatives à cette limitation serait utile. Le juge autorisant l'interception pourrait les ajouter à l'ordonnance, tout comme il le fait dans une ordonnance de probation à l'aide du paragraphe 663(2) du *Code criminel* qui comporte une liste de conditions précises dont peut se servir le juge. Selon nous, cette solution réglerait de façon pratique un problème très épineux.

Les communications entre l'avocat et son client ainsi que les autres communications protégées représentent un aspect particulier du problème de la limitation de l'enregistrement des communications. Suite à la mise écoute du téléphone privé situé dans le salon des avocats au Palais de justice de Sault Ste-Marie, les paragraphes 178.13 (1.1) et (1.2) ont été ajoutés au *Code criminel*. En voici la teneur :

(1.1) Le juge auquel est faite une demande d'autorisation en vue d'intercepter des communications privées au bureau ou à la résidence d'un avocat, ou à tout autre endroit qui sert ordinairement à l'avocat ou à d'autres avocats pour la tenue de consultations avec des clients, doit refuser de l'accorder à moins qu'il ne soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'avocat, un autre avocat qui exerce le droit avec lui, un de ses employés, un employé de cet autre avocat ou une personne qui habite sa résidence est partie à l'infraction ou s'apprête à le devenir.

(1.2) Le juge qui accorde l'autorisation d'intercepter des communications privées à un endroit décrit au paragraphe (1.1) doit y inclure les modalités qu'il estime opportunes pour protéger les communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client.

104. *Scott v. United States*, 436 U.S. 128 (1978).

105. Title III, *supra*, note 67, n° 802, 82 *Stat.* 212.

106. *Supra*, note 104, p. 139-141.

Toutefois, dans le récent arrêt *R. v. Chambers*¹⁰⁷, il a été décidé que le paragraphe 178.13(1.2) n'obligeait pas le juge à imposer des conditions en vue de protéger les communications faites sous le sceau du secret professionnel. Néanmoins, le juge d'appel Anderson a estimé que [TRADUCTION] «dans la plupart des cas ... une disposition devrait être insérée dans l'autorisation en vue de protéger les personnes autres que celles qui y sont désignées¹⁰⁸».

À notre avis, le législateur entendait par l'adoption des paragraphes 178.13 (1.1) et (1.2) restreindre l'interception des communications protégées. Dans ces conditions, des modalités doivent obligatoirement être insérées à cette fin.

Sur ce point, il faut examiner le problème soulevé par l'interception des communications faites entre l'avocat et son client par suite de l'interception des appels du client. Il y a, à cet égard, un rapport d'analogie avec le droit relatif aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies. Dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*¹⁰⁹, la Cour a jugé que le privilège protégeant les communications entre l'avocat et son client ne constituait pas une simple règle de preuve. La portée de ce privilège est beaucoup plus grande et, en fait, ce droit à la confidentialité a donné naissance à une règle de fond.

D'après la règle formulée par le juge Lamer, la confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client¹¹⁰.

Certes, en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve, toute la vigueur du privilège protégeant ces communications est préservée par le paragraphe 178.16(5), mais à nos yeux, la règle de fond énoncée par le juge Lamer a des incidences sur l'interception que devrait reconnaître le législateur. Il convient de noter que dans le récent arrêt *R. v. Heikel*¹¹¹, rendu par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, le juge Wachowich a exclu tous les éléments de preuve obtenus à l'aide de l'écoute clandestine en raison de l'interception et de l'enregistrement répétés des communications faites entre l'avocat et son client après que le prévenu eut été accusé pour la première fois, en dépit du fait que le ministère public n'ait pas eu l'intention de produire aucune de ces conversations en preuve. Le juge s'est également élevé contre l'interception et l'enregistrement répétés des conversations faites entre les deux accusés qui étaient mari et femme, bien que de telles communications soient aussi protégées. Cependant, comme le privilège protégeant les communications entre époux concerne uniquement la preuve et ne constitue pas, semble-t-il, une règle de fond¹¹², nous ne recommandons pas la restriction obligatoire de l'enregistrement de telles communications.

107. *R. v. Chambers*, (1983) 9 C.C.C. (3d) 132 (C.A. C.-B.)

108. *Id.*, p. 141.

109. *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 70 C.C.C. (2d) 385; voir les motifs du juge Lamer.

110. *Id.*, p. 875 (R.C.S.), p. 400 (C.C.C.).

111. *R. v. Heikel*, B.R. de l'Alberta, 25 mai 1984 (le juge Wachowich), jugement inédit.

112. Voir *Rumping v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 256 (H.L.) et *R. v. Kotapski*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 185 (C.A. Qué.).

Le lecteur remarquera que nous n'avons pas abordé les conséquences d'un manquement aux modalités destinées à assurer le respect des exigences relatives à la limitation des enregistrements imposées par le juge. Ce problème s'est avéré très difficile à résoudre aux États-Unis (voir à titre d'illustration les arrêts *United States v. Dorfman*¹¹³ et *United States v. Suquet*¹¹⁴). Étant donné que nous recommandons que soit retenue la règle d'admissibilité énoncée à l'actuel article 178.16, nous ne voyons pas pourquoi il faudrait rédiger des règles d'admissibilité spéciales lorsque des modalités relatives à la limitation des enregistrements ont été insérées dans l'autorisation. Il appartiendra au juge de déterminer lors du procès si, dans chaque cas particulier, l'interception respectait les modalités de l'autorisation et était par conséquent légale.

RECOMMANDATIONS

21. L'autorisation ne devrait être accordée qu'à l'égard des personnes dont l'interception des communications privées fera avancer l'enquête sur l'infraction, du fait de leur participation à cette infraction.

22. L'article 178.13 devrait être modifié afin que le juge puisse insérer dans l'autorisation les modalités suivantes :

- a) le dispositif devrait faire l'objet d'une surveillance humaine constante pendant toute la période où l'on se propose d'intercepter ou d'enregistrer des communications privées;
- b) dans toute la mesure raisonnablement possible, seules les conversations des personnes visées devraient être interceptées et enregistrées;
- c) lorsque l'on se propose d'intercepter les communications à un téléphone que le public peut utiliser, l'interception devrait faire l'objet d'une surveillance humaine et être accompagnée d'une surveillance visuelle;
- d) il convient de prendre des mesures raisonnables pour éviter l'interception de communications privées entre conjoints, entre les médecins et leurs patients ou des autres communications faites sous le sceau du secret professionnel;
- e) il convient de prendre des mesures raisonnables pour éviter d'intercepter les communications privées des personnes visées lorsque, d'après les communications antérieures, elles ne peuvent vraisemblablement pas faire avancer l'enquête sur l'infraction;
- f) l'interception devrait cesser lorsque le but de l'enquête a été atteint;
- g) l'interception d'une ligne téléphonique utilisée par plusieurs personnes ne doit être réalisée que lorsque la ligne fait l'objet d'une surveillance;
- h) toute autre modalité que le juge estime opportune afin de restreindre l'interception et l'enregistrement des communications privées n'ayant aucun rapport avec l'enquête.

113. *United States v. Dorfman*, 542 F.Supp. 345 (1982), N.D. Ill., appel rejeté, 690 F.2d 1217.

114. *United States v. Suquet*, 547 F.Supp. 1034 (1982).

23. L'autorisation devrait porter, comme condition, que lorsqu'on se propose d'effectuer une interception dans un lieu mentionné au paragraphe 178.13(1.1), il convient de prendre des mesures raisonnables afin de veiller à ce que les communications entre avocats et clients, protégées par le secret professionnel, ne soient ni interceptées ni enregistrées.

24. Lorsqu'il y a lieu de croire que si l'autorisation est accordée, les communications entre la personne visée et son avocat, protégées par le secret professionnel, risquent d'être interceptées, ce fait devrait être divulgué au moment où la demande d'autorisation est présentée.

25. Dans les cas où la recommandation 21 s'applique, l'autorisation devra porter, comme condition, que dans la mesure raisonnablement possible, les communications entre la personne visée et son avocat, protégées par le secret professionnel, ne doivent être ni interceptées ni enregistrées.

E. Les clauses générales

Grâce à l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)*¹¹⁵, les conséquences du défaut de prévoir l'interception des communications de personnes non désignées dans l'autorisation sont devenues évidentes : les conversations n'ont pas été admises au motif que l'interception n'avait pas été effectuée légalement. Depuis, toutes les autorisations comportent une clause générale permettant l'interception des communications faites par des inconnus. Il convient de faire remarquer que cette clause n'est requise que lorsque ni l'un ni l'autre des interlocuteurs ne sont mentionnés dans l'autorisation. Si au moins l'un d'entre eux est désigné, l'interception est autorisée et légale, sauf si l'identité de l'un des correspondants est tenue secrète de mauvaise foi¹¹⁶.

Le libellé de ces clauses varie beaucoup, mais elles visent toutes à résoudre le problème posé par la production des communications interceptées entre des personnes non désignées dans l'autorisation. Le principal point en litige est la détermination de la portée de la clause générale. Il est souvent allégué que l'accusé était connu de la police au moment où l'autorisation a été obtenue et que, par conséquent, l'interception de ses appels n'est pas autorisée par une clause visant les «inconnus». Or, il nous semble que ce débat a peu d'incidence sur la protection de la vie privée. C'est également l'avis exprimé par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Donovan*¹¹⁷.

En ce qui concerne l'intimité de la vie privée, la question est de savoir dans quelle mesure la loi devrait permettre l'interception des communications faites par des personnes qui ne sont pas liées à l'infraction au moment où l'autorisation est obtenue. Le

115. *Supra*, note 31.

116. *R. v. Gill*, (1980) 56 C.C.C. (2d) 169 (C.A. C.-B.).

117. *United States v. Donovan*, 429 U.S. 413 (1977).

problème découle aussi de la condition préliminaire à laquelle est assujettie l'interception des communications d'une personne déterminée, à savoir qu'il doit s'agir d'une personne «dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction¹¹⁸».

Si la surveillance électronique est considérée comme une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une loi autorisant une clause générale vague peut, dans cette mesure, être jugée abusive. Aux États-Unis, la constitutionnalité du Title III a été confirmée par les tribunaux inférieurs et, implicitement, par la Cour suprême dans l'affaire *Donovan*. Il s'agissait surtout de décider si la législation satisfaisait aux exigences relatives à l'obtention d'un mandat formulées dans le quatrième amendement.

Nous estimons que l'on ne saurait adopter une telle approche dans le contexte canadien. Comme le souligne Carr dans l'ouvrage intitulé *The Law of Electronic Surveillance*¹¹⁹, l'établissement d'un rapport d'analogie avec le mandat de perquisition n'est pas très judicieux.

Il convient davantage dans le contexte canadien de souligner l'absence d'une disposition relative à l'obtention d'un mandat à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien que la Cour suprême du Canada ait néanmoins décidé qu'il y avait une présomption en faveur de l'obtention préalable d'un mandat avant qu'une fouille ou une perquisition raisonnable puisse être effectuée¹²⁰, il n'est pas clair que cette présomption vise une forme particulière de mandat.

Quoi qu'il en soit, il faut prévoir l'interception des appels des personnes inconnues. Celles-ci sont rangées dans deux catégories : (1) les personnes que l'on croit impliquées dans la commission de l'infraction mais qui ne sont pas identifiables; (2) les personnes qui, non seulement ne sont pas identifiables, mais dont l'existence peut être entièrement spéculative au moment de la demande d'autorisation. L'on pourrait fournir un exemple pour illustrer ces deux catégories. Pensons à une enquête en matière de stupéfiants.

Bien qu'il puisse être légitime de permettre l'interception des conversations tenues par ces personnes, la rédaction des dispositions législatives autorisant de telles interceptions soulève d'importants problèmes. Une clause générale trop vague est une invitation à l'interception inconsidérée des communications et à l'ingérence dans la vie privée. Alors que certaines dispositions sont rédigées de manière à exiger qu'un lien soit établi entre les infractions visées, par exemple «toutes personnes, dont l'identité est actuellement inconnue, fréquentant certains lieux aux fins de la commission de l'une des infractions désignées», de nombreuses dispositions ne sont pas ainsi formulées, par exemple «toutes personnes entrées en communication avec les personnes désignées aux lieux spécifiés».

118. *Code criminel*, alinéa 178.12(1)e).

119. J.G. Carr, *op. cit. supra*, note 67 (Suppl., 1983), p. 3-4.

120. *Supra*, note 37.

Si, selon nous, le droit à l'intimité de la vie privée ne peut être protégé que par une clause générale limitant l'interception aux conversations des personnes dont on croit qu'elles sont impliquées dans la commission de l'infraction, cette façon de procéder peut néanmoins créer de graves difficultés non seulement en ce qui concerne la rédaction de la clause mais également en ce qui concerne sa mise en œuvre. À titre d'illustration, nous reproduisons ci-dessous une clause générale employée couramment en Ontario :

[TRADUCTION]

3b) Autorisation d'intercepter les communications privées de personnes dont l'identité est actuellement inconnue est, par les présentes, donnée, conformément aux modalités de la présente autorisation, pourvu qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception de telles communications privées pourra faire avancer l'enquête relative à l'une ou l'autre des infractions précisées au paragraphe 1 ci-dessus, peu importe que ces personnes décrites à l'alinéa 3a) participent ou non à ces communications privées¹²¹.

En d'autres termes, la clause reprend le critère énoncé à l'alinéa 178.12(1)e) du *Code criminel*. Elle constitue une délégation illégale des fonctions du juge à la police comme l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach*¹²². On a souligné qu'il appartenait au juge de déterminer la catégorie de personnes dont les communications privées pouvaient faire l'objet d'une interception en vertu d'une clause générale. À notre avis, cette approche est la bonne, et le juge doit s'assurer que la clause générale est rédigée de façon à identifier les groupes pertinents, tels : les résidents permanents des lieux, les visiteurs habituels que l'on croit impliqués dans la commission de l'infraction, et ainsi de suite. Nous estimons que nos recommandations sont compatibles avec la décision rendue dans l'affaire *Paterson*.

Selon nous, l'emploi d'une clause générale n'est justifié que s'il permet l'interception des conversations des personnes faisant partie d'une catégorie dont on sait qu'elle est impliquée dans la commission de l'infraction. Par conséquent, la clause générale ne doit autoriser que l'interception des communications privées des personnes que l'on croit impliquées dans la commission de l'infraction mais qui ne sont pas identifiées au moment de la présentation de la demande d'autorisation.

Conformément à l'opinion que nous avons exprimée en ce qui concerne la portée de l'interception, nous sommes d'avis qu'il faudrait modifier la condition préliminaire de l'interception des communications privées des personnes (connues et identifiées) actuellement énoncée à l'alinéa 178.12(1)e) et remplacer l'expression «utile à l'enquête» par une disposition prévoyant la participation à l'infraction.

L'emploi d'une clause permettant l'installation d'un dispositif ailleurs qu'aux lieux désignés est un autre sujet de préoccupation lié aux clauses générales. Lorsque ce genre de disposition accompagne une clause générale très vague visant des personnes, le domaine d'application de l'autorisation devient considérable. Certes, les autorités doivent

121. Extrait d'une autorisation accordée par le juge McCart le 10 juin 1982 et citée dans l'affaire *Paterson*, *infra*, note 122, p. 147.

122. *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 137.

pouvoir réagir rapidement au déplacement des personnes visées par l'autorisation, mais cette méthode devrait être limitée aux personnes désignées par l'autorisation afin de restreindre la portée de cette dernière à des limites raisonnables.

Cependant, afin de ne pas gêner inutilement la réalisation des objectifs légitimes de mise en application de la loi, tout en augmentant le pouvoir de surveillance des juges, nous estimons que l'agent de police devrait être tenu de se présenter à nouveau devant le juge afin de faire autoriser une utilisation plus large de la clause générale. À ce sujet, nous recommandons que la loi souligne le droit du juge d'insérer une condition dans l'autorisation afin d'exiger que des rapports périodiques lui soient présentés sur le déroulement de l'enquête. Nous ne prévoyons pas en faire une condition normale mais une telle disposition pourrait fort bien être considérée utile dans certaines enquêtes délicates. Mis à part ces recommandations, nous estimons que les articles 178.12 et 178.13 devraient demeurer inchangés en ce qui a trait à la délivrance de l'autorisation initiale.

RECOMMANDATIONS

26. Sous réserve des dispositions de la recommandation 27, l'autorisation devrait comporter une clause désignant, par leur nom ou autrement, les personnes à l'égard desquelles il existe des motifs raisonnables de croire que l'interception de leurs communications privées pourrait faire avancer l'enquête sur l'infraction en cause, en raison de leur participation à cette infraction.

27. L'autorisation devrait en outre pouvoir comporter une clause permettant l'interception des communications privées d'une catégorie de personnes non désignées, s'il existe des motifs raisonnables de croire que cette interception pourrait faire avancer l'enquête sur l'infraction en cause, en raison de leur participation à cette infraction.

28. Sous réserve des dispositions de la recommandation 29, l'autorisation devrait restreindre les interceptions à des lieux désignés.

29. L'autorisation devrait pouvoir comporter une clause permettant l'interception de communications privées dans des lieux non désignés, mais fréquentés par des personnes connues et identifiées dans l'autorisation. Seules devraient toutefois pouvoir être interceptées dans ces lieux les communications privées auxquelles la personne connue et identifiée participe, à moins qu'un mandataire spécialement désigné à cette fin n'ait demandé par écrit au juge qui a autorisé initialement la demande de modifier celle-ci dans les plus brefs délais. La demande de modification doit être accompagnée de l'affidavit de l'agent de police énonçant les motifs de l'interception dans ces lieux, le nom des personnes dont les communications privées sont susceptibles d'être interceptées ainsi que les raisons pour lesquelles l'interception dans ces lieux est nécessaire. Le juge peut refuser de modifier l'ordonnance ou y apporter une modification dont l'entrée en vigueur est fixée à la date où la

première interception a eu lieu à la nouvelle adresse désignée, à moins qu'il ne soit pas convaincu que la demande a été présentée dans les plus brefs délais, auquel cas la modification pourra prendre effet à la date que le juge estimera opportune.

30. La loi devrait énumérer les conditions *pouvant* figurer dans l'autorisation, par exemple :

- a) l'obligation d'informer périodiquement le juge ayant autorisé l'interception, au sujet de l'identité des personnes dont les communications sont interceptées en vertu d'une autorisation générale;
- b) l'obligation d'informer périodiquement le juge ayant autorisé l'interception, au sujet des lieux, non désignés précisément dans l'autorisation, où l'on se livre à des interceptions.

F. L'entrée clandestine

Par entrée clandestine nous entendons l'introduction dans un lieu privé, par des agents chargés de l'application de la loi, sans le consentement de l'occupant ou à son insu afin d'installer un dispositif d'écoute. D'ordinaire, il s'agit d'un émetteur radio capable de retransmettre les communications orales à un poste situé à l'extérieur du lieu où l'enregistrement des conversations peut être effectué. Parfois, les agents s'introduisent clandestinement à la seule fin d'installer un dispositif auxiliaire pour permettre l'interception des communications téléphoniques. Mais comme cela n'est pas nécessaire d'habitude, on a rarement recours à l'entrée clandestine pour ce genre d'installation. Suite aux décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Lyons c. La Reine*¹²³ et *Le renvoi sur l'écoute électronique*¹²⁴, publiés le 20 décembre 1984, l'on peut résumer l'état actuel du droit sur cette question comme suit :

- a) À moins que l'autorisation ne contienne des réserves au sujet de l'entrée clandestine ou ne l'interdise, l'autorisation permet, par voie d'interprétation nécessaire, à toute personne agissant aux termes de l'autorisation de s'introduire en tout lieu où des communications privées doivent être interceptées, afin d'y installer un dispositif d'écoute autorisé ou de le réparer, pourvu qu'une telle entrée soit nécessaire pour mettre en œuvre l'autorisation.
- b) L'interception comprend l'installation du dispositif et, par conséquent, une interception n'est légalement effectuée, au sens de l'alinéa 178.16(1)a), que si l'installation du dispositif était légale.
- c) Cependant, le mot «légal» signifie «conformément aux dispositions de la Partie IV.1» et, donc, une entrée clandestine en vue d'installer un dispositif d'écoute pour mettre en œuvre une autorisation étant légale, l'interception serait effectuée légalement.

123. *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 631.

124. *Le renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697.

La commission McDonald¹²⁵ s'est prononcée en faveur d'une loi prévoyant expressément l'autorisation de l'entrée clandestine en matière de sécurité nationale. Cette autorisation était assujettie à deux conditions. Premièrement, le droit d'introduction devait être explicite et assorti de certaines réserves et, deuxièmement, l'introduction ne pouvait être autorisée par un juge que dans certaines circonstances.

La commission McDonald, convaincue que l'entrée clandestine est légitime en matière de surveillance électronique, a également fait des recommandations concernant l'enquête criminelle¹²⁶. Ces recommandations ne visent toutefois pas les fouilles, les perquisitions et les saisies en général¹²⁷. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la Commission était d'avis que l'entrée clandestine n'était pas légale pour l'instant. Voici ses recommandations à ce sujet :

NOUS RECOMMANDONS QUE l'article 178.13 du Code criminel soit modifié de manière à permettre aux agents de la paix qui exécutent les autorisations accordées en vertu de cet article de prendre les mesures raisonnablement nécessaires pour pénétrer dans des locaux ou prendre des biens en vue d'examiner ces locaux ou ces biens avant d'installer un dispositif ou afin d'installer, d'entretenir ou de retirer un dispositif d'interception, à condition que le juge qui accorde l'autorisation y indique

- a) les méthodes à employer pour exécuter l'autorisation;
- b) que rien ne doit être fait qui puisse causer aux locaux des dommages graves qui ne seraient pas réparés;
- c) qu'on ne doit pas employer la force physique, ni menacer d'y recourir, contre qui que ce soit¹²⁸.

La Commission a également souligné qu'aux États-Unis, en dépit d'une décision rendue par la Cour suprême des États-Unis, laquelle avait décidé que l'entrée clandestine était légale, l'on envisageait d'adopter un texte constitutionnel pour régir l'entrée clandestine. La commission McDonald cite la déclaration faite par le procureur général adjoint, division criminelle, devant le comité judiciaire du Sénat, selon laquelle,

aux États-Unis, malgré l'affirmation, par la Cour suprême, du pouvoir implicite d'entrer, le gouvernement a présenté au Congrès un projet de loi qui prévoit *expressément* le pouvoir d'entrer et des sauvegardes propres à assurer qu'il ne sera recouru à ces méthodes que lorsque, comme le déclarait le procureur général adjoint, division criminelle, «elles auront été jugées raisonnables et nécessaires par un magistrat informé et impartial»¹²⁹.

De plus, en dépit de la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis, le ministère de la Justice des États-Unis a décidé de demander une autorisation judiciaire pour les entrées clandestines.

125. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Deuxième rapport : la liberté et la sécurité devant la loi*, 2 vol., Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981, président : le juge D.C. McDonald (ci-après appelé le rapport McDonald).

126. *Id.*, vol. 2, p. 1081-1082.

127. *Id.*, vol. 1, p. 148-149; vol. 2, p. 1078.

128. *Id.*, vol. 2, p. 1081-1082, recommandation 265.

129. *Id.*, vol. 1, p. 182.

La seule opinion dissidente exprimée au sujet de la nécessité d'adopter une législation prévoyant l'autorisation de l'entrée clandestine, est le rapport préparé par le comité McLeod¹³⁰ en réponse au rapport McDonald. Le comité McLeod estimait que l'entrée clandestine était légale et qu'il n'était pas nécessaire d'adopter des dispositions pour régir cette question. Bien qu'en définitive, le comité McLeod ait eu raison de conclure que l'entrée clandestine n'était pas illégale, pour les raisons exposées ci-dessous, nous estimons que si l'entrée clandestine doit être autorisée, elle doit faire l'objet d'une loi précise.

Comme nous l'avons indiqué antérieurement, l'une des questions dont la Cour suprême a été saisie avait initialement été soumise à la Cour d'appel de l'Alberta¹³¹. Le juge en chef McGillivray et le juge Harrandence de la Cour d'appel étaient d'avis que l'entrée clandestine n'était légale que si elle était expressément permise par le juge dans l'autorisation. Les deux juges sentaient la nécessité d'un contrôle judiciaire exercé grâce à l'adjonction des conditions appropriées¹³².

Le juge Harrandence avait précisé dans quelle circonstance l'entrée clandestine devait être autorisée :

[TRADUCTION]

Selon moi, si un juge d'une cour supérieure saisi d'une demande d'autorisation présentée en vertu de la Partie IV.1 du *Code criminel*, décide que les intérêts de la société ne peuvent être servis *que* par l'interception des communications privées qui, à son tour, ne peut être effectuée efficacement *que* par l'installation d'un dispositif d'écoute sur une propriété privée, il lui faut adapter le common law afin de tenir compte des circonstances de la vie moderne en autorisant l'entrée clandestine ou un stratagème susceptible de permettre l'installation d'un dispositif d'écoute sur cette propriété¹³³. [Mots soulignés dans le jugement original]

Les mêmes préoccupations ont été exprimées par la majorité des juges dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*. Le juge Estey, tout en décidant que le droit d'entrée ne devait pas être nécessairement explicite dans l'autorisation, a estimé qu'il s'agissait d'une question devant être tranchée par le juge accordant l'autorisation.

Compte tenu de l'économie de la Partie IV.1, de la portée du pouvoir accordé au tribunal, de l'importance du sujet et du caractère vital du rôle de gardien de l'intérêt public attribué par le législateur au tribunal, celui-ci devra souvent insérer dans sa réponse à la demande d'autorisation les «modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt du public» conformément à l'alinéa 178.13(2)d)¹³⁴.

130. *Rapport du comité fédéral-provincial des fonctionnaires chargés de la justice pénale au sujet du Rapport de la Commission McDonald*, Ottawa, Division des communications, Solliciteur général du Canada, 1983, président : R.M. McLeod, c.r. (ci-appelé le rapport du comité McLeod).

131. *Reference re an Application for an Authorization*, (1983) 10 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Alb.).

132. *Id.*, p. 14-15, commentaires du juge en chef McGillivray.

133. *Id.*, p. 28.

134. *Supra*, note 123, p. 671.

Ajoutons que dans l'énoncé de politique intitulé *Le Droit pénal dans la société canadienne*¹³⁵, le principe suivant a été adopté : «Le droit pénal doit prévoir et définir clairement les pouvoirs nécessaires à la conduite des enquêtes criminelles ...».

La Commission de réforme du droit s'est déjà penchée sur le problème de l'entrée clandestine. D'après l'une des recommandations du document de travail 30,

[]la modification des règles relatives aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies, afin de permettre les activités clandestines de la police constituerait une atteinte grave aux mécanismes de protection que ces règles comportent. En l'absence de preuve établissant de façon convaincante la nécessité de tels sacrifices, les règles de procédure relatives aux enquêtes en matière criminelle ou en matière connexe ne devraient pas être modifiées¹³⁶.

L'auteur a fait remarquer que ni le common law ni la loi n'autorisaient l'entrée clandestine aux fins d'effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie. Le document de travail traite, pour l'essentiel, du problème des investigations exploratoires menées par la police en vue de recueillir des renseignements. Il n'aborde pas la question de la surveillance électronique. Quoi qu'il en soit, le critère suggéré pour l'exception pourrait s'appliquer, à savoir : Y a-t-il une preuve établissant de façon convaincante la nécessité des entrées clandestines en matière de surveillance électronique?

Les chiffres que nous avons en main sont ambigus et manquent d'exactitude. Nous aurions donc tort de nous y fier pour décider si l'entrée clandestine est nécessaire. Nous ne croyons pas nous tromper en disant que l'entrée clandestine se produit relativement rarement. Cela n'est pas étonnant. L'entrée clandestine représente certains dangers pour l'enquête. Les agents peuvent être pris pendant l'installation des dispositifs d'écoute ou ceux-ci peuvent être découverts. L'entrée clandestine peut également présenter des difficultés et comporter une dépense de temps et d'énergie que seule peut justifier une probabilité élevée que des preuves que l'on n'aurait pu obtenir par l'écoute téléphonique, plus facile à effectuer, seront recueillies. Néanmoins, l'entrée clandestine a été employée en matière de surveillance électronique, et elle a donné de bons résultats. D'autres dispositifs, tels les microphones paraboliques, sont non seulement moins efficaces, mais représentent un risque plus élevé d'immixtion dans les communications des tiers innocents.

Dans le document de travail 30, deux importants problèmes ont été associés à l'entrée clandestine en matière de fouille, de perquisition et de saisie. Premièrement, le recours à l'entrée clandestine était souvent bien fondé dans des cas où il n'existait pas encore de motifs permettant la délivrance d'un mandat de perquisition. Mais cela ne susciterait aucune difficulté en matière de surveillance électronique puisque l'entrée

135. *Op. cit. supra*, note 35, p. 69.

136. Document de travail sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, *op. cit. supra*, note 47, p. 296, recommandation 42.

clandestine ne serait permise qu'aux fins de la mise en œuvre de l'autorisation. Bien qu'il soit arrivé à la police de s'introduire subrepticement dans un lieu afin d'examiner s'il était possible d'y installer des microphones, cette façon de recueillir des renseignements ne peut être dissociée d'une décision judiciaire portant qu'il y a des motifs justifiant l'autorisation d'intercepter des communications privées. Comme il a été souligné dans le document de travail 30 «le fait de permettre à la police de s'introduire afin de vérifier l'existence même des motifs raisonnables rendrait illusoire les mécanismes de protection contre les atteintes injustifiées¹³⁷».

Le document de travail 30 traite d'un second problème, à savoir celui de la responsabilité et de la vérification des autorisations. Il s'agit d'un grave problème dans un régime où les fouilles, les perquisitions et les saisies sont assujetties à des exigences relatives à l'avis préalable à l'entrée, à l'obligation de fournir certains documents à l'occupant des lieux visés et à celle de lui permettre d'assister à la perquisition. La modification de ces règles «entraverai[t] grandement les mécanismes de protection que comportent les règles relatives au mandat¹³⁸». Il convient cependant de rappeler que ces problèmes ne se posent pas en matière de surveillance électronique. Même l'écoute téléphonique, telle qu'elle est autorisée actuellement, est effectuée secrètement et est très différente de la fouille, de la perquisition ou de la saisie ordinaire. La décision de principe autorisant la surveillance électronique est en réalité la permission de procéder à une enquête secrète. En matière de surveillance électronique, la véritable question est la suivante : quelle forme d'immixtion secrète devrions-nous permettre et quelle garantie devrions-nous prévoir? Il ne s'agit pas de mettre en veilleuse le problème de la responsabilité mais, comme l'a souligné le document de travail 30, c'est un problème de plus en plus aigu en matière de surveillance électronique¹³⁹.

Comme nous sommes en faveur d'un régime un peu plus ouvert de manière générale, nous aborderons certaines de ces préoccupations. D'abord, en ce qui concerne l'entrée clandestine, il serait tout à fait indiqué de prévoir une forme spéciale d'avis lorsque aucune accusation n'est portée, et que de ce fait, l'on ne peut pas respecter le principe de la responsabilité ni vérifier le bien-fondé de l'autorisation au procès. Après avoir examiné ce problème, dans son ouvrage intitulé *Minimum Standards for Criminal Justice, Standards Relating to Electronic Surveillance*, l'American Bar Association a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

On pourrait faire élaborer des règles concernant l'état à dresser de manière à réfuter les aspects les plus convaincants de l'objection formulée à l'encontre du caractère clandestin de la surveillance électronique. Autrement dit, l'entrée clandestine ne serait clandestine qu'au début. Cette objection n'a pas non plus à être déterminante¹⁴⁰.

137. *Id.*, p. 303.

138. *Ibid.*

139. *Id.*, p. 305.

140. *Op. cit. supra*, note 50, p. 92.

Mais qu'en est-il du droit à la vie privée? Quelle est la gravité de l'atteinte portée par l'entrée clandestine? L'entrée elle-même n'est pas censée être décelée, et d'ordinaire, elle est effectuée aussi discrètement que possible, bien que tel ne soit pas toujours le cas¹⁴¹. La véritable immixtion dans la vie privée de l'occupant a lieu plus tard, après l'interception des communications faites dans l'intimité, soit à la maison, soit au bureau, grâce aux dispositifs d'écoute, comme l'ont souligné le juge en chef McGillivray¹⁴² dans l'arrêt *Reference re an Application for an Authorization* et le juge Estey dans l'affaire *Lyons*¹⁴³.

À la maison ou au bureau, les gens s'expriment librement sans penser que leurs paroles pourraient être rapportées même au téléphone. L'atteinte portée à l'intimité de la vie privée par l'entrée clandestine en vue d'installer un dispositif d'écoute est si grave qu'elle ne devrait être autorisée que dans des cas très précis.

Il faudrait, au moins, que le droit de s'introduire clandestinement ne soit pas prévu implicitement dans chaque autorisation mais qu'il dépende du juge qui décidera si, eu égard à la gravité de l'infraction visée et à la probabilité d'obtenir ainsi des preuves, l'immixtion projetée est justifiée. En plus, il faudrait poser des conditions comme celles que proposait la commission McDonald dans son projet de loi sur la sécurité nationale.

Dans de récents jugements, la Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée sur les répercussions que pourrait avoir sur l'entrée clandestine l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À ce propos, il convient de souligner que dans l'arrêt *Dalia v. United States*¹⁴⁴, la Cour a statué qu'il n'y avait pas dérogation aux dispositions du quatrième amendement. Dans cette affaire, le mandat portait que l'interception de toutes les communications orales de Dalia [TRADUCTION] «faites à son bureau» était autorisée. La Cour a conclu que l'autorisation comportait implicitement la permission d'entrer clandestinement chez Dalia, et qu'il n'y avait pas là atteinte au quatrième amendement. La Cour était convaincue que le Congrès savait très bien qu'il confiait au juge le pouvoir connexe d'autoriser les entrées clandestines en lui confiant la tâche de vérifier et d'approuver les demandes d'écoute clandestine. Comme dans le cas des mandats de perquisition, les textes constitutionnels n'exigent pas que le mandat autorisant la surveillance électronique en précise les moyens d'exécution.

Nous estimons que l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*¹⁴⁵, dans lequel la Cour suprême du Canada a exprimé sa préférence pour l'autorisation judiciaire préalable afin de se

141. Il semble y avoir des cas où un avertisseur d'incendie ait été déclenché afin de faire évacuer les lieux et de permettre aux autorités d'installer le dispositif.

142. *Supra*, note 131, p. 12.

143. *Supra*, note 123.

144. *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979).

145. *Supra*, note 37.

conformer aux exigences de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, milite fortement en faveur d'un régime législatif dans lequel le droit de s'introduire subrepticement serait implicite tant dans la loi que dans l'autorisation¹⁴⁶.

Selon la majorité des avis exprimés au cours des consultations, il n'y a pas de raison pour limiter l'entrée clandestine à certaines infractions graves. Il appartiendra au juge de trancher la question à l'aide de certaines lignes directrices. Néanmoins, à notre avis, l'entrée clandestine devrait être réservée pour les cas graves dans lesquels il y a une forte probabilité d'obtenir des preuves pertinentes.

Nous croyons fermement que l'entrée clandestine ne devrait être effectuée qu'en vertu d'une autorisation accordée aux termes des dispositions de la Partie IV.1 et non en vertu d'un autre acte judiciaire comme le mandat de perquisition. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. McCafferty*¹⁴⁷, le mandat de perquisition doit être interprété de façon stricte et ne peut autoriser une fouille ou une perquisition générales, ni l'installation d'un dispositif d'écoute.

De même, l'entrée clandestine effectuée en vertu d'une autorisation ne permet pas qu'une perquisition dans les lieux soit effectuée, bien que des renseignements obtenus de façon tout à fait fortuite à l'occasion de l'entrée clandestine puissent justifier la présentation d'une demande de mandat de perquisition dont l'exécution sera effectuée de la manière habituelle.

Un régime d'autorisation préalable suppose évidemment que la police révélera au juge qui délivre l'autorisation qu'elle entend faire une entrée clandestine. Nous nous sommes demandés quels renseignements il fallait fournir au juge et plus particulièrement s'il fallait lui dévoiler les moyens que la police prévoyait utiliser pour effectuer cette entrée. On nous a fait valoir avec insistance que d'une part, une certaine souplesse était nécessaire car la police doit pouvoir adapter ses méthodes à des conditions changeantes et que, d'autre part, le juge, ne disposant pas des connaissances techniques nécessaires, ne serait pas en mesure de statuer sur la pertinence d'une méthode ni même de se prononcer sur l'opportunité d'utiliser cette méthode plutôt qu'une autre. Cependant, l'usage de moyens impropres à cette fin, tel que le déclenchement d'un avertisseur d'incendie en vue de faire évacuer un édifice, demeure au premier plan des préoccupations. Après en avoir discuté longuement, nous avons décidé d'opter pour la souplesse et de ne pas exiger que les méthodes envisagées soient précisées dans la demande. Si des abus étaient constatés au cours des années qui viennent, cette prise de position devrait bien sûr être reconsidérée. Il n'y a cependant pas de raison de s'alarmer à l'heure actuelle. Néanmoins, il conviendrait d'investir le juge qui délivre l'autorisation du pouvoir de statuer sur certaines méthodes s'il le juge opportun.

146. Il convient peut-être de souligner que le juge en chef Dickson, qui a rendu le jugement pour la Cour dans l'arrêt *Southam*, *supra*, note 37, était dissident tant dans l'affaire *Lyons*, *supra*, note 123, que dans l'affaire *Le renvoi sur l'écoute électronique*, *supra*, note 124, parce qu'il était d'avis que la Partie IV.1 du *Code criminel* n'autorisait pas l'entrée clandestine. Même dans son rapport, le comité McLeod a admis que la Charte pouvait soulever des problèmes en ce qui concerne l'entrée subreptice.

147. *R. v. McCafferty*, (1984) 13 W.C.B. 143 (C.A. Ont.).

RECOMMANDATIONS

31. Le juge qui délivre l'autorisation devrait être investi du pouvoir d'autoriser l'introduction dans un lieu privé sans le consentement de l'occupant en vue de l'installation, de l'enlèvement ou de la réparation d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre.

32. Le juge qui délivre l'autorisation ne devrait pouvoir donner cette autorisation que lorsque les circonstances entourant l'infraction sont graves et que l'obtention d'éléments de preuve pertinents est très probable.

33. La demande d'autorisation qui comprend l'autorisation de faire une entrée clandestine devrait énoncer les motifs pour lesquels cette entrée est nécessaire et préciser pourquoi les autres moyens moins attentatoires à la vie privée ne seraient pas suffisants dans ce cas.

34. Devrait constituer une infraction le fait d'entrer dans des lieux privés sans le consentement de l'occupant en vue d'installer, de réparer ou d'enlever un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre et sans l'autorisation accordée en vertu de la Partie IV.1 du *Code criminel*. Devrait également constituer une infraction, le fait de retirer des lieux quelque chose que ce soit au moment de l'entrée.

35. Le policier qui effectue l'entrée clandestine ne devrait pas être autorisé à recourir à la force contre quiconque pour entrer dans les lieux ou en sortir, sauf dans la mesure nécessaire pour assurer sa propre protection ou celle des autres.

36. Le juge qui délivre l'autorisation peut ordonner ou interdire l'utilisation de certains moyens pour l'entrée clandestine.

37. Après l'enquête, le propriétaire et l'occupant des lieux devraient être avisés de l'entrée clandestine, et copie de l'ordonnance autorisant l'entrée devrait leur être donnée.

38. Des mesures raisonnables devraient être prises en vue de la réparation de tout dommage causé aux lieux ou de l'indemnisation du propriétaire pour tout dommage important non réparé.

39. La consommation d'une faible quantité d'électricité pour assurer le fonctionnement du dispositif ne devrait pas constituer une infraction criminelle.

G. Les renouvellements

Le caractère attentatoire de la surveillance électronique est également fonction de la durée de l'immixtion. Pendant certaines enquêtes, l'interception peut se prolonger durant des mois. La *Loi de 1977 modifiant le droit pénal* a porté la durée de l'autorisation de trente à soixante jours¹⁴⁸. Bien que l'alinéa 178.13(2)e) du *Code criminel* prévoit que l'ordonnance est valide «pour la période de soixante jours au plus qui y est indiquée», dans les faits, il est très rare qu'une autorisation soit accordée pour une période de moins de soixante jours. La situation aux États-Unis est différente. La loi¹⁴⁹ prévoit une durée maximale de trente jours et exige que l'ordonnance contienne une clause portant que l'interception ne doit pas se poursuivre au-delà de la période nécessaire pour atteindre les objectifs de l'autorisation. La durée moyenne des autorisations accordées aux États-Unis semble varier d'État en État, et même, de comté en comté. Toutefois, dans la plupart des cas, la durée réelle se situe très près de la durée maximale permise par la loi. L'efficacité de cette clause n'est pas prouvée puisqu'en général le dispositif fonctionne pendant toute la durée autorisée¹⁵⁰. (Aucune donnée statistique n'est recueillie aux termes de l'article 178.22 du *Code criminel* en ce qui concerne la durée de l'interception).

La loi canadienne permet le renouvellement de l'autorisation pour une période de soixante jours¹⁵¹. L'objet évident de la fixation d'un délai est de prévoir une limite temporelle à l'interception des communications privées afin que l'autorisation ne devienne pas une sorte de mandat général à durée illimitée. Par ces dispositions, le législateur reconnaît que certaines enquêtes peuvent, à bon droit, demander plus de soixante jours. Toutefois, conformément au principe de la modération, la nécessité de prolonger cette immixtion dans la vie privée doit être prouvée.

Quoi qu'il en soit, en raison d'une jurisprudence récente, la police demandera rarement le renouvellement d'une autorisation. Elle cherchera plutôt à obtenir une nouvelle autorisation même si des modifications très mineures seulement sont envisagées. Dans l'arrêt *R. v. Badovinac*¹⁵², la Cour a décidé qu'un renouvellement ne pouvait que prolonger le délai accordé initialement et n'autorisait pas [TRADUCTION] «l'extension ni la modification d'aucune façon des modalités de l'autorisation¹⁵³». Comme l'a fait remarquer le juge dans le jugement *R. v. Pleich*¹⁵⁴, la législation qui favorise l'obtention d'une nouvelle autorisation plutôt que celle d'un renouvellement n'est pas sans avoir

148. *Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, S.C. 1976-1977, chap. 53, par. 9(3).

149. Title III, *supra*, note 67, par. 2518(4) et (5).

150. *Report on Applications for Orders Authorizing or Approving the Interception of Wire or Oral Communications, 1983*, Washington, D.C., Administrative Office of the United States Courts, 1983 (ci-après appelé le rapport Wiretap).

151. *Code criminel*, par. 178.13(4).

152. *R. v. Badovinac*, (1977) 34 C.C.C. (2d) 65 (C.A. Ont.).

153. *Id.*, p. 70.

154. *R. v. Pleich*, (1980) 55 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).

certaines conséquences. Même si, tout compte fait, les conditions d'obtention d'une autorisation, énoncées à l'article 178.12, peuvent être plus exigeantes que celles d'un renouvellement, ces dernières sont axées véritablement sur l'opportunité de poursuivre l'enquête par écoute électronique au-delà de la limite prévue par la loi. Le paragraphe 178.13(3) dispose qu'une autorisation peut être renouvelée (1) sur présentation d'une demande *ex parte* (2) à laquelle est joint un affidavit d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public énonçant les raisons et la période pour laquelle le renouvellement est demandé, tous les détails relatifs aux interceptions qui ont été faites et tous les renseignements obtenus au cours de ces interceptions, le nombre de cas où une demande de renouvellement a été faite et où elle a été retirée ou refusée ainsi que (3) tous les renseignements que le juge peut exiger¹⁵⁵.

Comme il a été souligné dans l'arrêt *R. v. Pleich*¹⁵⁶, bien que la divulgation complète à laquelle on s'attend au moment de la présentation d'une demande d'autorisation subséquente en vertu de l'article 178.12 exigerait probablement que l'on fournisse le genre de renseignements mentionnés au paragraphe 178.13(3), la loi reste muette sur ce point.

À notre avis, la loi doit être modifiée de façon que le renouvellement puisse être obtenu dans les cas où l'on ne prévoit apporter que des modifications mineures à l'autorisation initiale et où la même enquête se poursuit. En revanche, si l'enquête est si avancée que des modifications importantes sont nécessaires, une nouvelle autorisation devrait être demandée. Cependant, dans ce dernier cas, la portée de la première enquête doit être révélée pour que le juge soit en mesure d'apprécier correctement le bien-fondé de la demande.

Nous estimons également que plus l'enquête dure longtemps, plus l'immixtion dans la vie privée est importante et donc plus il est nécessaire d'assurer un examen judiciaire et de veiller à ce que les fonctionnaires chargés de l'application de la loi s'acquittent de leurs obligations en vertu du principe de la responsabilité. Par conséquent, nous proposons que la durée normale du renouvellement soit fixée à trente jours, à moins qu'il ne soit établi qu'une période plus longue, dont la durée maximale serait soixante jours, est nécessaire. Nous estimons qu'une telle approche est davantage compatible avec le principe de la modération. Bien sûr, des mesures doivent être prises pour veiller à ce que la police ne présente pas une demande d'autorisation à la seule fin d'obtenir une durée plus longue.

RECOMMANDATIONS

40. Lorsque, à la connaissance du mandataire désigné ou du souscripteur de l'affidavit présenté à l'appui de la demande d'autorisation, une autorisation a déjà été donnée au sujet de la même enquête ou d'une enquête connexe, la demande devrait comporter les renseignements mentionnés à l'alinéa 178.13(3)*b* du Code.

155. *Code criminel*, par. 178.13(3).

156. *Supra*, note 154.

41. Toute autorisation renouvelée devrait pouvoir comporter le nom des personnes antérieurement visées par l'autorisation mais qui n'y était pas nommées.

42. Toute autorisation renouvelée peut permettre l'interception, dans de nouveaux lieux, de communications auxquelles participent des personnes visées par l'autorisation initiale.

43. Des modifications mineures peuvent être apportées aux conditions de l'autorisation à l'occasion d'un renouvellement, notamment les suivantes :

- a) la désignation différente ou plus précise de personnes ou de lieux;
- b) la modification des moyens d'interception ou la désignation de nouveaux moyens;
- c) la modification des infractions visées par l'autorisation initiale ou l'adjonction d'infractions ayant un rapport manifeste avec celles-ci et entrant dans le cadre de la même enquête.

44. Toute autorisation renouvelée devrait pouvoir comporter des conditions qui ne faisaient pas partie de l'autorisation initiale et qui sont destinées à restreindre l'interception de communications n'ayant aucun rapport avec l'infraction.

45. Aucune autorisation ne devrait pouvoir être renouvelée pour une période de plus de trente jours ou, si l'on établit l'existence de circonstances particulières, de plus de soixante jours. L'expression «circonstances particulières» désigne ici des circonstances telles que vraisemblablement l'enquête ne sera pas terminée au bout de trente jours *et* qu'il serait impossible en pratique d'obtenir un autre renouvellement dans les trente jours. Lorsqu'un juge délivre un renouvellement d'une durée supérieure à trente jours, il devrait être tenu de préciser, au recto de l'autorisation, les raisons qui motivent sa décision, ainsi que les circonstances particulières de l'enquête.

46. Dans tous les cas visés à la recommandation 45, le juge devrait être tenu de s'assurer que l'obtention d'un renouvellement de l'autorisation serait impossible dans les circonstances. Le juge ne devrait en aucun cas accorder l'autorisation s'il a des motifs de croire que l'on cherche à échapper aux exigences de la recommandation 45. Si le renouvellement ne peut être obtenu pour la seule raison que le précédent renouvellement ou l'autorisation n'est plus en vigueur, la nouvelle autorisation devrait avoir une durée de trente jours à moins que l'on démontre l'existence de circonstances particulières.

47. La loi devrait énoncer une liste des conditions susceptibles d'être incluses dans l'autorisation renouvelée, par exemple les suivantes :

- a) la fin obligatoire de l'interception lorsque le but de l'autorisation initiale est atteint;
- b) l'obligation de présenter toute demande ultérieure de renouvellement ou d'autorisation au juge qui a accordé l'autorisation ou le renouvellement initiaux.

III. La vérification de l'autorisation et le secret

A. Introduction

Il est essentiel dans le système anglo-canadien que les actes judiciaires soient publics afin qu'ils soient soumis à l'examen du public et à celui des tribunaux supérieurs. L'on ne s'étonnera donc pas que l'une des caractéristiques importantes de la Partie IV.1 du *Code criminel*, à savoir le secret entourant la demande d'autorisation et la réticence des juges à statuer sur l'à-propos de la demande, fasse aujourd'hui l'objet de discussion sur la scène constitutionnelle¹⁵⁷. Les experts-conseils du ministère public et de la police nous ont expliqué à maintes reprises que les contrôles internes prévus au moment de la présentation de la demande, l'obligation de faire examiner la demande d'autorisation par les fonctionnaires supérieurs chargés de l'application de la loi et, par la suite, par le procureur de la Couronne, font que seules les demandes bien fondées sont présentées. Mais, selon nous, là n'est pas la question, en particulier lorsqu'il s'agit d'une méthode d'enquête aussi attentatoire à la vie privée, comme l'a dit le juge Jackson dans l'arrêt *Johnson v. United States*¹⁵⁸, lequel portait sur les garanties contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives du quatrième amendement. Un magistrat neutre et indépendant, plutôt qu'un fonctionnaire ayant un rôle à jouer dans l'enquête¹⁵⁹, devrait statuer sur ces demandes.

Si donc l'importance de la participation d'un fonctionnaire judiciaire impartial au moment de la présentation de la demande est admise, à titre de garantie contre les immixtions abusives dans la vie privée, on peut se demander, à juste titre, pourquoi il y aurait un autre examen judiciaire au moment de la production de la preuve. Le juge Dickson dans l'arrêt *Le procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*¹⁶⁰ a exposé les raisons motivant l'application du principe de la transparence après l'exécution d'un mandat de perquisition. Il s'agit, semble-t-il, d'appliquer la règle de la responsabilité judiciaire afin de protéger le public contre tout abus dans l'exercice des pouvoirs très larges et très attentatoires à la vie privée dont est investie la police en matière de fouille ou de perquisition et d'écoute clandestine. L'idéal serait peut-être que chaque ordonnance autorisant l'écoute clandestine soit soumise à un examen judiciaire subséquent afin de décider s'il y a eu un abus. Cependant, cette solution n'est pas réalisable et présente, sans doute, peu d'intérêt lorsqu'il s'agit d'apprécier la probabilité d'un abus. Du reste, les ressources nécessaires pour effectuer un examen minutieux de ces procédures ne sont prévues, pour l'essentiel, que dans le cadre des procès criminels, lorsque la liberté individuelle est en jeu. C'est à ce stade seulement que la victime de

157. Selon l'interprétation donnée à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans l'arrêt *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 515 (C.A. Ont.).

158. *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948), cité dans *R. v. Rao, supra*, note 46.

159. *Id.*, p. 13-14.

160. *Supra*, note 96, p. 183-187 (R.C.S.), p. 144-147 (C.C.C.).

l'immixtion a l'intérêt et les renseignements lui permettant de contester la procédure suivie et que l'État a l'intérêt suffisant pour défendre correctement l'action prise par les autorités. En définitive, le procès criminel fait office de bouclier contre les atteintes à l'intimité personnelle. L'idée que les actes des autorités seront soumis à un examen minutieux pendant le procès préserve l'intégrité de tout le système et protège le public en général contre les immixtions abusives. Bien sûr, un examen plus minutieux entraîne des coûts. Les procès peuvent être prolongés, les techniques d'investigation de la police peuvent être révélées, certains coupables peuvent être mis en liberté. Il s'agira donc d'apprécier la nécessité de protéger le droit à la vie privée par rapport aux coûts qu'elle entraîne, compte tenu du fait qu'en raison de ces coûts, le procès criminel n'est pas un moyen efficace de contrôler le déroulement de l'enquête en général et, en particulier, en matière de surveillance électronique.

B. La vérification de l'autorisation

Les dispositions actuelles du *Code criminel* n'énoncent pas expressément les motifs justifiant la vérification de l'autorisation. Celle-ci est bien évidemment liée à l'admissibilité de la preuve. Même si certaines voies de recours civiles pourraient être invoquées, les questions importantes sont soulevées dans le cadre du procès criminel.

À l'alinéa 178.16(1)a), la condition de base de l'admissibilité de la preuve est que l'interception soit effectuée légalement. (L'admission de la preuve par consentement de l'une des parties est également prévue à l'alinéa 178.16(1)b) mais cette disposition soulève d'autres questions.) L'alinéa 178.16(1)a) correspond à peu près à l'article 2515 du Titre III. Selon l'interprétation que lui ont donnée les tribunaux, les éléments de preuve sont recevables lorsque l'une des parties à la communication consent à ce qu'elle soit interceptée. L'interception n'est donc pas dans ce cas illégale en vertu de l'alinéa 178.11(2)a) du *Code criminel*¹⁶¹. L'alinéa 178.11(2)b) prévoit un autre cas d'interception légale : lorsque celle-ci est effectuée «en conformité d'une autorisation ...». Le ministère public doit alors prouver non seulement que la police agissait dans le cadre d'une autorisation mais que l'interception de la communication en cause était permise par les modalités de l'autorisation. Au début, les autorisations n'étaient pas toujours rédigées de façon aussi générale qu'elles le sont à l'heure actuelle, et le langage employé n'était pas toujours précis qu'il aurait pu l'être. L'une des premières causes portées en appel fournit un excellent exemple d'interception non effectuée en conformité avec l'autorisation. Dans le jugement *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)*¹⁶², il a été décidé qu'une interception n'était pas légale lorsque ni l'une ni l'autre des parties à la communication n'étaient nommées ni autrement désignées dans l'autorisation. Le lecteur pourra également consulter l'arrêt *R. v. Niles*¹⁶³ à ce sujet. D'après ces jugements, le juge devait simplement décider si l'interception effectuée était conforme à l'autorisation.

161. *Goldman c. La Reine, supra*, note 33.

162. *Supra*, note 31, p. 13-14 (O.R.), p. 375 (C.C.C.).

163. *R. v. Niles*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 512 (C.A. Ont.).

Toutefois, cette jurisprudence a petit à petit soulevé d'autres problèmes en ce qui concerne la vérification de l'autorisation. Par exemple, lorsque l'autorisation désigne certaines personnes et comporte une clause générale visant des personnes inconnues, que se passe-t-il si un accusé dont le nom n'est pas mentionné dans l'autorisation prétend qu'il était connu des autorités au moment où l'autorisation a été obtenue? Il y a deux façons d'aborder ce problème. D'une part, il ressort de la lecture de l'autorisation que l'accusé n'est pas visé par celle-ci car il n'y est pas désigné expressément et il n'est pas visé par la clause générale. Du moins, c'est l'avis exprimé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Crease (No. 2)*¹⁶⁴. D'autre part, ce raisonnement semble aussi supposer une vérification de l'autorisation. Afin de déterminer si l'accusé devait être considéré comme une personne inconnue visée par la clause générale, le juge des faits devrait pouvoir prendre connaissance du contenu du paquet scellé pour savoir sur quels renseignements le juge qui a délivré l'autorisation s'est fondé. Apparemment, l'autorisation permet l'interception des communications faites par l'accusé à titre de personne inconnue. Pour l'essentiel, cette solution établit un lien de correspondance entre les personnes inconnues et les personnes non désignées. Ce raisonnement n'est pas tout à fait convaincant, mais il a été accepté par la majorité des juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Lloyd and Lloyd*¹⁶⁵. Il convient de noter que dans l'affaire *Lloyd*, il n'y avait pas d'allégation de fraude ni de non-divulgation.

L'identification des personnes dont les communications seront captées débouche véritablement sur le problème de la vérification de l'autorisation. Par exemple, lorsque l'accusé ne prétend pas simplement qu'il était «connu» au moment de l'obtention de l'autorisation mais que son identité a été délibérément cachée au juge qui a délivré l'autorisation parce que si celui-ci avait été mis au courant de l'intention de la police d'intercepter ses communications (soit en vertu de la clause générale ou à titre de partie à une communication avec une personne nommée dans l'autorisation), l'autorisation n'aurait pas été accordée. Dans l'arrêt *R. v. Gill*¹⁶⁶, les preuves obtenues ont été jugées irrecevables après que le juge eut découvert que la police avait dissimulé son intention de capter les communications de la personne non désignée tout en se proposant d'intercepter en prison les conversations entre l'accusé (qui était désigné dans l'autorisation) et la personne non désignée après l'arrestation de l'accusé. La Cour d'appel a décidé que ces conversations n'étaient pas admissibles compte tenu des irrégularités constatées au moment de l'obtention de l'autorisation. Il est intéressant de noter que la Cour a choisi de ne pas se prononcer ni sur la nullité ni sur le caractère exécutoire de l'autorisation, mais plutôt de traiter la question comme un problème d'admissibilité de la preuve. La Cour s'est fondée sur le libellé de l'ancien alinéa 178.16(2)b) qui, à l'instar du paragraphe 178.16(3), fait indirectement allusion à la présence de vices de fond (par opposition à des vices de forme) dans la demande d'autorisation.

164. *R. v. Crease (No. 2)*, (1980) 53 C.C.C. (2d) 378 (C.A. Ont.).

165. *R. v. Lloyd and Lloyd*, (1980) 53 C.C.C. (2d) 121, 16 C.R. (3d) 221 (C.A. C.-B.), infirmé en partie pour d'autres motifs (1982) 64 C.C.C. (2d) 169, 131 D.L.R. (3d) 112, 39 N.R. 474 (C.S.C.).

166. *Supra*, note 116, p. 176.

La deuxième question, qui soulève clairement le problème de la vérification de l'autorisation, est posée dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*¹⁶⁷. Dans cette affaire, le juge des faits, qui avait constaté la présence d'un vice de fond dans la demande en se fondant sur les éléments de preuve produits au procès, a décidé que les conditions de l'alinéa 178.13(1)*b* n'avaient pas été respectées. Il en est arrivé à cette conclusion après avoir entendu des témoignages de vive voix et sans avoir examiné le contenu du paquet scellé. À l'unanimité, la Cour a jugé que, dans les faits, il avait vérifié l'autorisation et que ce n'était pas la bonne façon de procéder à une révision. Cependant, les avis sont partagés sur la méthode qu'il convenait d'employer. Pour l'essentiel, le jugement de la majorité, rendu par le juge McIntyre, rejette l'approche retenue dans l'affaire *Gill*. La Cour est d'avis que le paragraphe 178.16(3) n'autorise pas le juge à écarter des éléments de preuve en raison de la présence d'un vice de fond lorsque l'interception a été faite conformément à une autorisation apparemment valide. Par voie d'interprétation cependant (et par analogie avec les causes civiles dans lesquelles des ordonnances sont accordées *ex parte*), lorsque l'autorisation a été obtenue irrégulièrement, elle peut être annulée par le juge qui l'a délivrée. Vraisemblablement, toute interception faite en vertu de l'autorisation déclarée par la suite invalide deviendrait rétroactivement illégale, rendant ainsi les communications inadmissibles.

Selon le jugement de la minorité, rendu par le juge Dickson, l'autorisation pourrait être attaquée indirectement par le juge des faits. Toutefois, les juges dissidents étaient d'avis que le juge des faits s'était trompé en décidant qu'il n'avait pas besoin de consulter le contenu du paquet scellé pour déterminer si la demande d'autorisation était entachée d'un vice.

Les deux solutions proposées manquent de souplesse. Exiger que la contestation de l'autorisation ait lieu uniquement devant le juge qui l'a accordée risque de faire perdre beaucoup de temps et d'entraîner la suspension des procès en cours. Même la méthode proposée par le juge Dickson causerait des retards si, comme dans l'affaire *Wilson*, le procès se déroule devant un juge de la cour provinciale qui n'est pas investi du pouvoir d'ouvrir le paquet scellé en vertu de l'article 178.14 du *Code criminel*.

D'autres problèmes sont liés aux motifs de révision ou d'annulation de l'ordonnance, aux conditions devant être remplies, le cas échéant, avant que le paquet scellé ne soit ouvert et, si l'accusé doit prouver la présence d'un vice dans la demande, à la façon dont il pourrait s'acquitter du fardeau sans avoir accès au paquet scellé.

Citant des arrêts rendus en matière civile, le juge McIntyre semble considérer «la fraude ou la découverte de nouveaux éléments de preuve» comme des motifs permettant de faire annuler l'ordonnance rendue *ex parte*. Faisant allusion à la possibilité qu'un autre juge de la même cour soit saisi de la révision de l'ordonnance en raison des exigences de l'administration judiciaire, il déclare : «Le juge chargé de la révision ne doit pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Il n'y a lieu de toucher à l'autorisation que s'il appert que les faits sur lesquels on s'est fondé

167. *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, 9 C.C.C. (3d) 97.

pour l'accorder différent de ceux prouvés dans le cadre de la révision *ex parte*¹⁶⁸». On peut se demander d'où proviendront les éléments de preuve nécessaires à l'établissement de ces nouveaux faits. Le jugement de la majorité fait surgir le spectre d'interminables enquêtes préliminaires tenues dans l'espoir de découvrir des faits nouveaux susceptibles de justifier la révision.

Dans son jugement, le juge Dickson n'a pas dressé la liste des motifs de révision, mais il a énuméré les décisions dans lesquelles l'ouverture du paquet scellé a été refusée, sauf s'il y avait une preuve à première vue de fraude ou de non-divulgation. Il a ajouté à ces motifs les déclarations trompeuses. Il semble penser que des raisons justifiant la révision pourraient être révélées pendant le contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit¹⁶⁹.

Cependant, le spectre d'une perte de temps injustifiée est à nouveau agité. Dans ce genre de régime, les avocats de la défense sont obligés de procéder à l'aveuglette dans l'espoir qu'ils découvriront quelque chose leur permettant de faire ouvrir le paquet scellé, sans même savoir ce qu'ils recherchent.

Le juge Dickson relève enfin un dernier motif de révision, à savoir l'invalidité à première vue de l'autorisation. Par exemple, l'autorisation ne précise pas la période pour laquelle elle sera en vigueur ni la date à laquelle elle a été accordée. Ce sont ces vices, peut-être de forme, que le paragraphe 178.16(3) semble permettre de corriger.

Les problèmes soulevés par la révision, en particulier par la vérification de l'autorisation, sont graves et fondamentaux, tant sur le plan des principes directeurs que sur celui de la procédure. À notre avis, ces problèmes ne pourront être résolus que lorsque les motifs et la procédure à suivre pour la révision et la consultation des documents auront été clairement énoncés.

L'expérience des tribunaux américains en la matière est un peu plus longue et quelque peu différente compte tenu du Title III. Il nous est apparu utile d'examiner les solutions retenues là-bas. Le paragraphe 2518(9) et l'alinéa 2518(1)a) du Title III permettent un plus grand accès aux documents que les dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. L'alinéa 2518(10)a) énonce également des motifs permettant la «suppression» de certains éléments de preuve :

[TRADUCTION]

Toute personne lésée dans un procès, une audition ou une procédure tenue devant tout tribunal, ministère, fonctionnaire, organisme, organisme réglementant ou autres services du gouvernement des États-Unis, un État ou une subdivision politique de celui-ci, peut demander la suppression de toutes communications orales ou téléphoniques interceptées ou de toutes preuves en découlant, pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

168. *Id.*, p. 608 (R.C.S.), p. 97 (C.C.C.).

169. *Id.*, p. 624 (R.C.S.), p. 112 (C.C.C.).

- (i) la communication a été interceptée illégalement;
- (ii) l'autorisation ou l'ordonnance permettant l'interception était manifestement insuffisante;
- (iii) l'interception n'a pas été effectuée conformément à l'autorisation ou à l'ordonnance¹⁷⁰.

Toute la question de la révision porte véritablement sur le motif énoncé au sous-alinéa (i). Dans l'arrêt *United States v. Giordano*¹⁷¹, la Cour s'est interrogée sur la signification de l'expression [TRADUCTION] «interceptée illégalement» employée au sous-alinéa (i) et a conclu que ces mots ne se rapportaient pas seulement aux amendements à la Constitution car

[TRADUCTION]

le Congrès a voulu exiger la suppression d'éléments de preuve lorsque n'ont pas été respectées les exigences législatives qui mettent en œuvre directement et substantiellement son intention de limiter l'usage des procédures d'interception aux seules situations nécessitant le recours à ce dispositif d'enquête extraordinaire¹⁷².

Les arrêts qui ont suivi portaient sur la question de savoir quelles exigences étaient destinées à «mettre en œuvre directement ou substantiellement» l'intention du Congrès ou, en d'autres termes, quelles dispositions [TRADUCTION] «jouaient un rôle de premier plan dans le régime législatif¹⁷³».

Dans son ouvrage intitulé *Wiretapping and Eavesdropping*, C. S. Fishman a dressé une liste des dispositions principales et secondaires qui est reproduite ci-dessous¹⁷⁴ :

[TRADUCTION]

Dispositions principales

1. FONCTIONNAIRE QUI ACCORDE L'AUTORISATION : 18 USCS par. 2516(1) (gouvernement fédéral) et (2) (État).
2. INFRACTIONS DÉSIGNÉES : 18 USCS par. 2516(1) (gouvernement fédéral) et (2) (État).
3. CAUSE PROBABLE : 18 USCS sous-alinéas 2518(1)b(i-iii) et alinéas 2518(3) a, b, d).
4. MÉTHODES D'INVESTIGATION NORMALES : 18 USCS alinéas 2518(1)c) et (3)c).
5. PÉRIODE MAXIMALE DE TRENTE JOURS : 18 USCS par. 2518(5).
6. FIN DE L'AUTORISATION LORSQUE L'OBJECTIF EST ATTEINT : 18 USCS alinéa 2518(4)e) et par. 2518(5).
7. DEMANDES ANTÉRIEURES : 18 USCS alinéa 2518(1)e).

170. Title III, *supra*, note 67, alinéa 2518(10)a).

171. *United States v. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974).

172. *Id.*, p. 527.

173. *Id.*, p. 528.

174. C.S. Fishman, *Wiretapping and Eavesdropping*, Rochester, N.Y., The Lawyers Cooperative Publishing Co., 1978, p. 372-376.

Dispositions secondaires

1. IDENTIFICATION DU FONCTIONNAIRE QUI ACCORDE L'AUTORISATION : 18 USCS alinéas 2518(1)a) et (4)d).
2. IDENTIFICATION DES PERSONNES VISÉES PAR LA DEMANDE : 18 USCS sous-alinéa 2518(1)b)(iv).
3. IDENTIFICATION DES PERSONNES VISÉES PAR LE MANDAT : 18 USCS alinéa 2518(4)a).
4. ÉTAT ET NOTIFICATION : 18 USCS alinéa 2518(8)d).

Les dispositions principales (3) et (4) ainsi que les dispositions secondaires (2) et (3) nécessitent un examen plus minutieux car ces motifs pourraient être invoqués, ou l'ont été, en vertu de la législation canadienne. En la matière, l'arrêt *United States v. Donovan*¹⁷⁵ fait autorité. Il a été décidé

[TRADUCTION]

qu'une demande d'autorisation d'écoute clandestine devait désigner nommément une personne si le gouvernement est fondé à croire que celle-ci participe à l'activité criminelle qui fait l'objet de l'enquête et espère pouvoir intercepter ses conversations grâce à la mise sur écoute de son poste téléphonique¹⁷⁶.

Cette opinion avait été exprimée antérieurement dans l'arrêt *United States v. Kahn*¹⁷⁷.

Il a été décidé que le sous-alinéa 2518(10)a)(i) n'exigeait pas la suppression des conversations de Donovan. La Cour a choisi une approche quelque peu pratique et s'est demandée si le juge qui avait accordé l'autorisation aurait agi différemment¹⁷⁸.

L'argumentation de l'affaire *Donovan* démontre que les éléments de preuve seraient supprimés si les autorités n'avaient aucun motif de croire que les méthodes d'investigation normales auraient été infructueuses. Évidemment, si le juge saisi d'une demande en application de l'alinéa 2518(3)c) sait que des méthodes d'enquête normales ont été appliquées avec succès, il n'a pas le pouvoir d'accorder le mandat. Du reste, les exigences du paragraphe 2518(3), comme celles du paragraphe 178.13(1) du *Code*, témoignent de l'intention du Congrès (ou du Parlement) de limiter le recours à cette méthode d'enquête extraordinaire, source d'importante immixtion dans la vie privée.

Il est certain que l'approche retenue dans l'affaire *Donovan* suffit pour confirmer le principe de la modération. Qu'en est-il alors du respect de la vie privée? Nous pensons que l'approche choisie contribuera probablement à faire valoir le droit à l'intimité de la vie privée. En revanche, tout le débat sur l'identification des personnes visées par

175. *Supra*, note 117.

176. *Id.*, p. 428.

177. *United States v. Kahn*, 415 U.S. 143 (1974), p. 155. La Cour a alors rejeté l'exigence selon laquelle l'ordonnance devait désigner toutes les personnes que le gouvernement aurait pu découvrir à la suite d'une enquête diligente.

178. *Supra*, note 117, p. 435.

l'autorisation ne soutient pas vraiment le droit à la vie privée, sauf dans les cas où l'on peut dire que le juge n'aurait pas accordé l'autorisation ou n'aurait pas pu le faire s'il avait su qui elle visait véritablement (*Gill*¹⁷⁹) ou s'il avait su qu'il y aurait peut-être interception sans discrimination des communications privées de personnes inconnues. À notre avis, ce dernier problème concerne la restriction de l'interception des communications privées, laquelle peut souvent comporter des distinctions très ténues. Lorsqu'il est manifeste que l'autorisation serait accordée à l'égard des principales personnes visées, on ne peut guère assurer la protection de l'intimité personnelle en exigeant que la police désigne dans l'autorisation des personnes qui peuvent être impliquées dans l'enquête de façon seulement accessoire, sous peine d'annulation de l'autorisation. Cette mesure aura simplement pour effet d'élargir le champ d'application de l'enquête plutôt que de le restreindre. Lorsque la personne manifestement visée n'est pas identifiée, l'on pourra conclure à l'existence d'une dissimulation et régler ce problème grâce à un raisonnement du genre de celui qui a été retenu dans l'affaire *Gill*.

Comme le lecteur le sait déjà, l'alinéa 2518(10)a) du Title III prévoit un troisième motif pour la suppression des éléments de preuve, celui de l'interception qui n'a pas été effectuée conformément à l'ordonnance ou à l'autorisation. L'alinéa 178.16(1)a) du *Code criminel* a été interprété de façon similaire, et cela ne pose aucun problème nouveau.

Depuis l'affaire *Wilson*, quelques décisions ont été rendues par des juges ayant accordé une autorisation à qui l'on demandait d'annuler leur ordonnance. Jusqu'ici, aucun principe rigoureux n'a été énoncé en ce qui concerne l'ouverture du paquet ou l'annulation de l'ordonnance par le juge. Dans l'arrêt *R. v. Delhaye*¹⁸⁰, il semble que le juge O'Leary ait ouvert le paquet et annulé l'ordonnance pour la simple raison que l'affidavit ne désignait pas deux des parties dont les communications privées devaient être interceptées du fait que l'on avait des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourrait être utile à l'enquête. Il semble que cette solution soit draconienne. D'après les motifs du jugement, il ne semble pas que cette omission ait été faite de mauvaise foi (comme dans l'affaire *Gill*). Le juge n'explique pas non plus pourquoi toute l'ordonnance est annulée. Il est important de souligner que le juge O'Leary ne s'est pas demandé s'il aurait accordé l'ordonnance a) s'il avait été mis au courant de tous les faits; b) si, en plus, on lui avait révélé l'identité des deux personnes visées; c) si on lui avait au contraire caché l'identité des deux personnes visées; d) s'il n'avait pas été mis au courant des faits du tout. Cette décision s'explique peut-être par le fait qu'aucun principe n'est énoncé dans l'affaire *Wilson*¹⁸¹ en ce qui concerne les cas où l'autorisation peut être annulée, si l'on fait exception du commentaire peu utile du juge McIntyre, que nous avons rapporté ci-dessus, et qui avait été inspiré par les arrêts portant sur l'annulation des ordonnances *ex parte* en matière civile.

179. *Supra*, note 116.

180. *R. v. Delhaye*, Haute cour de l'Ontario, 7 mars 1984 (le juge O'Leary), jugement non publié.

181. *Supra*, note 167.

Dans une autre décision rendue après l'affaire *Wilson*, un autre problème d'ordre pratique est soulevé par la procédure retenue dans cet arrêt. Dans la décision *R. v. Con and Fung*¹⁸², le juge Huddart de la Cour de comté, qui avait accordé l'autorisation a dû statuer, sur la foi des témoignages produits au cours d'autres poursuites, sur l'étendue des connaissances de la police en ce qui concerne l'identité de l'un des auteurs du complot et sur la possibilité d'avoir recours à d'autres techniques d'enquête ordinaires. Certains éléments de preuve étaient incompatibles et le juge a dû se prononcer sur la crédibilité des témoins. Il a fait remarquer qu'il lui était [TRADUCTION] «très difficile d'apprécier la déposition de l'agent chargé de l'enquête». Le juge Huddart a également dû trancher une autre question épineuse, à savoir dans quelles circonstances pouvait-il ouvrir le paquet s'il était allégué qu'au moins l'une des conditions énoncées à l'alinéa 178.13(1)*b* n'avait pas été respectée. Il a conclu que ce motif n'était pas suffisant car il devait y avoir une preuve *prima facie* d'un manquement aux trois conditions avant que le paquet scellé puisse être ouvert, ou encore, il devait y avoir des preuves d'une duperie délibérée relative à l'une des conditions. Le fait que l'une d'entre elles n'avait pas été respectée ne suffisait pas¹⁸³.

C. Le secret

La question de l'accès aux documents est liée de très près au problème de la révision. L'article 178.14 du *Code criminel* contient des dispositions assez exceptionnelles visant à tenir secrets les documents produits lors de la demande; ceux-ci sont placés dans un paquet scellé qui doit être gardé par le tribunal et qui ne peut être ouvert que pour statuer sur une demande de renouvellement de l'autorisation ou qu'en application d'une ordonnance d'un juge visé à cet article¹⁸⁴.

Même si en vertu du sous-alinéa 178.14(1)*a*(ii), un juge défini à l'article 482 est habilité à ouvrir le paquet scellé, ce pouvoir est interprété de façon très stricte. La décision rendue par le juge Krever dans l'affaire *Re Stewart and The Queen*¹⁸⁵ illustre bien cette interprétation : le juge a statué que le pouvoir d'ouvrir le paquet scellé [TRADUCTION] «est un pouvoir qui doit être limité aux cas exceptionnels¹⁸⁶» et que ce n'est que [TRADUCTION] «très rarement¹⁸⁷» que ce pouvoir est exercé.

Le juge Krever ne précise pas les motifs qui *justifieraient* une ordonnance visée au sous-alinéa 178.14(1)*a*(ii); d'autres affaires, comme la décision *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)*¹⁸⁸, limitent cependant les circonstances à la fraude et à des méfaits semblables de la part des autorités.

182. *R. v. Con and Fung*, (1984) 11 C.C.C. (3d) 396 (Cour de comté C.-B.).

183. *Id.*, p. 404.

184. *Code criminel*, par. 178.14(1).

185. *Re Stewart and The Queen*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 391 (Haute cour Ont.).

186. *Id.*, p. 401.

187. *Id.*, p. 402.

188. *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 212 (C.S. Alb.), p. 219.

L'article 178.14 constitue aussi un obstacle pour la personne qui a fait l'objet d'une interception et qui en a été avisée, en vertu de l'article 178.23, mais qui n'a pas été poursuivie. Cette personne est pratiquement privée de toute possibilité de contester la légalité de l'interception autorisée, en raison des dispositions en matière de secret¹⁸⁹.

Les motifs permettant l'ouverture du paquet s'apparentent aux motifs justifiant la révision de l'autorisation dans les affaires entendues avant l'arrêt *Wilson*. Comme le juge Zuber l'a indiqué dans l'affaire *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)*¹⁹⁰, de tels motifs [TRADUCTION] «comprendraient des cas où l'autorisation était manifestement irrégulière, ou entachée d'un vice du fait de son obtention frauduleuse¹⁹¹».

Une autorisation ne peut être cassée que s'il y a fraude ou non-divulgence volontaire. Pour être en mesure de prouver la fraude ou la non-divulgence, la défense doit avoir accès au paquet scellé, mais il lui faut au préalable montrer qu'il y a eu fraude ou non-divulgence. C'est un cercle que certains avocats ont tenté de briser en contre-interrogeant l'agent de police qui a rédigé l'affidavit. Les tribunaux n'ont pas tardé à déceler l'illogisme de cette tactique. Ainsi, dans l'affaire *R. v. Haslam*¹⁹², le tribunal a jugé que l'agent ne pouvait être contre-interrogé à l'égard du contenu de l'affidavit en l'absence d'une ordonnance prévue à l'article 178.14. Outre la question de la révision, à laquelle nous reviendrons, les dispositions en matière de secret soulèvent d'autres problèmes :

- a) les données pratiques sont limitées en ce qui a trait à l'étendue des clauses générales;
- b) il n'y a pratiquement aucune donnée sur l'existence, dans les faits, des exigences préalables prévues par la loi — par exemple, que d'autres méthodes d'enquête ont été utilisées et ont échoué;
- c) il n'y a pratiquement aucune donnée sur le recours, dans les faits, à des clauses générales pour les interceptions;
- d) il n'y a pratiquement aucune donnée sur le monitoring des dispositifs;
- e) il n'existe pratiquement aucun moyen de déterminer la gravité de l'affaire qui a donné lieu aux interceptions.

Il s'agit fondamentalement de problèmes de transparence et de responsabilité, et la position de la Commission de réforme du droit est de favoriser dans la mesure du possible la transparence et la révision des actes accomplis par les forces de l'ordre. Dans l'arrêt *MacIntyre*¹⁹³, le juge Dickson s'est clairement prononcé en faveur de la «transparence» des actes judiciaires en matière de mandat de perquisition; le même argument peut également s'appliquer aux autres champs des pouvoirs de la police.

189. *Re Zaduk and The Queen*, (1979) 46 C.C.C. (2d) 327 (C.A. Ont.). Ce problème est étudié plus loin, sous la rubrique «VI. B. L'avis en vertu de l'article 178.23».

190. *Supra*, note 31.

191. *Id.*, p. 371-372.

192. *R. v. Haslam*, (1977) 36 C.C.C. (2d) 250 (C. Dist. T.-N.).

193. *Supra*, note 96.

Le juge Dickson déclare que la préoccupation de responsabilité n'est pas entamée par le fait que les mandats de perquisition peuvent être délivrés par un juge de paix à huis clos; au contraire, ce fait «donne du poids à la thèse en faveur de la politique d'accessibilité». Il précise ce qui suit : «ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent ou à réduire l'efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime». Il conclut par la suite que «restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance. C'est notamment le cas de la protection de l'innocent¹⁹⁴».

Il s'agit de savoir si en matière de surveillance électronique, le secret est nécessaire pour «protéger des valeurs sociales qui ont préséance». Les représentants de la police et de l'État ont identifié deux valeurs : la protection des informateurs et la protection des techniques d'investigation de la police. On nous a également fait valoir que le système actuel de secret encourage les responsables à faire preuve d'une plus grande franchise dans la production des documents devant le juge appelé à donner l'autorisation et que dans l'éventualité d'un régime plus ouvert, les policiers et les agents seraient vraisemblablement moins enclins à présenter la totalité des éléments devant le juge appelé à trancher. Cette question est importante lorsque la *seule* méthode pour assurer la responsabilité se limite à l'approbation judiciaire préalable. Elle est moins importante lorsqu'il existe des procédures de révision postérieure à l'interception. Sans chercher à minimiser l'importance de cette préoccupation, il faut toutefois reconnaître qu'elle peut être quelque peu exagérée, comme en fait foi l'expérience de la commission McDonald¹⁹⁵.

Quelles sont donc les valeurs de la société qui militent en faveur de l'interprétation adverse?

1. *La modération* : la proportion très élevée des autorisations accordées, en comparaison de la situation qui prévaut aux États-Unis, donne à penser que l'on demande des autorisations dans des circonstances où les infractions visées par les enquêtes ne sont pas graves et où d'autres méthodes d'enquête seraient plus appropriées — on observe donc une généralisation injustifiée d'un moyen très attentatoire.
2. *La responsabilité* : une fois l'autorisation accordée, il n'y a essentiellement aucune vérification de la véracité des documents déposés lors de la demande.
3. *La révision* : l'accusé n'a pratiquement aucune possibilité de mettre en cause la légalité de la demande.
4. Les personnes visées mais non accusées ne peuvent mettre en cause la légalité de la demande et de l'interception devant les tribunaux civils.

194. *Id.*, p. 183-187 (R.C.S.), p. 144-147 (C.C.C.).

195. *Supra*, note 125, vol. 2, p. 1080-1081.

D. Conclusion

Comme nous l'avons indiqué plus haut, les problèmes de la révision et du secret sont liés de très près, et toute solution aux questions de révision est fonction du degré d'accessibilité des documents. On nous a par conséquent proposé d'adopter une procédure en vertu de laquelle l'accusé aurait plein accès aux documents produits lors de la demande, comme cela se fait aux États-Unis. Nous avons interrogé nos experts-conseils sur la viabilité de cette procédure, et de façon quasi unanime, sous réserve d'une méthode assurant la protection de l'identité des informateurs et des personnes qui viennent en aide à la police, on estime qu'il n'existe aucune raison de ne pas donner accès plein et entier à la défense. Les personnes consultées ont affirmé clairement ne voir aucun problème grave en termes de divulgation des techniques d'investigation de la police. Elles ne prévoient aucun effet négatif important sur la qualité des documents qui doivent être produits lors de la demande. En dépit de la crainte que le nom des suspects qui ne sont pas accusés puisse être divulgué, on juge que les problèmes sont amplement compensés par les gains en matière de responsabilité et même d'efficacité judiciaire. Nous avons déjà souligné qu'en vertu du régime actuel, l'identité des personnes nommées dans une autorisation est divulguée lors du procès même si certaines de ces personnes n'ont pas fait l'objet d'une accusation. Un autre problème soulevé est celui du risque que la divulgation nuise à d'autres enquêtes connexes en cours. Il existe cependant un consensus sur le fait que cela constituerait très rarement un problème et que si le cas se posait, le ministère public aurait alors tout simplement à prendre une décision sur l'opportunité et le moment d'intenter des poursuites. Il s'agit là d'un problème qui n'est pas particulier à la surveillance électronique, et à l'égard duquel il n'y a par conséquent pas lieu d'instituer une règle spéciale. Le problème des informateurs de la police est différent. Ceux-ci ont toujours bénéficié d'un statut particulier et d'une protection spéciale qui ont été confirmés de façon très explicite et presque absolue par la Cour suprême du Canada¹⁹⁶. Il existe une possibilité réelle de danger pour l'informateur en cas de divulgation de son identité. La solution adoptée aux États-Unis consiste à rédiger les documents produits avec la demande de façon à cacher l'identité de l'informateur. Nous proposons une méthode plus directe permettant de demander à un juge, par requête *ex parte*, de sceller ou de rayer des parties de la déclaration assermentée.

Enfin, on nous a fait part d'inquiétudes au sujet de la divulgation de l'identité de personnes qui, sans être de vrais informateurs, consentent à aider la police en échange d'une promesse d'anonymat. Tel est le cas d'un propriétaire qui permettrait à la police d'utiliser sa maison comme point de surveillance. On a fait valoir qu'en certains cas il peut s'avérer nécessaire de révéler l'identité de cette personne dans l'affidavit afin d'obtenir l'autorisation, mais qu'il n'existe aucun intérêt réel à la divulguer publiquement. Puisque ces cas s'apparentent globalement aux cas des informateurs de la police, nous pensons qu'ils peuvent être compris dans la procédure consistant à sceller une

196. Voir, par exemple, *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 7 C.C.C. (3d) 385, 2 D.L.R. (4th) 193 et *Le solliciteur général du Canada c. La Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494, 62 C.C.C. (2d) 193.

partie des documents. Il s'agit alors de déterminer quand et comment la révision de l'autorisation doit avoir lieu, et quelles sont les conséquences de cette révision. La demande fondée sur l'arrêt *Wilson*¹⁹⁷ semble être absolument insatisfaisante. Elle peut entraîner d'importants délais et retards et nuire au bon déroulement du processus judiciaire. Puisque la question de la révision de l'autorisation est liée à la recevabilité de la preuve, elle devrait être tranchée lors du procès ou de l'enquête préliminaire, selon le cas. De façon générale, il existe deux catégories de motifs de révision du processus de demande : l'erreur et la fraude.

Par «erreur», nous entendons l'erreur que commet le juge en accordant une autorisation alors qu'à première vue, la demande ne contient pas suffisamment de motifs sur lesquels rendre une ordonnance. Par «fraude», nous visons le cas où, même si la demande et l'affidavit sont valides à première vue, on peut prouver que les faits ne correspondent pas à l'affidavit ou qu'il y a eu omission volontaire de faits pertinents. Théoriquement, l'un ou l'autre de ces motifs pourrait nous permettre de décider qu'il y a eu, dans la procédure de demande, un défaut qui appelle une sanction. Il faut cependant nous demander si l'irrecevabilité de la preuve est la sanction appropriée dans les deux cas. Pour les raisons que nous présenterons plus loin, sous la rubrique «Les recours», nous jugeons que seule la catégorie de la fraude constitue une base suffisante pour l'exclusion de la preuve. Il s'ensuit donc que la révision du processus de demande doit se limiter à ces motifs. Il se peut que la personne visée dispose d'autres recours au civil ou que l'on doive en établir d'autres dans les cas où une autorisation est accordée par erreur pour un motif insuffisant. Cette question mise à part, nous aimerions qu'un groupe d'experts puisse réviser les autorisations après un certain nombre d'années afin de vérifier l'observation des dispositions des articles 178.12 et 178.13. Avec des dispositions de divulgation plus libérales, une telle révision serait désormais possible.

Si l'on accepte le principe de l'irrecevabilité de la preuve en cas de défaut de fond dans la demande, selon la définition qui sera donnée plus loin (c'est-à-dire lorsqu'il y a fraude), alors ces points deviennent uniquement une question de procédure.

(1) Premier point : À quel moment la question est-elle étudiée?

Une des critiques les plus fréquentes de la législation relative à l'écoute électronique porte sur la longueur des procédures de voir-dire nécessaires pour trancher les questions de recevabilité. Aussi importe-t-il, dans la mesure du possible, de ne pas ajouter considérablement à la longueur et à la multiplicité des procédures. D'autre part, nous pensons qu'il arrivera rarement qu'il faille tenir une audience sur la preuve pour trancher ces questions en raison de la définition du vice de fond de la demande. Une décision lors de l'enquête préliminaire peut sembler une perte de temps. La décision ne lie pas les parties dans les procédures subséquentes¹⁹⁸. Par contre, l'accusé a le droit d'assurer

197. *Supra*, note 167.

198. *R. c. Duhamel*, [1984] 2 R.C.S. 555, 57 N.R. 162.

sa pleine défense à l'étape de l'enquête préliminaire et, par tradition, ce sont les mêmes règles de preuve qu'au procès qui s'appliquent alors¹⁹⁹. Un accusé pourrait avec raison prétendre qu'il ne devrait pas être forcé d'assumer les dépenses et les inconvénients d'un procès si la seule preuve qui est retenue contre lui est irrecevable. Il s'agit là d'arguments très logiques, et il faut faire un choix politique. Comme nous sommes d'avis que l'audition nécessaire ne devrait pas prolonger indûment les procédures, nous avons choisi de permettre la contestation de la procédure de demande à l'étape de l'enquête préliminaire tout comme à celle du procès.

(2) Deuxième point : Comment la question est-elle résolue?

En vertu du projet de modification de l'article 178.14, l'accusé aura accès à presque tous les documents présentés au moment de la demande. Il pourra alors étudier les documents avec ses conseillers juridiques et, après avoir effectué les recherches qu'il jugera appropriées, il sera en mesure d'estimer s'il existe un fondement pour contester le document sur la base d'une fraude ou d'une conduite insouciance de la part des autorités (le critère de l'irrecevabilité établi à la recommandation 63). À notre avis, il incombe à l'accusé de soulever au moins la question d'un vice de fond avant d'avoir le droit de demander une audition sur la preuve au cours de laquelle les agents de police pourraient être appelés à témoigner. Nous pensons que le fondement d'une audition portant sur la preuve pourrait être présenté dans un document fait sous serment qui ne serait cependant pas recevable contre l'accusé au moment du procès lui-même²⁰⁰. Le juge pourrait être tenu de déterminer s'il existe une base suffisante pour décréter une audition portant sur la preuve. Il va sans dire que si le document de l'affidavit ne révèle que des inexactitudes de peu d'importance, qui ne peuvent aucunement mettre en cause l'intégrité de la procédure de demande, il n'existe alors aucun fondement pour décréter une audition plus approfondie.

Cependant, lorsque les documents soulèvent réellement une question quant à la possibilité d'un vice de fond dans la demande, alors le juge doit décréter une audition complète. En raison de la nature des motifs de recevabilité, nous croyons qu'il incombe au ministère public de démontrer l'intégrité du processus de la demande. Il aura plein accès aux documents et au personnel en cause, et il est en meilleure position pour présenter la preuve permettant de trancher adéquatement ces questions²⁰¹.

199. *R. v. Pickett*, (1975) 28 C.C.C. (2d) 297 (C.A. Ont.); *Re Stillo and The Queen*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 243 (C.A. Ont.).

200. Une règle comparable semble s'appliquer à l'égard du témoignage de l'accusé au cours d'un voir-dire. Voir *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926, (1978) 44 C.C.C. (2d) 76.

201. La procédure suggérée est semblable à la procédure comparable en vigueur aux États-Unis; voir J.G. Carr, *op. cit. supra*, note 67, p. 349-350; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *United States v. Licavoli*, 604 F.2d 613 (1979) (9th Cir.).

RECOMMANDATIONS

48. L'article 178.14 du *Code criminel* devrait être modifié pour inclure ce qui suit :

- a) en plus des exceptions prévues à l'alinéa (1)a), donner accès aux documents du paquet scellé afin de permettre d'examiner une demande d'autorisation relative à des enquêtes connexes;
- b) permettre au mandataire spécialement désigné de conserver une copie conforme de tous les documents relatifs à la demande faite en vertu de l'article 178.12 ou du paragraphe 178.13(3).

49. Lorsqu'il donne le préavis prévu au paragraphe 178.16(4), le ministère public inclut une copie de l'autorisation et des renouvellements en vertu desquels les interceptions ont eu lieu, et sous réserve d'une ordonnance de la Cour, une copie de tous les documents relatifs à une demande d'autorisation ou de renouvellement.

50. Avant de donner le préavis prévu au paragraphe 178.16(4), le mandataire spécialement désigné peut, dans une requête *ex parte* et hors cour, demander à un juge défini à l'article 482 du *Code criminel* d'émettre une ordonnance de non-divulgaration de certaines parties des documents pour le motif que leur divulgation risque d'entraîner la révélation de l'identité de l'informateur ou de celle de toute personne ayant collaboré à l'enquête; dans ce dernier cas, il faut montrer que la non-divulgaration de l'identité de ces personnes ne nuit pas à l'intérêt public. La demande doit être faite par écrit et être accompagnée de l'affidavit de l'agent de la paix.

51. La personne contre qui l'on cherche à faire admettre une preuve en vertu de l'alinéa 178.16(1)a) du *Code criminel* à la suite d'une interception effectuée en vertu d'une autorisation ou d'un renouvellement, peut demander lors de l'enquête préliminaire ou du procès, que la preuve ou la preuve dérivée soient exclues en raison d'un vice de fond dans la demande d'autorisation ou de renouvellement. La procédure suivante devrait s'appliquer :

- a) la demande devrait être faite par écrit et être accompagnée d'un affidavit (ou d'une preuve donnée de vive voix avec la permission du juge);
- b) le juge ne doit tenir une enquête sur la validité de la demande d'autorisation ou de renouvellement que si la demande et la preuve y afférente, de même que les documents divulgués en vertu de la recommandation 49, soulèvent réellement, à l'égard de la demande, la question d'un vice de fond, au sens de la recommandation 62, qui pourrait entraîner l'exclusion de la preuve;
- c) lorsque le juge ordonne une enquête, il incombe au ministère public de prouver au tribunal que la demande n'est entachée d'aucun vice de fond au sens de la recommandation 62;
- d) l'affidavit et le témoignage de l'accusé ne peuvent être invoqués par le ministère public à l'étape de l'enquête préliminaire ou du procès.

IV. L'autorisation en cas d'urgence : l'article 178.15

À l'égard de la procédure d'autorisation en cas d'urgence, on a porté à notre attention le problème de la victime d'enlèvement. Certains organismes chargés de l'application de la loi désirent apparemment être en mesure de procéder à une surveillance électronique dès qu'ils parviennent à localiser la victime, sans être tenus d'invoquer la procédure d'urgence prévue à l'article 178.15. Certains suggèrent de légaliser de telles interceptions en présumant que la victime de l'infraction a donné son consentement à toute interception. En gros, nous ne voyons pas comment cela améliorerait la situation, puisqu'il est fort peu probable que la victime participe à bon nombre de conversations. L'interception de communications destinées à la personne qui fait l'objet de chantage ou d'extorsion serait déjà légale si elle était faite avec le consentement de cette personne. Dans la seule décision publiée qui étudie cette question, soit *R. v. Gamble and Nichols*²⁰², il semble que la police a eu le temps d'obtenir cette autorisation (qui a cependant été jugée inadéquate)²⁰³. À notre avis, il suffirait d'une légère modification de l'article 178.15 pour donner une longueur d'avance à la police dans ces situations dangereuses.

Une autre lacune de l'article 178.15 est l'absence d'un relevé des procédures. Même si le paragraphe 178.15(2) exige que l'autorisation soit donnée par écrit, aucune disposition ne prévoit que la demande doit être faite par écrit. Par conséquent, il est pratiquement impossible de réviser la demande par la suite. À notre avis, surtout à la lumière de nos recommandations en matière de divulgation, il est souhaitable qu'il existe un registre des demandes; à cette fin, il nous semble que la procédure proposée pour le télémandat à l'article 70 du projet de loi C-18, qui ajouterait l'article 443.1 au *Code criminel*, serait le mécanisme le plus simple et le plus efficace pour consigner les faits sur lesquels le juge s'est fondé pour accorder l'autorisation. Les faits qui devraient être consignés seraient les raisons justifiant la procédure d'urgence, les motifs pour demander l'autorisation d'intercepter, de même que le nom des personnes visées et les lieux de l'interception. Il s'agit là, selon nous, de l'ensemble minimal des éléments qui doivent être consignés.

RECOMMANDATIONS

52. L'article 178.15 devrait être modifié par l'adjonction du paragraphe (6) suivant :

La recevabilité de la preuve obtenue à la suite d'une ordonnance délivrée en vertu du présent article n'est pas entachée par le fait que le dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre a été installé avant l'obtention de l'ordonnance, lorsque l'ordonnance rendue en vertu du présent article a

202. *R. v. Gamble and Nichols*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 415 (D.A., C.S. Alb.).

203. *Id.*, p. 423-424.

été obtenue à l'égard d'une infraction visée par le paragraphe 247(1) (enlèvement) et qu'aucune communication privée n'a été obtenue au moyen de ce dispositif avant l'obtention de l'ordonnance.

53. Une demande d'autorisation en cas d'urgence en vertu de l'article 178.15 devrait obligatoirement être faite par écrit, par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication, et il devrait y avoir consignation des faits, notamment : une déclaration des motifs pour lesquels l'autorisation ne pouvait, avec une diligence raisonnable, être obtenue en vertu de l'article 178.13; les faits justifiant l'obtention d'une autorisation, de même que les faits particuliers de l'infraction; le nom des personnes dont on cherche à intercepter les communications privées ainsi que les lieux de l'interception.

V. Les recours

A. La recevabilité de la preuve relative à d'autres infractions

La nature de la surveillance électronique est telle qu'il est possible que la preuve d'autres infractions que celles qui sont énoncées dans l'autorisation puisse être obtenue par interception. C'est tout particulièrement le cas dans un système qui n'exige pas que l'on réduise au minimum les sujets de conversation pouvant faire l'objet de l'écoute électronique. Cet état de fait soulève les questions suivantes :

1. La loi devrait-elle faire une distinction entre la preuve inattendue et la preuve qui pouvait être prévue?
2. Dans l'un et l'autre cas, avons-nous besoin d'un système pour l'obtention d'une autorisation relativement aux nouvelles ou aux autres infractions?
3. Comment devons-nous traiter la recevabilité d'une telle preuve?
4. Comment devons-nous traiter la preuve d'infractions pour lesquelles aucune autorisation n'aurait pu être obtenue?

Il convient d'aborder en premier lieu la question de la preuve inattendue. On peut faire une analogie avec la fouille, la perquisition et la saisie, où l'on accepte généralement que la preuve est saisie légalement (sous l'angle constitutionnel) lorsqu'elle est trouvée au cours d'une perquisition légale visant d'autres preuves dans des circonstances où la découverte de nouvelles preuves n'était pas prévue. Il s'agit tout simplement d'une application de ce qu'on appelle la doctrine des choses en vue, dans la jurisprudence fondée sur le quatrième amendement des États-Unis²⁰⁴.

204. *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *Texas v. Brown*, 103 S.Ct. 1535 (1983); la doctrine est reconnue en common law : *Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones*, [1968] 2 Q.B. 299 (C.A.).

Lorsque la preuve est imprévue, aucun problème sérieux ne se pose. L'intimité de la vie privée n'est pas menacée gravement puisque l'intrusion dans la vie privée a déjà été autorisée, de façon légitime, pour d'autres raisons.

L'intégrité du mécanisme prévu par la loi n'est pas non plus mise en danger lorsqu'on permet aux autorités d'utiliser cette preuve. Au contraire, le refus d'utiliser une telle preuve pourrait entraîner de sérieuses conséquences sur la perception de la légitimité du mécanisme, comme l'indique l'affaire *United States v. Cox*²⁰⁵.

Les questions de politique surgissent lorsque la preuve d'autres infractions est prévue. En pareil cas, la protection de la vie privée est en cause et l'intégrité du mécanisme prévu par la loi est menacée. Le fondement sous-jacent à la législation sur l'écoute électronique est l'acceptation à regret du fait qu'en certaines circonstances clairement définies, des atteintes graves à la vie privée peuvent être admises. Au fond, le mécanisme prévoit que de telles atteintes sérieuses ne sont permises que pour l'enquête relative à certaines infractions. Théoriquement, les infractions à l'égard desquelles il est permis de pratiquer l'écoute électronique ont été retenues à la suite d'un grand effort d'équilibrage des intérêts en jeu. Le fondement de tout le mécanisme est mis en danger si une autorisation est obtenue à l'égard d'une infraction de façon à couvrir d'autres infractions qui peuvent ou non faire l'objet d'une demande d'autorisation (interceptions subreptices).

Le premier contrôle dans ce domaine doit se faire soit par la surveillance judiciaire, au moment de la procédure de demande, soit par l'examen de la recevabilité de la preuve. Malheureusement, rien ne laisse croire que le contrôle nécessaire puisse être exercé à l'étape de la demande d'autorisation. Par conséquent, nous croyons que la procédure de demande devrait être établie de façon que le contrôle puisse être exercé à l'étape de la recevabilité de la preuve. À notre avis, la seule façon efficace de prévenir les interceptions subreptices consiste à exiger la preuve de la bonne foi au moyen d'un voir-dire durant le procès chaque fois qu'une partie cherche à introduire la preuve d'infractions qui ne sont pas décrites dans l'autorisation. Ce fardeau supplémentaire qui incombe au ministère public encouragera la divulgation complète à l'étape de la demande, puisqu'il constituera alors une incitation à obtenir une autorisation décrivant toutes les infractions pour lesquelles une autorisation pourrait être obtenue. Cela découragera également les tentatives d'obtenir des autorisations comme moyen détourné d'acquiescer la preuve d'autres infractions pour lesquelles des autorisations ne peuvent être demandées. À notre avis, la bonne foi dans ce contexte comprendrait notamment les conditions suivantes :

- a) Au moment de la demande d'autorisation ou de renouvellement, il était raisonnablement impossible de prévoir l'obtention de preuves relatives à des infractions non désignées dans la demande.
- b) Si l'on prévoyait obtenir des éléments de preuve relatifs à d'autres infractions, celles-ci n'ont pas été désignées dans la demande parce qu'il ne s'agissait pas

205. *United States v. Cox*, 449 F.2d 679 (1971) (10th Cir.), p. 686-687.

d'infractions susceptibles de donner lieu à une autorisation *et* qu'elles ne formaient pas l'objet principal de l'enquête, mais n'étaient *qu'indirectement reliées* à l'enquête sur les infractions désignées dans l'autorisation.

c) Au moment de la demande ou du renouvellement, on a déclaré au juge à quelles autorités l'on entendait remettre les renseignements obtenus grâce à l'interception. (Cela pourrait fournir un indice important des vrais motifs et de la bonne foi des autorités. Ainsi, le fait de révéler au juge que l'on cherche à transmettre l'information aux autorités fiscales pourrait apporter un éclairage sur l'objectif réel de l'enquête²⁰⁶.)

d) Lorsque les éléments de preuve concernent une infraction à l'égard de laquelle il était possible d'obtenir une autorisation, et si l'on croyait possible d'obtenir des preuves de cette infraction, cette croyance a été divulguée dans les documents présentés à l'appui de la demande *et* l'infraction n'a pas été désignée dans l'autorisation pour les seules raisons suivantes : (i) les soupçons n'étaient pas suffisants pour satisfaire au critère prévu par la loi; (ii) l'enquête sur l'infraction ne constituait pas le but principal de l'enquête, mais n'en était *qu'un but secondaire*.

À notre avis, il s'agit de garanties raisonnables qui ne se démarquent pas de l'arrêt *R. c. Commisso* de la Cour suprême du Canada²⁰⁷. Bien que cette affaire ait porté principalement sur l'interprétation du paragraphe 178.16(3.1) du *Code criminel*, tous les juges ont traité de la question de la bonne foi. Dans son opinion dissidente, le juge Dickson affirme qu'une autorisation serait obtenue de mauvaise foi «si la police, bien qu'enquêtant aussi bien sur l'infraction qui est spécifiée que sur celle qui ne l'est pas, s'intéressait principalement à l'infraction non spécifiée à l'égard de laquelle elle ne pourrait obtenir une autorisation²⁰⁸».

À notre avis, la dérogation aux normes de la bonne foi établies par la loi peut être considérée comme un motif d'exclusion de la preuve. L'absence de bonne foi constitue au fond la preuve d'une tentative visant à contourner le mécanisme prévu par la loi et les mesures destinées à protéger la vie privée. Recevoir la preuve dans de pareilles circonstances pourrait être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

RECOMMANDATIONS

54. Lorsque le ministère public entend présenter, à l'enquête préliminaire ou au procès portant sur des infractions non désignées dans une autorisation, des preuves primaires obtenues grâce à celle-ci, le juge qui préside l'instance devrait avoir l'obligation de tenir un voir-dire afin de déterminer si l'interception des preuves touchant ces infractions a été effectuée de bonne foi.

206. Voir la décision du juge Anderson dans *R. v. Chambers*, *supra*, note 107.

207. *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121, 7 C.C.C. (3d) 1.

208. *Id.*, p. 142 (R.C.S.), p. 11 (C.C.C.).

55. Pour l'application de la recommandation 54, l'expression «bonne foi» a la signification suivante :

- a) au moment de la demande d'autorisation ou de renouvellement, il était raisonnablement impossible de prévoir l'obtention de preuves relatives à des infractions non désignées dans la demande;
- b) si l'on prévoyait obtenir des éléments de preuve relatifs à d'autres infractions, celles-ci n'ont pas été désignées dans la demande parce qu'il ne s'agissait pas d'infractions susceptibles de donner lieu à une autorisation *et* qu'elles ne formaient pas l'objet principal de l'enquête, mais n'étaient *qu'indirectement reliées* à l'enquête sur les infractions désignées dans l'autorisation;
- c) au moment de la demande ou du renouvellement, on a déclaré au juge à quelles autorités l'on entendait remettre les renseignements obtenus grâce à l'interception;
- d) lorsque les éléments de preuve concernent une infraction à l'égard de laquelle il était possible d'obtenir une autorisation, et si l'on croyait possible d'obtenir des preuves de cette infraction, cette croyance a été divulguée dans les documents présentés à l'appui de la demande *et* l'infraction n'a pas été désignée dans l'autorisation pour les seules raisons suivantes :

- (i) les soupçons n'étaient pas suffisants pour satisfaire au critère prévu par la loi;
- (ii) l'enquête sur l'infraction en question ne constituait pas le but principal de l'enquête, mais n'en était *qu'un but secondaire*.

56. S'il n'est pas convaincu que l'interception relative aux autres infractions a été effectuée de bonne foi, le juge devrait être tenu d'écarter les preuves primaires et être autorisé à écarter les preuves dont le caractère dérivé est démontré, dès lors qu'il est persuadé que leur réception en preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

B. Le recours en cas de dérogation au régime législatif

(1) Introduction

Dans le cadre de ses recherches sur les pouvoirs de la police, la Commission de réforme du droit cherche à déterminer les sanctions appropriées en cas de dérogation par les agents de l'État aux règles prévues par la loi. L'adoption du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a mis l'accent sur l'exclusion de la preuve comme mécanisme approprié d'application de la loi. La Commission a néanmoins jugé bon d'étudier des variantes de la règle établie au paragraphe 24(2) comme critère de

l'exclusion de la preuve; des règles ont été proposées dans les rapports intitulés *L'interrogatoire des suspects*²⁰⁹ et *Les méthodes d'investigation scientifiques*²¹⁰. Il ressort de la discussion qui va suivre que le critère de l'exclusion de la preuve en matière de surveillance électronique est différent, puisqu'il est à la fois plus strict à certains égards, et plus libéral à d'autres égards, en particulier en ce qui a trait au défaut dans la procédure de la demande. Il se peut qu'à une date ultérieure, on tente d'établir une règle uniforme, mais à l'heure actuelle, nous jugeons que la règle d'exclusion spécifique en matière de surveillance électronique peut se justifier.

Il faut tout d'abord reconnaître que, contrairement à d'autres aspects de l'étude des pouvoirs de la police, il existait déjà au moment où nous avons entrepris l'analyse de la question de la surveillance électronique, une règle d'exclusion stricte à l'égard de la preuve primaire (la communication elle-même), et une règle d'exclusion moins stricte à l'égard de la preuve qui en découle, semblable à la règle prévue au paragraphe 24(2) de la Charte. Il faut également se rappeler qu'il s'agit peut-être du dispositif d'enquête le plus attentatoire que le Parlement ait jamais autorisé. Lorsque ce projet a été adopté, l'on a reconnu que la Partie IV.1 donnait à la police des pouvoirs d'enquête étendus, tout en imposant aux organismes chargés de l'application de la loi l'obligation de respecter intégralement le mécanisme prévu. En conséquence, la police et le ministère public ont formé des spécialistes pour préparer les demandes et mettre les autorisations en application, et l'on peut raisonnablement s'attendre à un niveau élevé de respect de la loi. La critique la plus fréquente de la règle d'exclusion est qu'elle nuit à «l'agent dans le feu de l'action» qui doit agir rapidement dans des situations d'urgence et qui n'a pas toujours la formation juridique nécessaire; cette critique ne s'applique tout simplement pas dans ce contexte.

Enfin, le principe même du mécanisme prévoyant la légalisation des tables d'écoute exige que l'on fasse appel au processus judiciaire et permet au tribunal de tenir un rôle de surveillance important grâce au seul moyen efficace disponible, à savoir le contrôle du processus judiciaire et de la recevabilité de la preuve. Dans ce contexte, même la règle de l'exclusion absolue n'est pas très différente du critère modifié — «leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice» — que la Commission propose dans d'autres rapports, puisqu'il est manifeste que le défaut de respecter l'ordonnance d'un tribunal dénote un certain manque de respect à l'égard de l'administration de la justice.

(2) La question de l'exclusion en général

La présente partie traite de la recevabilité de la preuve. Certaines règles spéciales ont déjà été abordées en raison des principes importants et spécifiques en jeu dans ces

209. Commission de réforme du droit du Canada, *L'interrogatoire des suspects* [Rapport 23], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

210. Commission de réforme du droit du Canada, *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* [Rapport 21], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983.

domaines, notamment en matière d'interceptions à l'étranger (recommandations 11 à 13) et d'interceptions relatives à d'autres infractions (recommandations 55 et 56).

Dans la présente partie, nous examinons plus précisément le problème de l'exclusion de la preuve comme premier moyen d'application du mécanisme prévu par la loi. Même si nous traitons brièvement de la règle de l'exclusion en général, telle qu'elle est formulée à l'article 178.16 du *Code criminel*, le vrai problème se situe au niveau de l'effet d'une procédure de révision. Pour situer le débat, nous avons établi deux versions de la définition d'un vice de fond dans la demande. Il faut se rappeler que nous recommandons l'exclusion de la preuve comme sanction d'un vice de fond dans la demande. Les deux formulations expriment les paramètres de la règle de l'exclusion dans le contexte de la révision. Ces deux formulations, que nous pouvons décrire comme «A» : la règle de l'exclusion absolue, et «B» : la règle de l'exception fondée sur la bonne foi, sont les suivantes :

Formule «A» : l'exclusion absolue

Un vice de fond dans la demande signifie :

- a) qu'aucune des conditions préalables énoncées à l'alinéa 178.13(1)b) n'existait; ou
- b) que l'on n'avait aucun motif raisonnable et probable de croire qu'une personne désignée dans l'autorisation était en train de commettre l'infraction visée; ou
- c) qu'il existe d'autres raisons permettant raisonnablement de conclure que si la véritable situation avait été connue, l'autorisation n'aurait pas été accordée, ou qu'elle l'aurait été sous une forme substantiellement différente.

Formule «B» : l'exception fondée sur la bonne foi

La demande devrait être considérée comme entachée d'un vice de fond si, en raison d'énoncés dans la demande ou l'affidavit qui, à la connaissance des enquêteurs, étaient faux, d'énoncés qui ont été faits sans que l'on se soucie de leur véracité ou de leur fausseté, ou d'omissions délibérées ou faites par insouciance, il est établi

- a) qu'aucune des conditions préalables énoncées à l'alinéa 178.13(1)b) n'existait; ou
- b) que l'on n'avait aucun motif raisonnable et probable de croire qu'une personne désignée dans l'autorisation était en train de commettre l'infraction visée; ou
- c) qu'il existe d'autres raisons permettant raisonnablement de conclure que si la véritable situation avait été connue, l'autorisation n'aurait pas été accordée, ou qu'elle l'aurait été sous une forme substantiellement différente.

Pour préciser davantage les points en question, nous étudions la décision récente de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Leon*²¹¹, où la Cour a reconnu pour la première fois une exception, fondée sur la bonne foi, à la règle d'exclusion découlant du quatrième amendement, dans des circonstances qui sont d'une grande pertinence pour la présente étude, à savoir l'exécution de bonne foi d'un mandat judiciaire. Nous étudierons ensuite la justification de la règle d'exclusion et donnerons nos recommandations en ce domaine. Il faut dire qu'il s'agit de questions de principe difficiles, et que nous sommes en faveur d'un recours qui concilie les intérêts contraires. La décision dans l'affaire *Leon* représente un effort important de conciliation dans le contexte américain. Le paragraphe 24(2) de la Charte constitue également une recherche d'équilibre dans le contexte d'une violation des garanties constitutionnelles. Nous ne recommandons en fin de compte que très peu de modifications à la règle d'exclusion qui est actuellement prévue à la Partie IV.1; la plupart de nos recommandations visent à clarifier la procédure et les règles.

À l'heure actuelle, en vertu de la Partie IV.1 du *Code criminel*, la règle d'exclusion s'applique à divers égards :

- a) lorsque le préavis prévu au paragraphe 178.16(4) n'a pas été donné de façon adéquate;
- b) lorsqu'il n'y a ni autorisation ni consentement, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une interception illégale;
- c) lorsqu'il y a une autorisation, mais que l'interception n'est pas effectuée en conformité avec celle-ci, par exemple à l'égard des communications d'une personne dont le nom ne figure pas dans l'autorisation;
- d) lorsqu'une autorisation est révisée et révoquée.

Tous ces éléments s'appliquent uniquement à la preuve primaire, c'est-à-dire à la communication elle-même; un critère différent s'applique à la preuve dérivée.

Nos recommandations modifieraient la situation visée à l'alinéa a) (préavis), mais nous ne proposons aucune modification aux situations visées aux alinéas b) (interception illégale sans consentement) et c) (non-respect de l'autorisation). Puisque nous proposons une modification des sanctions à l'égard du préavis, nous en discuterons plus loin. Cependant, nous devons d'abord étudier brièvement la question du respect de l'autorisation. Avant l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lyons c. La Reine*²¹², on n'était pas certain de la portée exacte de la condition de recevabilité prévue à l'alinéa 178.16(1)a), qui exige que l'interception soit «faite légalement». Le jugement de la majorité dans l'affaire *Lyons* règle le problème d'une façon entièrement satisfaisante, qui respecte à la fois les principes de l'inviolabilité de la vie privée et les exigences de l'application efficace de la loi.

211. *United States v. Leon*, 104 S.Ct. 3405 (1984).

212. *Supra*, note 123.

Dans l'arrêt *Lyons*, le juge Estey déclare au nom de la majorité que le processus d'interception est une entreprise unique réalisée en vertu d'une autorisation et qu'il ne peut se diviser en étapes comportant des conséquences juridiques et en étapes n'en comportant pas. Ainsi, un acte illicite accompli dans l'installation du dispositif pourrait entacher la légalité de l'interception. La Cour d'appel de l'Ontario a tiré une conclusion semblable dans deux affaires récentes : *R. v. Papalia*²¹³ et *R. v. McCafferty*²¹⁴. On a également conclu cependant que l'expression «faite légalement» de l'alinéa 178.16(1)a) ne signifie pas en conformité avec toutes les lois, mais plutôt avec la Partie IV.1. Par conséquent, l'entrée clandestine en vue d'installer le dispositif après l'obtention de l'autorisation serait légale. Cependant, si elle a eu lieu avant que l'autorisation soit accordée, peut-être sous le couvert d'un mandat de perquisition (comme dans l'affaire *McCafferty*), alors l'interception n'aurait pas été exécutée aux termes d'une autorisation, et par conséquent elle n'aurait pas été faite légalement, même si aucun enregistrement n'avait été effectué avant l'obtention de l'autorisation.

C. Le préavis en vertu du paragraphe 178.16(4)

Les dispositions actuelles de la Partie IV.1, en particulier le paragraphe 178.16(4), exigent du ministère public qu'il donne à l'accusé un préavis raisonnable de son intention de produire la communication privée. Le préavis doit être donné dans un délai raisonnable et contenir une indication de l'heure, de la date et du lieu de la communication privée. De même, une transcription de la communication doit être fournie si l'enregistrement magnétique est joué; autrement, une déclaration donnant tous les détails de la communication privée est exigée. À défaut de ces documents, la preuve est irrecevable. Dans sa formulation, la disposition prévoyant le préavis s'applique à une communication privée interceptée légalement, ce qui semble renvoyer uniquement à la condition énoncée à l'alinéa 178.16(1)a), c'est-à-dire la preuve d'une communication privée qui est recevable lorsque l'interception a été faite légalement, et non à la condition prévue à l'alinéa 178.16(1)b) qui permet la réception d'une preuve, peu importe les moyens utilisés pour l'obtenir, pourvu qu'il y ait eu consentement d'une des parties à la communication, et pas nécessairement celui de l'accusé. Les exigences en matière de préavis énoncées au paragraphe 178.16(4) servent beaucoup plus à mettre l'autre partie au courant qu'à protéger la vie privée. À notre avis, la fonction de divulgation s'applique peu importe que la preuve ait été produite en vertu de l'alinéa 178.16(1)a) ou b). La jurisprudence veut cependant qu'aucun préavis ne soit exigé lorsque la preuve est produite avec le consentement d'une des parties²¹⁵. Selon nous, la distinction ne repose sur aucun argument valable. D'autre part, la loi prévoit que la sanction d'un défaut de préavis est l'exclusion de la preuve. Cela semble être une sanction draconienne dans des dispositions conçues essentiellement pour remplir une fonction de divulgation.

213. *R. v. Papalia*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.).

214. *Supra*, note 147.

215. Voir *R. v. Banas and Haverkamp*, (1982) 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.) et *R. v. McDonald and Tondu*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 336 (C.A. Alb.).

À notre avis, l'exclusion de la preuve devrait être réservée aux manquements graves aux dispositions, et le mécanisme de contrôle primaire dans ce domaine devrait viser le respect du processus. Si la dérogation aux dispositions en matière de préavis entraîne des délais déraisonnables, il existe des recours en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹⁶.

Bien sûr, comme nous l'avons proposé plus haut, on devrait donner plus d'extension aux exigences en matière de préavis afin d'exiger du ministère public qu'il produise une copie de l'autorisation ou du renouvellement, de même que des documents visés à l'article 178.14 qui ne sont pas touchés par une ordonnance de non-divulgaration d'un tribunal. Il faut cependant appliquer le même raisonnement, puisque le défaut de respecter les conditions n'entraînerait pas l'exclusion de la preuve, mais seulement des sanctions destinées à assurer le respect de la loi.

Par le passé, la question s'est posée de savoir si l'article 178.16 s'applique à des audiences relatives à la mise en liberté sous caution. Dans une décision récente, *R. v. Kevork*²¹⁷, le juge Ewaschuk est d'avis que la formulation de l'alinéa 457.3(1)e, qui permet au juge d'écarter les conditions préalables strictes en matière de recevabilité de la preuve, signifie que l'article 178.16 ne s'applique pas aux audiences en matière de mise en liberté provisoire. Qu'il s'agisse ou non de l'interprétation correcte des articles 457.3 et 178.16, nous sommes d'avis que la preuve d'une communication privée interceptée ou celle qui en découle devrait être admissible à de telles audiences, sans que l'on doive recourir à une enquête stricte sur la légalité de l'interception, pourvu que celle-ci ait apparemment été exécutée en vertu d'une autorisation ou avec le consentement d'une partie. À cet égard, nous soulignons la modification apportée au paragraphe 457.3(1) du *Code* aux termes du paragraphe 85(1) du projet de loi C-18 (adopté par la Chambre des communes le 24 avril 1985) qui ajoutera l'alinéa d.1) suivant :

le juge de paix peut admettre en preuve par écrit, de vive voix, ou sous forme d'enregistrement, une communication privée qui a été interceptée au sens de la partie IV.1; le paragraphe 178.16(4) ne s'applique pas au présent article; ...

Cependant, la formulation de ce nouveau texte pourrait être améliorée en établissant clairement qu'il doit s'appliquer à la fois à la communication elle-même et à la preuve qui en dérive.

D. Le vice de fond dans la demande

Le vrai problème qui se pose en matière de recevabilité de la preuve concerne la vérification de la demande d'autorisation.

216. En particulier le droit d'être jugé dans un délai raisonnable énoncé à l'alinéa 11b).

217. *R. v. Kevork*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 339 (Haute cour Ont.).

En bref, le dilemme est le suivant : comment peut-on justifier l'exclusion de la preuve lorsque celle-ci a été recueillie par la police dans l'exécution d'un mandat judiciaire? Si le mécanisme prévu par la loi vise à exiger le contrôle judiciaire avant l'interception, quelles sont les vraies raisons qui justifieraient d'exclure une preuve lorsqu'un juge a étudié le fond de la demande et, dans l'exercice d'une fonction judiciaire, a autorisé l'intrusion? Il existe, bien sûr, un cas où la protection accordée par le mécanisme prévu par la loi est annulée par la conduite de la police. Il s'agit de la situation décrite par la formule «B». Le juge appelé à donner une autorisation n'est pas vraiment en position d'évaluer adéquatement le bien-fondé de la demande et protéger ainsi le public d'une intrusion non nécessaire, si l'on ne lui a pas dit toute la vérité, intentionnellement ou par insouciance. En pareil cas, comme dans l'affaire *Gill*²¹⁸, la nécessité de l'exclusion de la preuve pour décourager pareille conduite ressort clairement.

Le cas est moins clair lorsque les autorités qui ont présenté une demande adéquate, se sont fiées à la décision du juge qui a accepté la demande, et ont agi de bonne foi sur la base de l'autorisation, voient finalement la preuve exclue parce qu'un autre juge détermine, par exemple, que les documents n'ont pas divulgué des motifs raisonnables et probables pouvant justifier une interception.

La distinction entre les deux situations a fait l'objet d'une étude par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Leon*²¹⁹. Le juge White, qui a rendu le jugement au nom de la majorité, a établi une exception, fondée sur la bonne foi, à la règle de l'exclusion absolue de la preuve obtenue en contravention des droits protégés par le quatrième amendement. La majorité des juges, qui ont reconnu l'inexistence d'une cause plausible justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition, ont néanmoins conclu que la preuve reçue en vertu de ce mandat était admissible. Le juge White est d'avis que la raison d'être de la règle de l'exclusion est de dissuader la police d'agir illégalement, et que cette raison n'était pas suffisamment forte dans le cas de l'exécution de bonne foi d'un mandat.

Le juge White reprend longuement la question du fondement de la règle de l'exclusion, et en particulier la notion de dissuasion, et conclut que [TRADUCTION] «si par conséquent, l'exclusion de la preuve obtenue en vertu d'un mandat jugé par la suite invalide doit avoir un effet de dissuasion, il faut qu'elle modifie le comportement de chacun des agents de la paix ou les politiques de leurs divisions»; il conclut en outre que [TRADUCTION] «la suppression de la preuve obtenue en vertu d'un mandat ne devrait être ordonnée qu'à la suite d'un examen de l'espèce, et seulement dans les cas où l'exclusion favoriserait les fins de la règle de l'exclusion²²⁰».

La protection accordée aux droits relatifs à la vie privée par la Partie IV.1 du *Code criminel* s'apparente à celle prévue par le quatrième amendement (et son équivalent canadien, l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*). La Cour suprême

218. *Supra*, note 116.

219. *Supra*, note 211.

220. *Id.*, p. 3419.

des États-Unis a déterminé que l'exclusion de la preuve ne constitue pas le moyen approprié pour protéger ces droits constitutionnels en certaines circonstances lorsqu'on tient compte des coûts (il s'agit essentiellement de l'acquiescement du coupable) et des bénéfiques (effet dissuasif à l'égard de toute violation future du quatrième amendement). Quels sont donc les arguments contre l'exception fondée sur la bonne foi?

Des motifs de dissidence très vigoureux ont été rédigés par le juge Brennan (auxquels a souscrit le juge Marshall). Le juge avait entrevu cette tournure à cause de la façon dont la Cour suprême avait tranché les questions relatives au quatrième amendement au cours des dix dernières années. De plus, les exceptions fondées sur la bonne foi ont suscité un débat doctrinal qui dure depuis au moins dix ans et qui devait être relancé récemment par la décision *United States v. Williams*²²¹, où la Cour d'appel des États-Unis du cinquième circuit siégeant en banc a établi une large exception fondée sur la bonne foi.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Brennan adopte une vision beaucoup plus large du fondement de la règle de l'exclusion. Il ne considère pas qu'elle repose principalement sur la théorie de la dissuasion²²².

Le juge Brennan rejette la théorie étroite de la dissuasion, la jugeant invérifiable. Il cite les paroles du juge Stewart dans l'affaire *Faretta v. California*²²³ : [TRADUCTION] «les libertés individuelles ne sont pas fondées sur la loi des moyennes²²⁴». D'autre part, il minimise les coûts de la règle de l'exclusion, en soulignant que la preuve non assujettie à la règle de l'exclusion en raison de la violation du quatrième amendement serait vraisemblablement suffisante pour entraîner une condamnation²²⁵. Le juge Brennan reprend cependant une théorie institutionnelle de la dissuasion, suivant laquelle le fait de démontrer [TRADUCTION] «que notre société attache de sérieuses conséquences à la violation des droits constitutionnels est perçu comme un encouragement pour ceux qui formulent les politiques d'application de la loi, et les agents qui les mettent en œuvre, à incorporer les idéaux du quatrième amendement dans leur système de valeurs²²⁶».

En ce qui a trait plus précisément à la question du mandat, le juge Brennan estime que la doctrine de la bonne foi est dangereuse puisqu'elle peut très bien inciter graduellement les agents de la paix et les magistrats à négliger la préparation et l'étude attentive des demandes.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Stevens concentre son attention sur les fins du quatrième amendement, et sur un aspect du débat qui semble oublié, soit le fait que le quatrième amendement trouve son origine historique dans l'abus de la procédure

221. *United States v. Williams*, 622 F.2d 830 (1980), demande rejetée 449 U.S. 1127 (1981).

222. *United States v. Leon*, *supra*, note 211, p. 3436-3437.

223. *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975).

224. *Id.*, p. 834.

225. *United States v. Leon*, *supra*, note 211, p. 3439.

226. *Id.*, p. 3443.

du mandat et dans le désir des rédacteurs de la Constitution de protéger le citoyen des mandats et des ordonnances de main-forte généraux. Historiquement, le [TRADUCTION] «cas type de la perquisition abusive était l'exécution d'un mandat non fondé sur une cause probable²²⁷». Il voit dans la règle d'exclusion un mécanisme destiné à prévenir la violation du quatrième amendement, et dans l'exception fondée sur la bonne foi une doctrine en voie de causer [TRADUCTION] «de graves dommages à cette fonction de dissuasion²²⁸». Il exprime aussi son inquiétude face à la tendance des tribunaux à négliger leur responsabilité à l'égard des violations de nature constitutionnelle.

Nous voyons ainsi les deux côtés d'un débat présenté dans une affaire constitutionnelle qui fera peut-être autorité aux États-Unis, où une règle d'exclusion absolue est appliquée depuis près de vingt-cinq ans dans les poursuites intentées par les États²²⁹, et depuis près de soixante-dix ans dans les poursuites intentées par le gouvernement fédéral²³⁰. L'étude de cette expérience pourrait être de quelque utilité dans notre recherche de la règle appropriée pour régir la surveillance électronique au Canada. Même s'il faut souligner que le débat aux États-Unis se situe dans un contexte supposant l'application d'une garantie constitutionnelle, cela ne diminue en rien sa pertinence. Le respect de la vie privée, peu importe qu'il soit consacré dans une constitution, est de plus en plus perçu comme un droit important, voire fondamental, de la société moderne. Le droit à l'intimité de la vie privée et la modération dans les atteintes qui peuvent lui être portées sous-tendent la plupart des travaux de la section de recherche sur les pouvoirs de la police, tout particulièrement lorsque l'on considère les possibilités d'utilisation d'un mécanisme aussi attentatoire que celui de la surveillance électronique.

Quel est donc le fondement de la règle de l'exclusion de la preuve?

a) *Elle procéderait de la Constitution.* Cette théorie s'est élaborée aux États-Unis sur la base suivante : l'utilisation de documents saisis en violation du quatrième amendement se trouverait à transgresser la garantie du cinquième amendement contre l'auto-accusation²³¹. La théorie n'est plus acceptée de façon générale aujourd'hui²³². Il s'agit cependant d'une théorie qui a une certaine importance dans le contexte canadien, puisque le paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* contient une règle d'exclusion explicite, quoique limitée. Selon cette théorie, l'exclusion de la preuve obtenue par l'écoute électronique serait justifiée si les droits constitutionnels de l'accusé étaient violés et si les critères du paragraphe 24(2) s'appliquaient. La bonne foi de la part des autorités est certainement un important élément de l'équation «eu égard aux circonstances²³³».

227. *Id.*, p. 3453.

228. *Id.*, p. 3454.

229. Depuis *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

230. Depuis *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

231. *Supra*, note 229.

232. Potter Stewart, «The Road to *Mapp v. Ohio* and Beyond : The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases», (1983) 83 *Colum. L. Rev.* 1365, p. 1381.

233. Voir *R. v. Simmons*, *supra*, note 86 et *R. v. Rao*, *supra*, note 46.

Toute règle d'exclusion plus large ou différente doit par conséquent reposer sur d'autres bases. Il est nécessaire d'étudier celles-ci plus en profondeur pour deux motifs : en premier lieu, on ne sait pas très bien quelles sont les violations du régime législatif de l'écoute électronique qui entraînent un effet constitutionnel, et l'on sait encore moins quand la réception d'une preuve ainsi obtenue serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En deuxième lieu, on peut s'attendre à ce que les violations de la constitution se règlent d'elles-mêmes. Aucun mécanisme prévu par une loi n'est requis. Même si, en matière de violation de la constitution, le Parlement a adopté un critère beaucoup moins rigide que celui de l'exclusion absolue, cela n'empêche pas le législateur d'adopter, lorsque cela est justifié, une règle semblable ou différente.

b) *L'exclusion servirait à préserver l'intégrité de l'État et des tribunaux.* Selon cette théorie, l'exclusion est nécessaire afin d'empêcher que le gouvernement n'obtienne l'aide de l'ordre judiciaire pour donner effet à une violation du quatrième amendement, et empêcher les tribunaux de commettre eux-mêmes une deuxième violation du même amendement. Encore une fois, même s'il s'agit d'une théorie qui n'est pas très bien reçue aux États-Unis²³⁴, elle a une certaine pertinence dans le débat canadien; en fait, elle apporte une réponse à certains des problèmes en matière d'exclusion. Dans le contexte de l'écoute électronique, la question peut être posée de la façon suivante : s'il acceptait la preuve, le tribunal pourrait-il être partie à la perpétration d'une infraction criminelle? Il s'agit là de l'argument principal sous-jacent à l'exclusion de la preuve dans l'affaire *R. v. Stewart*²³⁵, même si, à première vue, la règle n'exigeait pas l'exclusion. Même si la règle normale au Canada veut que la preuve obtenue illégalement soit admissible, cette règle ne s'applique pas aux situations où [TRADUCTION] «l'utilisation ou la divulgation de la preuve au cours du procès est illégale²³⁶», puisqu'en pareil cas, l'intention du Parlement est certainement d'exclure la preuve.

Il y a manifestement une certaine facticité à ce fondement, dans le contexte de la réforme du droit, puisque les réformateurs auraient la liberté de modifier la règle de l'exclusion en redéfinissant les infractions. En tenant compte de ce fait, cependant, quels aspects du régime ce fondement de la règle d'exclusion embrasse-t-il? Aux fins de notre étude, il faut procéder à une analyse de la disposition prévoyant l'exonération de responsabilité à l'égard de l'infraction de divulgation créée par les paragraphes 178.2(1) et (2) :

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d'une communication privée ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, soit l'existence d'une communication privée

234. Potter Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1382-1383.

235. *R. v. Stewart*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 407 (C.A. Ont.).

236. *Id.*, p. 437.

- a) au cours ou aux fins d'une déposition lors de poursuites civiles ou pénales ou de toutes autres procédures dans lesquelles elle peut être requise de déposer sous serment lorsque la communication privée est admissible en preuve en vertu de l'article 178.16 ou le serait en vertu de cet article s'il s'appliquait aux poursuites ou procédures;
- b) au cours ou aux fins d'une enquête en matière pénale, si la communication privée a été interceptée légalement; ...

Cette disposition renvoie à l'alinéa 178.16(1)a) et à l'obligation de procéder à une interception légalement, et partant, à l'article 178.11 qui donne les paramètres d'une interception légale. Aux fins de la présente discussion, nous devons étudier deux situations : les interceptions effectuées avec le consentement des intéressés (alinéa 178.11(2)a)) et les interceptions autorisées (alinéa 178.11(2)b)). La dernière disposition est la plus importante et elle prévoit que le texte d'incrimination ne s'applique pas

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

Par conséquent, l'exclusion de la preuve vise à éviter la perpétration d'une infraction lorsque l'interception n'a pas eu lieu en conformité d'une autorisation. C'est la position actuelle au Canada²³⁷, et nous ne proposons pas d'y apporter des modifications. Comme nous l'avons indiqué plus haut, cette règle devrait être maintenue. Il faut remarquer qu'une interception de «bonne foi» faite en conformité d'une autorisation n'exonère pas toutes les parties qui ont procédé à l'interception, mais seulement les personnes, comme les employés de téléphone, qui ont aidé les responsables à procéder à l'interception. On ne peut donc faire valoir une exception fondée sur la bonne foi au regard de la condition de recevabilité qu'énoncent les termes «en conformité d'une autorisation».

D'autre part, cette analyse ne résout pas vraiment le problème de la révision de l'autorisation. Il serait bien sûr possible de créer une fiction voulant que s'il existe un vice de fond dans la demande, l'autorisation est alors cassée²³⁸, de sorte qu'en droit, les agents n'agissaient pas conformément aux dispositions de l'autorisation et, partant, agissaient illégalement en vertu du paragraphe 178.11(1). Une telle condamnation rétroactive irait à l'encontre des notions habituelles de justice, même en ne tenant pas compte des questions subtiles du *mens rea* ni de l'application de l'alinéa 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il serait plus utile d'aborder le problème de la révision directement en reconnaissant le fait que les autorités ont procédé à l'interception conformément à une autorisation qui était alors valide, et de se demander si, nonobstant ce fait et le fait qu'elles n'ont commis aucune infraction en exécutant l'autorisation et qu'elles n'en commettraient aucune en produisant la preuve ainsi obtenue en cour, il existe un autre fondement pour exclure la preuve lorsque l'autorisation est entachée d'un vice de fond.

237. Voir *R. v. Welsh and Innuzzi* (No. 6), *supra*, note 31 et *R. v. Niles*, *supra*, note 163.

238. *Wilson v. The Queen*, *supra*, note 167.

En vertu de la théorie de l'exclusion comme sanction nécessaire à l'application du régime, l'exclusion de la preuve est nécessaire au regard du quatrième amendement afin d'assurer que le gouvernement ne transgresse pas les dispositions de cet amendement. Elle n'est justifiée que s'il n'existe aucun autre moyen adéquat d'application²³⁹. Là se trouve le centre du débat sur l'effet de dissuasion, ainsi que la justification de l'exception fondée sur la bonne foi. C'est dans ce contexte que les motifs, s'il en est, de l'exclusion de la preuve dans tous les cas s'imposent lorsque la procédure de demande d'autorisation comporte des vices (ou a été l'objet de violations). Il faut tenir compte des coûts et des avantages d'une règle d'exclusion de la preuve, et de ceux des autres recours disponibles.

Il faudrait souligner que tout comme dans le débat sur la règle de l'exclusion en vertu du quatrième amendement, une chose est sûre : il vaut mieux que les autorités respectent le mécanisme prévu par la loi (comme c'est une bonne chose que les autorités aux États-Unis respectent le quatrième amendement). Si l'on cherche à établir des recours de toute nature en cas de violation des dispositions de la loi, c'est que l'on veut s'assurer que le régime en vigueur continue d'offrir une protection efficace contre les violations des règles et contre toute atteinte au droit à l'intimité de la vie privée. À cet égard, il convient de poser deux questions :

1. Quelles sont les fins visées par toute forme de recours?
 - a) La dissuasion spécifique : dissuader l'agent de commettre de nouveau la même violation du mécanisme prévu par la loi.
 - b) La dissuasion générale : dissuader les autres agents de commettre la même violation du mécanisme prévu par la loi.
 - c) La dissuasion systémique : encourager les autorités à mettre en place des mesures afin d'empêcher des violations subséquentes.
2. Quels sont les recours autres que l'exclusion de la preuve?

(1) Le recours en droit délictuel

Comme solution de rechange à l'exclusion de la preuve pour assurer un plus grand respect du mécanisme, on pourrait établir dans la loi un recours en droit délictuel qui habiliterait la victime d'une interception autorisée de façon inadéquate à poursuivre les autorités. De l'avis de pratiquement tous les auteurs américains, cette méthode serait inefficace²⁴⁰.

239. Potter Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1384.

240. William J. Mertens et Silas Wasserstrom, «The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: Deregulating the Police and Derailing the Law», (1981) 70 *Geo. L.J.* 365, p. 406-410; Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1387-1388; William A. Schroeder, «Deterring Fourth Amendment Violations: Alternatives to the Exclusionary Rule», (1981) 69 *Geo. L.J.* 1361, p. 1386-1396.

Nous sommes également d'avis, pour bon nombre de motifs semblables, qu'un tel recours en droit délictuel inscrit dans la loi serait un moyen inefficace d'assurer le respect du mécanisme prévu par la Partie IV.1. De plus, jusqu'à maintenant, les recours au civil n'ont jamais été le meilleur moyen pour réparer des violations ou assurer l'application de la loi. La Partie I.1 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*²⁴¹ et l'article 178.21 du *Code criminel* prévoient le paiement de dommages-intérêts en cas d'interception ou de divulgation illégales par des agents de la Couronne ou par des particuliers. À notre connaissance, aucune poursuite (couronnée de succès ou non) n'a jamais été intentée contre un agent à l'égard d'une activité liée à la surveillance électronique, même s'il est possible de prétendre que, lorsque la preuve est exclue en vertu de l'alinéa 178.16(1)a), une poursuite en responsabilité civile délictuelle peut être intentée.

(2) La responsabilité pénale

Une autre solution consisterait à étendre la responsabilité pénale en créant des infractions destinées à assurer le respect de la procédure de demande. Encore une fois, l'expérience démontre qu'il ne s'agit pas d'un recours permettant d'assurer efficacement le respect du mécanisme²⁴².

C'est un fait connu, il est difficile d'obtenir la condamnation d'agents de police même pour des accusations d'inconduite scandaleuse. Nous ne cherchons pas à juger de quelque façon de la validité de ces prétentions, mais les obstacles institutionnels, notamment la preuve du *mens rea*, la preuve à établir au-delà d'un doute raisonnable et la collaboration de confrères policiers pour fournir la preuve, diminuent la force de la menace de poursuites pénales comme moyen efficace d'appliquer la loi. Encore une fois, l'expérience découlant de l'application de la Partie IV.1 confirme cette impression. Le paragraphe 178.22(3) exige que le rapport annuel du procureur général ou du solliciteur général contienne «le nombre de poursuites intentées contre des fonctionnaires ou préposés de Sa Majesté du chef du Canada ou des membres des Forces canadiennes pour des infractions prévues aux articles 178.11 ou 178.2». Nous n'avons pu trouver aucun rapport faisant état de telles poursuites. De plus, nous ne sommes au courant d'aucune poursuite contre un membre d'une force de police municipale ou provinciale²⁴³.

(3) Le contrôle extrajudiciaire

Sous cette rubrique peuvent figurer les commissions de révision indépendantes et les procédures de discipline interne. Dans la mesure où le mécanisme de ces recours

241. *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, chap. C-38, modifiée par S.C. 1973-1974, chap. 50, art. 4.

242. Voir Schroeder, *loc. cit. supra*, note 240, p. 1396-1398 et Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1386-1387.

243. Bien que nous ayons recommandé la création d'une infraction pour le fait d'entrer subrepticement et sans autorisation dans des lieux, nous admettons qu'il s'agit dans une certaine mesure d'une démarche symbolique qui reflète néanmoins la gravité de cette intrusion à nos yeux.

serait déclenché par des poursuites intentées par les citoyens, il souffrirait des mêmes défauts que les recours étudiés plus haut. Même si une commission de révision indépendante pouvait statuer sur les cas renvoyés par des juges du procès, il n'est pas certain que cela donnerait un mécanisme efficace d'application de la loi. Si la façon dont une demande a été faite n'a aucune pertinence légale au procès, alors aucun juge ne serait motivé à relever une violation de la procédure de demande. Au contraire, avec la pression toujours plus grande que subissent les tribunaux en raison des délais et de l'encombrement croissant des rôles, il y a une réticence réelle de la part du juge à se lancer dans des enquêtes qui ne sont pas légalement pertinentes, et il n'y a aucun encouragement de la part de l'accusé ou du ministère public à procéder à l'enquête. Les contrôles internes souffrent des mêmes effets de démobilisation. [TRADUCTION] «Les agents de police ignorent souvent l'inconduite grave d'autres agents, et les tribunaux avisent rarement les administrateurs de la police de l'inconduite de leurs propres agents²⁴⁴».

(4) La règle d'exclusion

Il nous reste à étudier la règle d'exclusion. Nous l'analyserons cependant sous un angle très étroit, soit celui de la volonté d'assurer le respect de la procédure de demande par l'exclusion de la preuve dans les cas de non-respect grave. Nous avons déjà établi deux modèles, l'un fondé sur l'exclusion automatique en cas de non-respect, et l'autre fondé sur une exclusion seulement en cas de non-respect de bonne foi. Les coûts susmentionnés de l'exclusion incluent la décision inadéquate qui se traduit normalement par l'acquiescement du coupable, l'abandon de poursuites qui sont par ailleurs fondées ou la négociation d'une sentence non appropriée, et le mépris de la loi qui résulte de la perception selon laquelle les coupables sont libérés ou traités de façon inadéquate.

La règle d'exclusion fait l'objet d'une importante critique : à l'instar des autres mesures proposées, elle n'a aucun effet de dissuasion en matière de non-respect.

Abordons en premier lieu la question des coûts. Bien que de nombreuses études aient été entreprises dans le but d'établir ces coûts en termes de poursuites perdues ou abandonnées en raison de la règle d'exclusion fondée sur le quatrième amendement, il est probablement impossible de tirer une conclusion²⁴⁵. Les partisans de l'exclusion absolue ont tendance à en minimiser les coûts²⁴⁶. Par contre, les partisans de l'abolition de cette règle ont tendance à exagérer ces coûts. On a déjà souligné que, dans les cas graves comme le meurtre, l'effet est exagéré, et que dans la plupart des cas, d'autres

244. Schroeder, *op. cit. supra*, note 240, p. 1401; voir également Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1388.

245. Voir Thomas Y. Davies, «A Hard Look at What We Know (and Still Need to Learn) about the Costs of the Exclusionary Rule: The NIJ Study and Other Studies of «Lost» Arrests», (été 1983) 3 *American Bar Foundation Research Journal* 611; Bradley C. Canon, «Ideology and Reality in the Debate over the Exclusionary Rule: A Conservative Argument for Its Retention», (1982) 23 *S. Tex. L.J.* 559; Mertens et Wasserstrom, *loc. cit. supra*, note 240; Schroeder, *loc. cit. supra*, note 240, p. 1382-1385.

246. Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1394.

éléments de preuve sont disponibles²⁴⁷. Nous ne cherchons pas à minimiser la gravité de ces coûts, mais plutôt à les présenter d'une façon précise²⁴⁸. Quelques poursuites intentées récemment en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont soulevé les mêmes questions²⁴⁹. De même, les tentatives visant à déterminer l'effet de dissuasion de la règle sur le comportement de la police ne sont pas concluantes²⁵⁰. Il faut par conséquent poursuivre le débat sur la base d'arguments intuitifs²⁵¹.

Certains de ces arguments peuvent perdre de leur poids en matière de surveillance électronique en raison de la façon dont les demandes sont préparées. Celles-ci ne sont pas le fait de décisions prises sur le coup, mais plutôt le résultat d'un processus d'examen à plusieurs niveaux avant l'étape de la présentation par un avocat du ministère public ayant une certaine compétence en la matière. Voilà pourquoi les décisions du tribunal sur, par exemple, la nature des motifs raisonnables ou l'absence d'autres moyens d'enquête, peuvent avoir un effet sur les demandes subséquentes et empêcher la répétition de demandes inadéquates. De même, les juges qui entendent les demandes seraient amenés à prendre connaissance de cette jurisprudence.

De plus, nul ne peut douter de la réalité d'une règle d'exclusion. Contrairement aux sanctions pénales ou civiles, les juges procèdent à l'exclusion de la preuve et la police modifie ses procédures en conséquence²⁵².

Par ailleurs, l'exclusion de la preuve à la suite d'une audition judiciaire contribue à l'élaboration de lignes directrices, à l'intention du juge appelé à donner une autorisation, sur le respect des conditions de la demande, comme la cause raisonnable, l'absence d'autres moyens d'enquête, etc., de façon à prévenir la répétition des infractions²⁵³.

Les partisans de l'exception fondée sur la bonne foi à la règle d'exclusion font valoir que la plupart de ces buts sont atteints par une règle qui permet la recevabilité de la preuve lorsque les autorités n'ont pas agi de façon intentionnelle ou insouciance pour éviter les contraintes de la loi, sans imposer le coût élevé qui découle d'une règle d'exclusion absolue. En fait, il s'agit d'appliquer un certain critère d'équilibre. Cet argument semble particulièrement valable lorsque la police a agi de bonne foi en se fondant sur un mandat (ou une autorisation, dans le cadre de la surveillance électronique). Schroeder affirme ce qui suit :

247. Mertens et Wasserstrom, *loc. cit. supra*, note 240, p. 445-446.

248. Voir Schroeder, *loc. cit. supra*, note 240, p. 1384.

249. Voir, par exemple, *R. v. Collins*, (1985) 5 C.C.C. (3d) 141 (C.A. C.-B.).

250. Voir Dallin H. Oaks, «Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure», (1970) 37 *U. Chi. L. Rev.* 665; Schroeder, *loc. cit. supra*, note 240, p. 1378-1382; Davies, *loc. cit. supra*, note 245, spécialement aux pages 627-629.

251. Voir Schroeder, *loc. cit. supra*, note 240, p. 1384.

252. Voir Mertens et Wasserstrom, *loc. cit. supra*, note 240, p. 400-401.

253. Les partisans de la règle d'exclusion du quatrième amendement jugent qu'il s'agit là d'une fin importante de la règle; voir Mertens et Wasserstrom, *loc. cit. supra*, note 240, p. 401-406; Wayne R. LaFave, *Search and Seizure*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1978, vol. 1, 1984 Pocket Part, p. 13-18; Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1400-1401.

[TRADUCTION]

Des problèmes particuliers en matière d'utilisation d'un critère fondé sur la bonne foi surgissent lorsqu'un agent demande et obtient un mandat de perquisition. Un mandat de perquisition exécuté *en conformité avec les conditions du mandat* suppose nécessairement de la bonne foi, à moins que la police ne présente au magistrat une version déformée des faits afin d'obtenir le mandat. Il arrive souvent, toutefois, que l'avocat qui prépare l'affidavit et qui présente la demande de mandat, ou que le magistrat qui délivre le mandat, fassent des erreurs susceptibles d'entraîner l'invalidité de toute la perquisition. Lorsque la police a présenté à un juge ou à un magistrat une demande de mandat en bonne et due forme, puis exécuté ce mandat dans le respect strict des conditions énoncées, l'exclusion de la preuve ainsi obtenue ne peut avoir aucun effet de dissuasion à l'égard de la conduite future de la police. Bien sûr, l'exclusion de la preuve pourrait améliorer les décisions des juges qui lancent des mandats pour la forme ou qui n'ont pas les qualités nécessaires pour évaluer de façon intelligente la preuve produite. Cependant, même les magistrats consciencieux et au fait du droit peuvent parfois faire des erreurs; en pareil cas, l'exclusion n'a absolument aucune valeur de dissuasion. Il convient donc de retenir la règle de l'exclusion de la preuve seulement dans le cas des perquisitions faites sans mandat et des perquisitions effectuées en vertu de mandats fondés sur de faux témoignages ou des éléments de preuve si insuffisants qu'aucun magistrat raisonnable n'aurait pu y croire. Cela devrait encourager une utilisation de bonne foi des mandats tout en protégeant les personnes contre l'abus des procédures de mandat²⁵⁴. [C'est nous qui soulignons]

Le débat ne comporte cependant pas uniquement des arguments favorables à l'exception de la bonne foi, car on a présenté des arguments en faveur d'une règle d'exclusion plus large²⁵⁵.

L'un des problèmes soulevés est celui de la recherche du juge le plus favorable, qui pourrait constituer une faiblesse grave d'une règle fondée sur la bonne foi comme celle énoncée dans notre formule «B». La légitimité de cette solution dépend de la neutralité du juge appelé à donner une autorisation; il doit être en mesure de rejeter les demandes inadéquates. La recherche du juge le plus favorable suppose qu'un procureur peut choisir le juge qui déterminera la validité de la demande d'autorisation, et cela parce que le juge est partial, «qu'il penche en faveur de la Couronne ou de la police» ou tout simplement qu'il manque d'expérience et qu'il est par conséquent susceptible d'être impressionné par la teneur de la demande et la compétence de la police et de l'agent désigné. Dans le cas d'une demande de qualité douteuse ou de très grande importance, on se trouve ainsi à réduire le risque d'un refus. D'un point de vue plus positif, on peut choisir un juge en raison de sa compétence, afin de s'assurer que tout est en ordre et qu'il n'y aura pas de difficultés par la suite. Cela est important lorsque l'on prévoit que les poursuites découlant de l'autorisation feront l'objet d'une lutte juridique très serrée et que les documents seront scrutés de très près.

Les dispositions sur le secret entraînent notamment l'inconvénient suivant : d'une part, il est impossible de déterminer la fréquence de la recherche du juge le plus favorable, tandis que, d'autre part, ce même secret encourage la perception selon laquelle

254. Schroeder, *loc. cit. supra*, note 240, p. 1418-1419.

255. Voir, à titre indicatif, l'opinion dissidente dans *United States v. Leon*, *supra*, note 211; Stewart, *loc. cit. supra*, note 232, p. 1403; Mertens et Wasserstrom, *loc. cit. supra*, note 240; LaFave, *op. cit. supra*, note 253, p. 11-15.

cette pratique est courante. Au fond, cependant, et malgré les prétentions contraires, nous croyons que la recherche du juge le plus favorable repose sur la seule spéculation²⁵⁶. Dans son acception la plus négative, elle suppose la mauvaise foi de la part de l'agent et du juge, et nous éprouvons de la réticence à rejeter, sur la seule foi d'une telle spéculation, une règle qui comporte beaucoup de mérites.

Cette prise de position ne minimise cependant en rien l'importance de la perception selon laquelle cette pratique existe. Comme nous l'avons déjà souligné plus haut, cette perception, qui est toujours présente à l'égard des procédures *ex parte*, est renforcée lorsque les procédures sont secrètes à jamais et qu'il n'y a aucune consignment de leur déroulement. Nous ne voudrions pas que le régime que nous proposons soit menacé par la *perception* voulant que les garanties qu'il contient seront minées par la recherche du juge le plus favorable. Puisque nous recommandons que les documents présentés lors de la demande soient éventuellement communiqués au défendeur, cela devrait résoudre en partie le problème. Comme moyen d'éliminer cette perception, on a suggéré de suivre l'exemple donné par l'*Administrative Office* des tribunaux des États-Unis dans le rapport sur les tables d'écoute²⁵⁷, et de publier le nom des juges ainsi que le nombre d'autorisations qu'ils accordent. La Commission a soumis cette suggestion aux personnes qu'elle consulte, et leur réponse n'a pas été très enthousiaste. De plus, il n'est pas sûr que cette façon de procéder contribue à l'élimination de la recherche du juge le plus favorable.

Nous préférons que le problème soit traité directement, et nous espérons voir la mise en place de règles administratives qui établissent un système de rotation. Dans un tel système, le procureur du ministère public doit tout simplement accepter le juge nommé pour entendre les demandes d'autorisation. Il est évident que ce système ne peut fonctionner de façon efficace dans une circonscription de petite taille, mais en pareil cas, les possibilités de recherche du juge le plus favorable sont très réduites. Nous connaissons aussi l'existence, dans quelques grandes circonscriptions, de systèmes où un groupe de juges sont désignés. Pourvu que les juges ne se sentent pas partie avec le ministère public en raison de la fréquence avec laquelle ils entendent de telles demandes, nous jugeons qu'un tel système, destiné à encourager l'acquisition de compétence par les juges appelés à donner une autorisation, ne va pas à l'encontre de notre recommandation. Nous ne jugeons cependant pas opportun d'en faire une recommandation formelle.

En acceptant la critique émise par le juge Stewart et d'autres personnes, et en tenant compte des niveaux d'autorité qui entrent en jeu dans une demande d'écoute électronique, ne pourrait-on pas déduire que la version limitée de l'exception fondée sur la bonne foi qui est énoncée dans la formule «B» est un compromis satisfaisant?

256. Par contre, voir Cohen, *op. cit. supra*, note 97, p. 140-143; et les références qui s'y trouvent, notamment le *U.S. Report of the National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance* (1976), p. 73-74.

257. *Supra*, note 150.

Un tel critère éliminerait les pires abus, et la possibilité d'une enquête judiciaire écarterait certaines demandes irrégulières. Il se développerait une jurisprudence pour guider les juges appelés à donner une autorisation, puisqu'une décision sur la bonne foi exige une analyse des critères appropriés. On pourrait écarter le danger que l'exception de la bonne foi devienne un encouragement à l'ignorance, en excluant de la définition de la bonne foi le défaut, par insouciance, de respecter les conditions prévues par la loi. *Somme toute, dans le domaine de la révision de l'autorisation en raison de vices de fond dans la demande*, nous préférons l'exception fondée sur la bonne foi à l'exclusion de la preuve comme mécanisme primaire d'application de la loi.

E. La preuve dérivée

La preuve dérivée est l'élément de preuve, autre que la communication privée elle-même, qui est obtenu par suite de l'acquisition de la communication privée. À l'heure actuelle, l'article 178.16 contient la règle d'exclusion limitée suivante :

(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.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice.

Dans l'article 178.16, la règle est exprimée en termes larges puisqu'elle s'applique à des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception. Toute règle sur la preuve dérivée peut entraîner des problèmes complexes, notamment ceux qui suivent :

a) Si la preuve dérivée a été obtenue de deux sources, dont une seule est entachée d'un défaut, est-il possible d'en demander l'exclusion?

b) À qui incombe le fardeau de démontrer qu'il s'agit d'une preuve dérivée?

c) La preuve dérivée devrait-elle faire l'objet d'une exclusion automatique?

d) La délivrance d'un renouvellement ou d'une nouvelle autorisation suffit-elle à éliminer le défaut, de la suite des procédures?

Quelques-unes de ces questions ont été étudiées par le juge Borins, de la Cour de comté, dans l'affaire *R. v. Samson (No. 6)*²⁵⁸. Dans cette affaire, le juge a déterminé qu'une grande partie de la preuve présentée par le ministère public découlait directement ou indirectement d'une preuve primaire irrecevable. Il était d'avis qu'il incombait au ministère public de démontrer que sa preuve n'était pas dérivée. De plus, il n'importait aucunement que la preuve ait pu être obtenue d'autres sources. La question posée est la suivante : comment, dans les faits, a-t-elle été obtenue? La preuve obtenue de plusieurs sources (certaines entachées d'illégalité, d'autres légales) était également une preuve dérivée. Il a de plus conclu que la preuve obtenue en vertu d'une autorisation subséquente était également dérivée si la demande d'une autorisation subséquente était fondée sur des interceptions illégales. Dans l'appel interjeté par le ministère public²⁵⁹, ces questions n'ont pas été étudiées parce que le tribunal a déterminé que la preuve primaire était recevable.

Dans l'étude de ces questions, nous pouvons nous inspirer de deux tendances de l'expérience américaine. Il y a tout d'abord l'expérience relative aux dispositions du Title III, en particulier de l'article 2515 qui stipule ce qui suit : [TRADUCTION] «Lorsqu'une communication téléphonique ou orale a été interceptée, aucune partie de son contenu ni aucune preuve dérivée de celle-ci ne peut être reçue en preuve dans un procès ... si la divulgation de cette information est susceptible de déroger au présent chapitre». Vient ensuite la doctrine appelée [TRADUCTION] «le fruit de l'arbre empoisonné» que l'on trouve dans la jurisprudence relative au quatrième amendement. En fait, le Congrès a manifesté sa volonté d'appliquer les principes du fruit de l'arbre empoisonné aux questions de la preuve dérivée en vertu de l'article 2515²⁶⁰. En général, il incombe à l'accusé de démontrer, par une prépondérance de la preuve, que la preuve du ministère public est entachée en raison d'une interception illégale. Cependant, la preuve entachée d'un défaut peut inclure des interceptions effectuées en vertu d'une ordonnance, qui avait elle-même été obtenue grâce à l'utilisation de preuves entachées, et si l'ordonnance initiale était viciée, tout renouvellement est automatiquement vicié²⁶¹.

Des questions délicates peuvent se poser lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles dites d'atténuation élaborées en vertu du quatrième amendement. Ainsi, lorsque l'existence d'un témoin est mise à jour grâce à une interception illégale, quand peut-on dire que les déclarations de ce témoin sont entachées d'un vice et par conséquent irrecevables²⁶², et quels documents l'accusé a-t-il le droit de consulter afin d'être en mesure de se décharger du fardeau d'établir la preuve du défaut²⁶³?

258. *Supra*, note 102.

259. *R. v. Samson, supra*, note 58.

260. Voir «The Legislative History of Title III, Senate Report No. 1097», figurant à l'annexe B de l'ouvrage de David Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1979, p. 378-379.

261. Voir *United States v. Giordano, supra*, note 171.

262. Voir *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

263. Voir *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969). Pour une étude en détail de toutes ces questions dans le cadre de la surveillance électronique, voir J.G. Carr, *op. cit. supra*, note 67, chapitre 6.04.

La tendance récente de la Cour suprême des États-Unis est de réduire la portée de la doctrine du «fruit de l'arbre empoisonné» dans la législation relative au quatrième amendement. Cette attitude entraîne un effet direct sur les litiges pour vice de procédure en vertu du Title III. La Cour a atteint ce résultat en donnant une étendue plus grande aux règles d'atténuation. D'après une formulation récente de cette règle que l'on trouve dans l'affaire *Segura v. United States*²⁶⁴, il n'y a pas lieu d'exclure la preuve si elle est [TRADUCTION] «atténuée au point de dissiper le défaut».

Au Canada, il existe deux variantes approximatives de la doctrine de l'arbre empoisonné. D'une part, la preuve matérielle obtenue à la suite d'un aveu illégal est admissible — c'est la règle établie dans l'affaire *St. Lawrence*²⁶⁵. De même, la disposition prévoyant «qu'aucun tort important ... ne s'est produit», énoncée au sous-alinéa 613(1)b(iii) du *Code criminel*, qui permet le rejet d'un appel nonobstant la présence d'erreurs de droit au procès, est une sorte de règle d'atténuation. Par conséquent, l'expérience canadienne ne nous permet pas vraiment de tirer des conclusions. À notre avis, la fin première de la règle de la preuve dérivée dans le régime de la surveillance électronique est de décourager la dérogation volontaire aux procédures et aux garanties prévues par la loi. Lorsque le projet de loi sur l'écoute électronique a été présenté pour la première fois, la police a fait valoir que la fin première des tables d'écoute était d'obtenir des renseignements, c'est-à-dire d'obtenir d'autres preuves d'activités criminelles, et non pas nécessairement d'utiliser les communications privées interceptées elles-mêmes. Nous ne voudrions pas promouvoir un système en vertu duquel la police effectuerait des interceptions illégales à des fins d'obtention de renseignements sans craindre que la preuve qui en découle soit irrecevable. Cela minerait toutes les garanties intégrées au mécanisme prévu par la loi, et serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

D'autre part, nous cherchons ardemment à éviter la complexité qui semble inévitablement découler de toute règle de la preuve dérivée. À notre avis, une bonne partie de la complexité du mécanisme en vigueur aux États-Unis découle de la règle de l'exclusion automatique de la preuve dès qu'il est établi que celle-ci est entachée d'un vice. C'est pour cette raison que les tribunaux s'efforcent de sortir la preuve du cadre de la règle d'exclusion en cas de vice. Par conséquent, si nous pouvions donner aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve tout en leur offrant quelques règles simples sur la nature de la preuve dérivée, il y aurait peut-être moyen, du moins le souhaitons-nous, d'éviter certains de ces problèmes.

F. La longueur des procédures

Depuis l'adoption de la Partie IV.1, on a exprimé des réserves sur la longueur des procédures de voir-dire. La surveillance électronique est un mécanisme d'investigation très attentatoire auquel il a fallu adjoindre des contrôles stricts. Par conséquent,

264. *Segura v. United States*, 104 S.Ct. 3380 (1984); voir l'opinion du juge Burger, p. 3386.

265. *Supra*, note 79 et R. c. *Wray*, *supra*, note 8.

la preuve du respect de ces contrôles consomme du temps. De même, les preuves sont parfois très techniques, et les arguments légaux très complexes. Même si nous devons nous préoccuper de l'efficacité des procédures judiciaires, il importe que celle-ci ne nuise pas au droit de tout citoyen à un procès équitable. Nous pensons avoir rationalisé le processus de révision sans pour autant avoir empiété sur les principes fondamentaux du droit à un procès équitable et du respect de la vie privée. Nous avons tenté de limiter les questions de recevabilité aux questions de fond qui ressortissent à la raison d'être des mesures de contrôle.

Lorsque la défense désire remettre en cause tous les points en litige dans une affaire d'écoute électronique, la preuve peut comprendre le témoignage relatif à l'installation du dispositif, à la surveillance de ce dispositif, à la préparation des bandes et des transcriptions, à la continuité, à l'identification de la voix, à la preuve de la désignation des agents, et ainsi de suite. L'expérience démontre que l'avocat de la défense renonce souvent à la preuve de bon nombre de ces points lorsque ceux-ci ne sont d'aucune utilité pour la défense de son client. Nous avons inclus certaines recommandations visant à rationaliser des aspects de l'enquête et de la preuve qui ne font habituellement pas l'objet de contestation.

RECOMMANDATIONS

57. Le préavis raisonnable prévu au paragraphe 178.16(4) devrait être exigé dans tous les cas où le ministère public entend présenter une communication privée interceptée.

58. Lorsque le ministère public a omis de donner un préavis raisonnable, le juge président l'enquête préliminaire ou le juge du procès devrait pouvoir ajourner l'instance afin d'obliger le ministère public à donner un tel préavis, et prendre toute autre mesure nécessaire pour s'assurer que le préavis raisonnable est donné avant le début des procédures, compte tenu du droit de l'accusé de subir son procès dans un délai raisonnable.

59. L'article 457.3 devrait être modifié par l'adjonction de la disposition suivante à l'alinéa d.1) :

le juge de paix peut admettre en preuve par écrit, de vive voix, ou sous forme d'enregistrement, une communication privée qui a été apparemment interceptée au sens de la Partie IV.1 ou tout élément de preuve obtenu par suite d'une telle interception; l'article 178.16 ne s'applique pas au présent article.

60. Les preuves primaires obtenues grâce à la surveillance électronique devraient être irrecevables sauf si :

- a) l'interception a été légalement effectuée**
 - (i) avec le consentement d'une personne qui a participé à la communication,**

- (ii) en conformité avec les conditions d'une autorisation;
- b) une personne qui a participé à la communication consent à leur réception en preuve.

61. Le juge du procès devrait être tenu de recevoir les preuves primaires obtenues en conformité apparente avec une autorisation ou un renouvellement entachés d'un vice manifeste, sauf si les agents ne pouvaient raisonnablement croire en la validité de l'autorisation ou du renouvellement.

62. Pour l'application de la recommandation 51, la demande devrait être considérée comme entachée d'un vice de fond si, en raison d'énoncés dans la demande ou l'affidavit qui, à la connaissance des enquêteurs, étaient faux, d'énoncés qui ont été faits sans que l'on se soucie de leur véracité ou de leur fausseté, ou d'omissions délibérées ou faites par insouciance, il est établi

- a) qu'aucune des conditions préalables énoncées à l'alinéa 178.13(1)b) n'existait;
- b) que l'on n'avait aucun motif raisonnable et probable de croire qu'une personne désignée dans l'autorisation était en train de commettre l'infraction visée;
- c) qu'il existe d'autres raisons permettant raisonnablement de conclure que si la véritable situation avait été connue, l'autorisation n'aurait pas été accordée, ou qu'elle l'aurait été sous une forme substantiellement différente.

63. Les preuves qui sont dérivées de preuves primaires irrecevables devraient être elles-mêmes irrecevables si, de l'avis du tribunal et eu égard à toutes les circonstances, le fait de les recevoir en preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

64. Toute preuve devrait être tenue pour dérivée d'une preuve primaire dans le cas où elle n'aurait pu être obtenue sans l'acquisition de cette dernière. Ne constitue pas, toutefois, une preuve dérivée

- a) celle qui est obtenue en vertu d'une autorisation valide par ailleurs, même si celle-ci est fondée sur les éléments de preuve obtenus grâce à une autorisation invalide;
- b) celle qui consiste dans la déposition d'une personne qui a assisté à la perpétration d'une infraction, même si l'identité du témoin a été découverte par le moyen d'une preuve primaire inadmissible.

65. Lorsqu'une preuve primaire est déclarée irrecevable, le ministère public devrait être tenu de préciser, le cas échéant, quels éléments de preuve en sont dérivés et les raisons pour lesquelles tout autre élément de preuve n'en est pas dérivé. Pour déterminer le bien-fondé de ces raisons, le ministère public ou le prévenu devrait pouvoir, avec l'autorisation du tribunal, citer tout témoin pour

le contre-interroger, et le prévenu, avec l'autorisation du tribunal, devrait pouvoir examiner toute bande ou transcription relative à l'enquête, qu'il ait ou non participé à la communication interceptée.

66. Les preuves par affidavit devraient être recevables et, sauf preuve contraire, devraient permettre d'établir les faits suivants :

- a) les lieux et les moments de l'interception;
- b) la garde et la continuité des enregistrements;
- c) le mode d'interception;
- d) la signification du préavis.

67. Toute copie de l'autorisation signée par un juge devrait être recevable sans qu'il soit nécessaire d'établir l'authenticité de la signature.

68. La description, dans une autorisation, du statut de l'agent désigné devrait constituer la preuve de sa désignation.

VI. Recommandations diverses

A. Les rapports annuels : l'article 178.22

En vertu de l'article 178.22 du *Code criminel*, le solliciteur général ou le procureur général de la province est tenu de préparer un rapport de nature statistique. La Commission a déjà relevé les lacunes relatives au rapport prévu à l'article 178.22²⁶⁶, et étudié diverses recommandations visant à augmenter la responsabilité dans ce domaine. On nous a également déclaré que le ministère de la Justice entend soumettre certaines recommandations en la matière. Malheureusement, ces recommandations ne sont pas encore prêtes, et il nous est difficile d'évaluer l'impact de nos autres recommandations destinées à accroître la responsabilité.

Malgré le fait que l'on peut obtenir des renseignements utiles en analysant des données statistiques, nous espérons que certaines de nos recommandations visant la divulgation des documents et la signification du préavis contribueront à accroître dans l'ensemble du processus le degré de transparence et de responsabilité, et à réduire en conséquence la nécessité de recourir à des statistiques. Nous n'avons donc pas jugé bon, pour le moment, de faire des recommandations pour la modification de l'article 178.22.

266. Savage, *op. cit. supra*, note 44.

B. L'avis en vertu de l'article 178.23

En vertu de l'article 178.23 du *Code criminel*, le ministre au nom duquel la demande d'autorisation a été présentée est tenu de donner, dans un délai précis, un avis par écrit, à la personne qui a fait l'objet de l'interception. Il n'existe par conséquent aucune obligation d'aviser la personne qui a fait l'objet d'une interception avec consentement, c'est-à-dire dans le cas d'une interception exécutée sans autorisation judiciaire. De par sa nature même, une interception exécutée adéquatement suppose que les personnes visées ne sont en aucun temps conscientes de l'opération, surtout s'il n'y a jamais d'accusation. Cet exemple illustre le besoin d'une forme quelconque d'avis postérieur à l'interception.

L'article 178.23 du *Code criminel* tel qu'il est interprété à l'heure actuelle prévoit seulement que la personne qui a fait l'objet de l'interception doit être avisée de ce fait. Comme la Cour en a décidé dans l'affaire *Re Zaduk and The Queen*²⁶⁷, la personne n'a aucunement droit à un avis plus détaillé, où figurerait la mention de la date ou de la période de l'interception, ni à une copie de l'autorisation ou à l'accès aux enregistrements. La législation américaine exige un avis plus détaillé et donne aux tribunaux le pouvoir d'ordonner une divulgation plus complète :

[TRADUCTION]

Paragraphe 2518(8)

d) Dans un délai raisonnable, ne dépassant pas quatre-vingt-dix jours après le dépôt d'une demande d'ordonnance d'approbation en vertu de l'alinéa 2518(7b) qui est refusée, ou l'expiration de la période d'une ordonnance ou d'un renouvellement de celle-ci, le juge qui accorde ou qui refuse la demande doit faire signifier aux personnes nommées dans l'ordonnance ou la demande, et à toutes les autres personnes qui ont participé aux communications interceptées selon qu'il l'estime utile dans l'intérêt de la justice, un état où figurent les renseignements suivants :

- (i) le fait de la présentation de l'ordonnance ou de la demande;
- (ii) la date de la présentation et la période de l'interception autorisée, approuvée ou désapprouvée, ou le rejet de la demande; et
- (iii) le fait qu'au cours de la période visée, des communications téléphoniques ou orales ont été ou non interceptées.

Sur présentation d'une requête, le juge peut, s'il l'estime approprié dans l'intérêt de la justice, communiquer à ces personnes ou à leurs conseillers juridiques, à des fins d'examen, des parties des communications interceptées, des demandes et des ordonnances. Sur présentation *ex parte* devant un juge compétent d'un motif suffisant de surseoir à la procédure, la signification de l'état prévu par le présent paragraphe peut être remise à plus tard²⁶⁸.

Depuis l'adoption de cette disposition, presque toutes les personnes qui ont étudié la question ont exprimé des réserves à l'égard de la procédure d'avis actuellement en

267. *Supra*, note 189.

268. Title III, *supra*, note 67, par. 2518(8).

vigueur. On a fait valoir qu'en un sens, les personnes visées par l'interception seraient bien mieux de ne recevoir aucun avis, puisque l'avis prévu est tellement inadéquat qu'il est complètement inutile, et qu'il ne fait qu'engendrer de l'anxiété et de la frustration. Selon nous, il importe que l'avis prévu à l'article 178.23 corresponde aux fins qu'il vise. Il faut par conséquent identifier ces fins.

La jurisprudence a déterminé deux fins. Dans les affaires *R. v. Welsh and Iannuzzi* (No. 6)²⁶⁹ et *Re Zaduk and The Queen*²⁷⁰, la Cour a identifié la responsabilité politique comme une des fins. Dans l'affaire *Zaduk*, le juge Lacourcière rattache cette responsabilité à la capacité du public [TRADUCTION] «de surveiller, de façon générale, l'application et l'effet pratique de la nouvelle législation». Il est d'avis que l'article 178.23 ne vise pas à donner un recours civil en cas d'interception illégale. Dans ses motifs, le juge souligne que la responsabilité civile découle [TRADUCTION] «d'interceptions illégales, c'est-à-dire non autorisées». Dans les motifs de sa dissidence, le juge Weatherston arrive à la conclusion contraire. Il est d'avis qu'il faut prévoir un mécanisme facilitant l'exercice des recours civils qui découleraient d'une interception illégale. Comme le juge le souligne, l'autorisation peut avoir permis certains moyens d'interception à certains endroits et non à d'autres. Si la personne ne possède pas d'autres renseignements, elle n'a aucun moyen de déterminer si les interceptions qui ont eu lieu respectaient les conditions de l'autorisation. Citons le juge Weatherston : [TRADUCTION] «Le citoyen a droit à la protection de la loi. Comment peut-il jouir de cette protection s'il ne connaît pas l'étendue de l'atteinte à ses droits?²⁷¹»

Le problème des recours civils en cas d'interception illégale déborde le cadre du présent document. Nous n'avons donc pas étudié ce problème sous l'angle de la communication de la preuve au civil. D'autre part, nous jugeons que les principes de la révision et de la responsabilité qui ont guidé l'étude des pouvoirs de la police sont plus exigeants que les normes actuelles prévues à l'article 178.23. Prenons le cas de la police qui exécute un mandat de perquisition dans des lieux vacants. Dans le document de travail 30²⁷², nous recommandons qu'une copie du mandat soit apposée en un endroit adéquat du lieu inoccupé au moment de la perquisition. Un important principe de droit veut que les intrusions dans la vie privée soient justifiables et justifiés. Il faut par conséquent qu'à tout le moins, la justification apparente de l'intrusion grave par le biais de la surveillance électronique soit donnée à la personne visée. Celle-ci devrait donc avoir le droit de savoir à quel moment l'intrusion a eu lieu, et en vertu de quelle autorité. Nous sommes aussi d'avis qu'il faudrait établir un mécanisme pour assurer une communication plus complète lorsque cela est approprié. Nous jugeons que ces propositions doivent constituer un ensemble de mesures minimales dans les cas où aucune accusation n'est portée contre la personne qui a fait l'objet de l'interception, et où cette personne ne bénéficie pas de la divulgation intégrale ou de l'avis prévus à l'article 178.16.

269. *Supra*, note 31.

270. *Supra*, note 189, p. 332.

271. *Id.*, p. 341.

272. Document de travail sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, *supra*, note 47, recommandation 27, p. 397.

Une décision récente du juge Steele, dans l'affaire *R. v. X*²⁷³ a fait ressortir un problème dans la formulation du paragraphe 178.23(4). Cette disposition donne au juge le pouvoir de prolonger le délai pour donner l'avis jusqu'à trois ans pourvu notamment «que l'enquête au sujet de l'infraction pour laquelle l'autorisation est demandée continue». Il se peut, comme dans l'affaire *X*, que la première autorisation porte sur certaines infractions et que l'enquête soit terminée. Entre temps, l'enquête portant sur d'autres infractions pour lesquelles de nouvelles autorisations ont été obtenues peut se poursuivre. La formulation du paragraphe 178.23(4) empêcherait pourtant le juge de proroger le délai pour donner l'avis relatif à la première autorisation. À notre avis, le besoin d'une prorogation est légitime dans le dernier cas, puisque toute notification serait susceptible de nuire à l'enquête connexe qui se poursuit. Il faudrait donc modifier la loi afin d'éliminer ce problème.

Un problème supplémentaire se pose à l'égard des sanctions en cas de défaut de donner l'avis prévu à l'article 178.23. La jurisprudence considère que le défaut de donner l'avis n'a aucun effet sur la recevabilité de la preuve lorsque des accusations ont effectivement été portées à la suite de l'enquête²⁷⁴.

C'est uniquement dans des circonstances exceptionnelles que l'exclusion de la preuve peut se justifier sur la base du non-respect de disposition de la loi qui ne portent pas sur la légalité de l'interception. À l'heure actuelle, le *Règlement sur la protection de la vie privée*²⁷⁵ prévoit que le procureur général ou le solliciteur général doit certifier au tribunal le mode de signification de l'avis. Dans les cas où la personne n'a jamais fait l'objet d'une accusation et où, par voie de conséquence, les dispositions relatives à l'avis prévu à l'article 178.16 ne s'appliquent pas, cette exigence est suffisante, à charge d'apporter une légère modification à la formulation afin de montrer que l'exigence de certification existe non seulement «lorsqu'il a lui-même donné l'avis», mais aussi du fait que l'avis est obligatoire en vertu de l'article 178.23. Nous ne voyons aucun besoin d'une sanction particulière tant que l'on ne nous démontrera pas que le régime présent n'est pas adéquat.

Lorsque des accusations sont portées et qu'un avis est signifié en vertu de l'article 178.16, nous pensons que l'avis est adéquat et nous ne voyons pas la nécessité d'un avis plus détaillé en vertu de l'article 178.23, eu égard aux fins pour lesquelles cet avis est donné. Cependant, lorsque des accusations sont portées et que le ministère public n'a pas l'intention de fonder son accusation sur une preuve tirée de la surveillance électronique, il se peut que l'accusé ne reçoive jamais d'avis en vertu de l'article 178.16 et qu'il ne soit jamais au courant de l'interception, sauf en application de l'article 178.23. La connaissance de l'interception peut être un élément important de la possibilité pour l'accusé de présenter sa défense. Dans l'affaire récente *R. v. McLeod*²⁷⁶, un

273. *R. v. X*, Haute cour Ont., jugement rendu par le juge Steele le 15 mai 1984 (non publié).

274. *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)*, *supra*, note 31; *R. v. Miller and Thomas (No. 4)*, (1975) 28 C.C.C. (2d) 128 (Cour de comté C.-B.).

275. *Règlement sur la protection de la vie privée*, C.R.C. 1978, vol. 5, chap. 440.

276. *R. v. McLeod*, C.A. Ont., le 13 avril 1982 (jugement non publié).

des suspects accusés de meurtre a invoqué le moyen de défense de l'alibi. Il faisait partie d'une bande de motards et ignorait que le repaire des motards avait fait l'objet d'une surveillance électronique. Ce n'est qu'à la suite du pourvoi en cassation de sa condamnation, et dans des circonstances fortuites, que son avocat a appris l'existence de l'enregistrement de sa conversation téléphonique la nuit du meurtre, conversation qui pouvait confirmer son alibi. La Cour d'appel a cassé sa condamnation et ordonné la tenue d'un nouveau procès fondé sur les nouveaux éléments de preuve.

De plus, tant qu'une règle d'exclusion, même limitée, est en vigueur, il est important que l'accusé soit conscient de l'existence de toute interception. Il faut établir un mécanisme comme celui qui est prévu à l'article 178.23 pour l'en aviser.

Nous avons enfin examiné la question de la nécessité de l'avis dans le cas des interceptions effectuées avec le consentement des personnes visées. Comme la signification d'un avis après l'interception est exigée en réalité parce qu'aucune des parties n'est consciente de l'interception, nous ne croyons pas que le besoin de signifier un avis dans ces cas soit aussi impérieux. Nous nous préoccupons également du danger éventuel que pourraient courir les informateurs et les autres personnes qui ont aidé la police en acceptant, peut-être à leurs risques, d'être porteurs de dispositifs électroniques. Dans ce contexte, nous ne voyons aucun besoin de signification d'un avis en dehors du cadre du procès.

Il se peut qu'après la fin de l'enquête et l'expiration du délai, la personne visée ne soit plus retrouvable. Certaines forces policières ont comme politique de signifier à personne l'avis prévu à l'article 178.23, même si la loi ne les y oblige pas, et de déposer un affidavit devant le tribunal lorsque la partie ne peut être trouvée. Nous jugeons que la procédure d'affidavit est adéquate, bien que nous soyons d'avis qu'une déclaration signée par l'agent devrait suffire.

RECOMMANDATIONS

69. Si l'avis prévu au paragraphe 178.16(4) n'a pas été donné, la loi devrait obliger la remise, à toute personne ayant été l'objet d'interceptions, d'un avis indiquant la date de celles-ci et d'une copie de l'autorisation en vertu de laquelle elles ont eu lieu.

70. Sur demande écrite du prévenu, tout juge investi du pouvoir de donner une autorisation ou le juge du procès devrait pouvoir exiger du ministère public qu'il divulgue les renseignements dont le prévenu pourrait avoir besoin pour sa défense.

71. Pour l'application de la recommandation 65, le juge devrait pouvoir obliger le ministère public à demander aux organismes chargés de l'application de la loi tous les renseignements qu'il estime opportuns.

72. La loi devrait exiger que l'avis prévu à l'article 178.23 soit donné dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'expiration de l'autorisation ou du renouvellement, ou dans un délai plus long mais n'excédant pas trois ans si le juge est convaincu qu'en raison de la continuation de l'enquête, le fait de donner l'avis dans les quatre-vingt-dix jours ne servirait pas les intérêts de la justice.

73. Lorsqu'un avis prévu à l'article 178.23 ne peut être donné parce qu'une personne ne peut être trouvée, un agent de la paix au courant des efforts faits afin de trouver cette personne devrait produire devant le tribunal une déclaration écrite énonçant les motifs pour lesquels l'avis n'a pas été donné, de même que les efforts entrepris pour tenter de trouver la personne.

C. La divulgation des communications privées interceptées

L'article 178.2 du *Code criminel* instaure un mécanisme d'interdiction et de prévention qui régit l'utilisation et la divulgation de communications privées interceptées. En bref, l'interdiction vise l'utilisation ou la divulgation des communications privées interceptées, en tout ou en partie, ou la substance, le sens, l'objet ou l'existence, en tout ou en partie, de celles-ci, sans le consentement d'une partie à l'interception, à l'utilisation ou à la divulgation²⁷⁷.

Les exceptions prévues au paragraphe 178.2(2) soustraient à l'interdiction prévue au paragraphe précédent l'utilisation ou la divulgation à des fins d'enquête ou de preuve ou dans le cadre de la fourniture de services. Nous n'avons aucune raison de nous prononcer contre le fondement de ces exceptions qui représentent à notre avis un équilibre satisfaisant entre les principes du droit à la vie privée, de l'application efficace de la loi et du droit à un procès équitable. Il existe toutefois des raisons pratiques qui, dans le prolongement des fondements susmentionnés, militent fortement en faveur d'une clarification, voire d'une expansion, des exceptions prévues au paragraphe 178.2(2).

Les enquêtes comportant de la surveillance électronique entraînent naturellement des centaines, voire des milliers d'heures d'écoute et de transcription des communications enregistrées, de même que des registres d'interception apparemment sans fin. En pareil cas, des problèmes de preuve importants surgissent couramment, et il arrive souvent que l'on doive faire appel à l'expérience des procureurs de la Couronne pour déterminer s'il est opportun d'intenter une poursuite, et le cas échéant, sous quel chef d'accusation. En fait, il est hautement souhaitable qu'un examen juridique indépendant des fruits du processus d'interception ait lieu dès les premiers stades, de façon à s'assurer que seules les affaires ayant un fondement juridique suffisant déclenchent le processus pénal. Même si elles sont suffisamment larges pour permettre la divulgation visée, les

277. *Code criminel*, par. 178.2(1).

exceptions de divulgation actuelles pour des raisons d'enquête, soit les alinéas 178.2(2)b et e), devraient à notre avis être étendues de façon à permettre expressément cette divulgation. L'extension proposée ne compromet, à notre avis, aucun principe reconnu de droit à la vie privée, ni ne contrevient à l'esprit des recommandations que nous faisons.

Les communications privées interceptées conformément à une autorisation accordée par une autorité judiciaire canadienne compétente, peuvent à l'occasion apporter la preuve d'infractions commises entièrement au-delà de nos frontières, ou sur le point de l'être. Il existe des divergences d'opinions sur la question de savoir si les renseignements obtenus au moyen d'interceptions canadiennes autorisées judiciairement peuvent légalement être transmis à des organismes d'application de la loi étrangers. Bien qu'il semble hautement souhaitable que de tels renseignements soient communiqués aux autorités compétentes à l'étranger, ne serait-ce que pour respecter quelques-uns de nos engagements internationaux, il est tout aussi important que cette divulgation ne soit faite que pour autoriser des enquêteurs ou des agents de la paix dans certaines circonstances. En d'autres termes, une telle divulgation ne devrait être permise que lorsqu'elle est faite à des enquêteurs ou des agents de la paix dans des pays étrangers, et dans la mesure où elle fait état d'une infraction passée, actuelle ou éventuelle dans ces pays.

RECOMMANDATION

74. Le paragraphe 178.2(2) devrait être modifié de façon à créer une exemption expresse à l'interdiction prévue au paragraphe 178.2(1) dans les cas suivants :

- a) **lorsque la divulgation est faite à un agent de la paix, au *procureur général* ou à son *mandataire*, et qu'elle vise les intérêts de la justice; et**
- b) **lorsque la divulgation est faite à un enquêteur ou à un agent de la paix dans un pays étranger et qu'elle vise à révéler une infraction passée, actuelle ou éventuelle dans ce pays.**

D. L'aide dans l'exécution des ordonnances

Des problèmes difficiles surgissent dans l'exécution d'autorisations judiciaires lorsqu'il faut obtenir l'aide de responsables dans des locaux où les interceptions doivent avoir lieu, et d'entreprises de téléphonie, de télégraphie ou de télécommunications. Il arrive, par exemple, et ceci tout particulièrement dans les provinces de l'Ontario et du Québec, que les interceptions autorisées en vertu d'une ordonnance judiciaire ne puissent être exécutées parce que l'information et l'aide nécessaires n'ont pas été fournies par le service des communications en cause. Les tribunaux se sont prononcés sur la nécessité et la portée de l'intrusion dans la vie privée, mais l'absence d'aide retarde à tout le moins l'exécution de l'ordonnance, et la fait parfois échouer complètement.

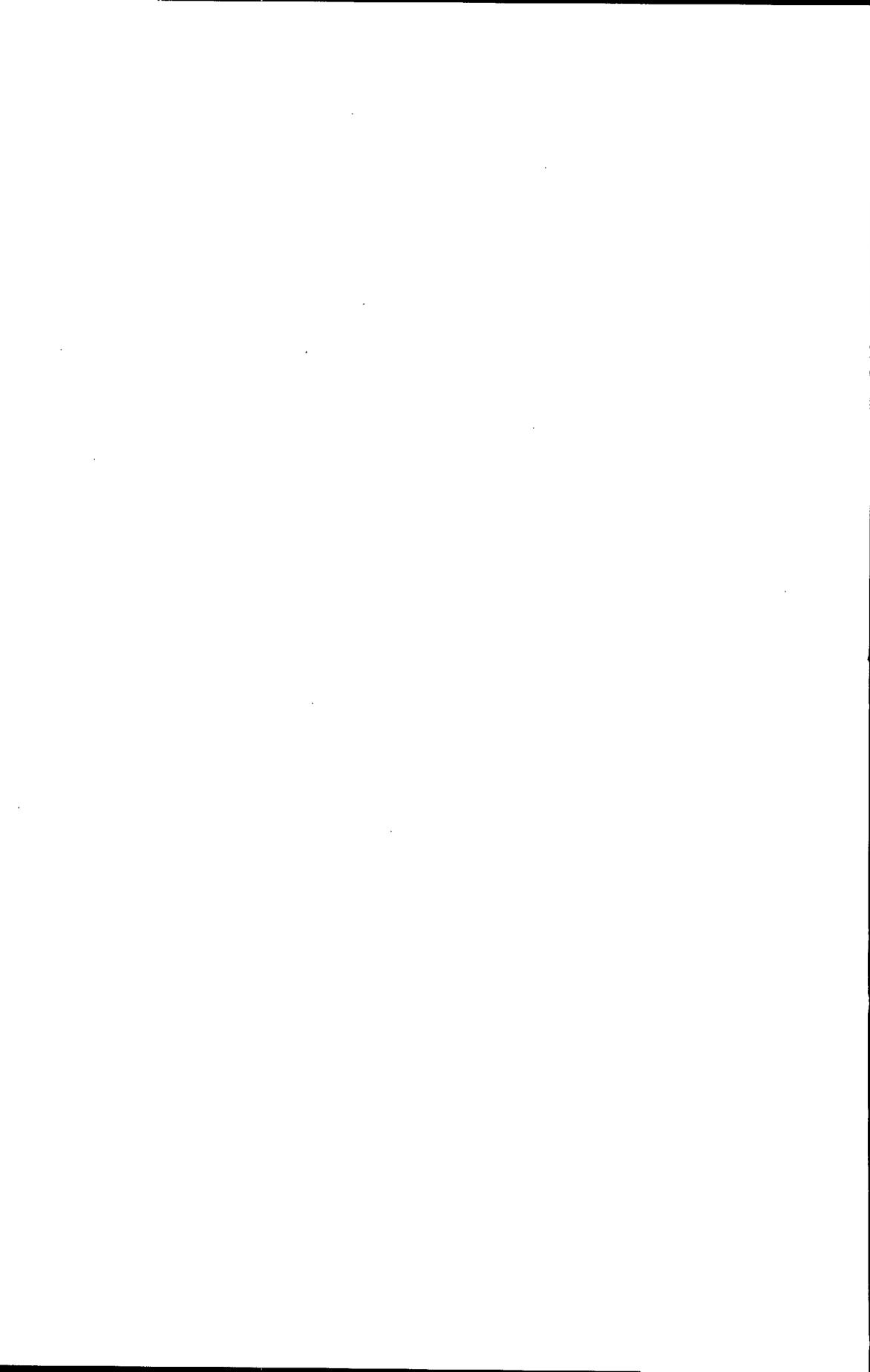
Des arguments semblables ont été avancés plus tôt à l'égard de l'entrée clandestine dans des lieux. Par analogie, nous ne voyons pas comment l'on peut, d'une part, autoriser explicitement quelqu'un à entrer dans des lieux pour y installer des dispositifs d'interception afin d'exécuter une autorisation, et en même temps, retirer cette autorisation lorsqu'on a uniquement besoin d'une aide dans une activité qui ne nécessite pas vraiment une introduction dans la propriété de la personne visée. Nous aimerions faire deux autres commentaires. Si l'on inclut dans la loi une disposition créant l'obligation d'apporter son concours, comme celle qui figure au paragraphe 2518(4) du Title III, il faut aussi lui adjoindre une sanction adéquate en cas de non-respect, de même qu'une exemption de responsabilité en vertu du paragraphe 178.11(2). En second lieu, la compagnie de communication devrait être remboursée selon le tarif en vigueur pour l'aide apportée.

RECOMMANDATIONS

75. Le juge qui accorde l'autorisation devrait être habilité de façon expresse à ordonner à toute personne, y compris les entreprises de communications ou de télécommunications, de même que les propriétaires, gardiens ou responsables des lieux, de fournir toute l'aide technique ou matérielle, de même que les renseignements qui peuvent raisonnablement être nécessaires pour exécuter l'interception en conformité avec l'autorisation, et à ordonner que ces personnes reçoivent juste compensation suivant le tarif en vigueur.

76. L'inobservation de l'autorisation devrait constituer un outrage au tribunal²⁷⁸.

278. Voir, à titre indicatif, le paragraphe 533(2) du *Code criminel*, qui rend coupable d'outrage au tribunal quiconque omet de se conformer aux termes d'une ordonnance de communication de toute pièce aux fins d'épreuve ou d'examen scientifique ou autre.



CHAPITRE QUATRE

Sommaire des recommandations

L'infraction

1. Les infractions pour lesquelles une autorisation d'intercepter des communications privées peut être obtenue devraient continuer de figurer sur une liste dressée à cette fin. Les infractions suivantes devraient être rayées de l'actuelle liste de l'article 178.1 : *Code criminel* — art. 58 (faux ou usage de faux, etc.), al. 159(1)a) (documentation pornographique), al. 195(1)a) (proxénétisme), art. 281.1 (encouragement au génocide), art. 314 (vol de courrier), art. 331 (menaces par lettres), art. 339 (emploi du courrier pour frauder); *Loi sur l'accise* — art. 158 et 163 (distillation ou vente illégale d'eau-de-vie).

2. Il y aurait lieu d'adjoindre à la liste les infractions prévues par le *Code criminel* qui suivent : al. 195(1)b), c), d), h) et i) (proxénétisme), art. 305.1 (taux d'intérêt criminel), art. 381.1 (menaces de commettre une infraction contre une personne jouissant d'une protection internationale).

3. La définition du crime organisé devrait être retirée de la liste des infractions visées, mais il devrait être possible d'obtenir une autorisation relativement aux enquêtes sur les complots, les tentatives et la complicité après le fait, en ce qui a trait à une infraction désignée, ou le fait de conseiller à une personne de commettre une telle infraction, de l'y amener ou de l'y inciter.

Les communications privées

4. L'expression «communication privée» devrait être définie de la façon suivante :

Toute communication orale ou télécommunication faites dans des circonstances telles que toute personne y participant peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles ne soient pas interceptées par le moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre.

5. Une communication devrait être considérée comme privée même si une personne qui y participe croit qu'elle pourrait faire l'objet d'une autorisation accordée par un tribunal à un organisme chargé de l'application de la loi.

6. Le paragraphe 178.11(2) devrait être modifié par l'adjonction de l'alinéa e) comme suit :

à une personne qui surveille à des fins de sécurité des communications faites par les détenus d'une prison définie par la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21 et d'un pénitencier défini par la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, lorsque le fait qu'une telle surveillance peut être effectuée est dévoilé dans une annonce placée bien en vue à l'endroit où la communication peut être faite.

7. La définition de l'expression «dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» devrait être modifiée comme suit :

«dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» désigne tout dispositif ou appareil utilisé ou pouvant être utilisé pour intercepter une communication privée, mais ne comprend pas un appareil de correction auditive utilisé pour améliorer, sans dépasser la normale, l'audition de l'utilisateur lorsqu'elle est inférieure à la normale, ni un dispositif tels l'enregistreur à plume, le décodeur d'impulsions multifréquences, le voyant à diode lumineuse ou autre dispositif similaire servant à identifier le numéro de téléphone composé ou l'interlocuteur et à obtenir l'heure et la date de l'appel téléphonique sans permettre l'interception des mots ni de tout autre renseignement.

Les dispositifs optiques

8. Devrait constituer une infraction le fait d'entrer dans un lieu privé, sans autorisation judiciaire ni consentement du propriétaire ou de l'occupant légitime, afin d'y installer un dispositif optique.

9. L'autorisation d'installer un dispositif optique devrait pouvoir être obtenue sur demande présentée à un tribunal, mais aux mêmes conditions qu'une autorisation en vue de l'installation d'un dispositif d'écoute par une entrée clandestine.

10. L'expression «dispositif optique» devrait, pour l'instant, désigner tout dispositif ou mécanisme susceptible de permettre l'observation visuelle clandestine de personnes ou d'objets.

L'interception de communications privées à l'étranger

11. La preuve primaire et dérivée obtenue grâce à une interception faite hors du Canada, peu importe le lieu d'origine de la communication privée et que l'interception ait été effectuée légalement ou non, devrait être recevable pourvu que l'interception n'ait pas été faite dans un pays étranger en contravention des lois de celui-ci et avec la connivence des autorités canadiennes.

12. Le tribunal devant qui une communication privée interceptée à l'étranger est produite en preuve ne doit mener une enquête sur l'admissibilité de cette preuve que si la personne contre laquelle on tente de la faire admettre présente des éléments de preuve qui pourraient amener le tribunal à conclure que l'interception a été faite en contravention des lois du pays étranger avec la connivence des autorités canadiennes.

13. Les dispositions actuelles du paragraphe 178.16(4) devraient s'appliquer aux éléments de preuve obtenus grâce à des interceptions effectuées à l'étranger.

La surveillance participative : l'interception consensuelle

14. Il devrait continuer d'être prévu à l'article 178.11 qu'il n'est pas illégal d'intercepter une communication privée avec le consentement exprès ou tacite d'une personne qui y participe.

15. L'infraction prévue au paragraphe 178.18(1) ne devrait pouvoir être reprochée à une personne en possession d'un dispositif, ou d'un élément de celui-ci, qu'elle utilise ou entend utiliser en vue de procéder à une interception avec le consentement d'une des personnes qui participe à la communication privée.

16. (1) Avant de procéder à l'interception visée par le présent article, le policier devrait informer la personne dont on cherche à obtenir le consentement, de son droit de refuser son consentement et de le retirer en tout temps.

(2) Le consentement visé par le présent article peut être donné soit oralement, soit par écrit.

17. La signature d'une personne sur un document l'informant de son droit de refuser son consentement et de le retirer en tout temps ou l'enregistrement d'un tel consentement constitue une preuve *prima facie* du consentement donné par la personne à l'interception.

La demande d'autorisation

18. La demande d'autorisation ou de renouvellement devrait continuer d'être présentée par écrit et d'être accompagnée par un affidavit rédigé par un policier. L'audition devrait se dérouler *ex parte* et à huis clos. Le juge devrait être habilité à assermenter le policier pour vérifier les faits supplémentaires sur lesquels s'appuie la demande. Cependant, si le juge se fonde sur de tels faits pour décider de la demande, ces faits seront consignés et placés dans un paquet scellé.

Les motifs de l'autorisation

19. L'alinéa 178.13(1)a) devrait être modifié. Il devrait disposer que le juge peut accorder une autorisation lorsqu'il est convaincu que cela servirait au mieux les intérêts de l'administration de la justice et l'intérêt public, compte tenu de la gravité de l'infraction qui fait l'objet de l'enquête.

Les infractions interprovinciales

20. Le paragraphe 178.12(1) devrait être modifié afin qu'une autorisation puisse être accordée lorsque les communications de la personne visée peuvent être interceptées dans la province, même s'il est allégué que l'infraction a été commise dans une autre province.

La restriction des interceptions

21. L'autorisation ne devrait être accordée qu'à l'égard des personnes dont l'interception des communications privées fera avancer l'enquête sur l'infraction, du fait de leur participation à cette infraction.

22. L'article 178.13 devrait être modifié afin que le juge puisse insérer dans l'autorisation les modalités suivantes :

- a) le dispositif devrait faire l'objet d'une surveillance humaine constante pendant toute la période où l'on se propose d'intercepter ou d'enregistrer des communications privées;
- b) dans toute la mesure raisonnablement possible, seules les conversations des personnes visées devraient être interceptées et enregistrées;
- c) lorsque l'on se propose d'intercepter les communications à un téléphone que le public peut utiliser, l'interception devrait faire l'objet d'une surveillance humaine et être accompagnée d'une surveillance visuelle;
- d) il convient de prendre des mesures raisonnables pour éviter l'interception de communications privées entre conjoints, entre les médecins et leurs patients ou des autres communications faites sous le sceau du secret professionnel;
- e) il convient de prendre des mesures raisonnables pour éviter d'intercepter les communications privées des personnes visées lorsque, d'après les communications antérieures, elles ne peuvent vraisemblablement pas faire avancer l'enquête sur l'infraction;
- f) l'interception devrait cesser lorsque le but de l'enquête a été atteint;
- g) l'interception d'une ligne téléphonique utilisée par plusieurs personnes ne doit être réalisée que lorsque la ligne fait l'objet d'une surveillance;

h) toute autre modalité que le juge estime opportune afin de restreindre l'interception et l'enregistrement des communications privées n'ayant aucun rapport avec l'enquête.

23. L'autorisation devrait porter, comme condition, que lorsqu'on se propose d'effectuer une interception dans un lieu mentionné au paragraphe 178.13(1.1), il convient de prendre des mesures raisonnables afin de veiller à ce que les communications entre avocats et clients, protégées par le secret professionnel, ne soient ni interceptées ni enregistrées.

24. Lorsqu'il y a lieu de croire que si l'autorisation est accordée, les communications entre la personne visée et son avocat, protégées par le secret professionnel, risquent d'être interceptées, ce fait devrait être divulgué au moment où la demande d'autorisation est présentée.

25. Dans les cas où la recommandation 21 s'applique, l'autorisation devra porter, comme condition, que dans la mesure raisonnablement possible, les communications entre la personne visée et son avocat, protégées par le secret professionnel, ne doivent être ni interceptées ni enregistrées.

Les clauses générales

26. Sous réserve des dispositions de la recommandation 27, l'autorisation devrait comporter une clause désignant, par leur nom ou autrement, les personnes à l'égard desquelles il existe des motifs raisonnables de croire que l'interception de leurs communications privées pourrait faire avancer l'enquête sur l'infraction en cause, en raison de leur participation à cette infraction.

27. L'autorisation devrait en outre pouvoir comporter une clause permettant l'interception des communications privées d'une catégorie de personnes non désignées, s'il existe des motifs raisonnables de croire que cette interception pourrait faire avancer l'enquête sur l'infraction en cause, en raison de leur participation à cette infraction.

28. Sous réserve des dispositions de la recommandation 29, l'autorisation devrait restreindre les interceptions à des lieux désignés.

29. L'autorisation devrait pouvoir comporter une clause permettant l'interception de communications privées dans des lieux non désignés, mais fréquentés par des personnes connues et identifiées dans l'autorisation. Seules devraient toutefois pouvoir être interceptées dans ces lieux les communications privées auxquelles la personne connue et identifiée participe, à moins qu'un mandataire spécialement désigné à cette fin n'ait demandé par écrit au juge qui a autorisé initialement la demande de modifier celle-ci dans les plus brefs délais. La demande de modification doit être accompagnée de l'affidavit de l'agent de police énonçant les motifs de l'interception dans ces lieux, le nom des personnes dont les communications privées

sont susceptibles d'être interceptées ainsi que les raisons pour lesquelles l'interception dans ces lieux est nécessaire. Le juge peut refuser de modifier l'ordonnance ou y apporter une modification dont l'entrée en vigueur est fixée à la date où la première interception a eu lieu à la nouvelle adresse désignée, à moins qu'il ne soit pas convaincu que la demande a été présentée dans les plus brefs délais, auquel cas la modification pourra prendre effet à la date que le juge estimera opportune.

30. La loi devrait énumérer les conditions *pouvant* figurer dans l'autorisation, par exemple :

a) l'obligation d'informer périodiquement le juge ayant autorisé l'interception, au sujet de l'identité des personnes dont les communications sont interceptées en vertu d'une autorisation générale;

b) l'obligation d'informer périodiquement le juge ayant autorisé l'interception, au sujet des lieux, non désignés précisément dans l'autorisation, où l'on se livre à des interceptions.

L'entrée clandestine

31. Le juge qui délivre l'autorisation devrait être investi du pouvoir d'autoriser l'introduction dans un lieu privé sans le consentement de l'occupant en vue de l'installation, de l'enlèvement ou de la réparation d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre.

32. Le juge qui délivre l'autorisation ne devrait pouvoir donner cette autorisation que lorsque les circonstances entourant l'infraction sont graves et que l'obtention d'éléments de preuve pertinents est très probable.

33. La demande d'autorisation qui comprend l'autorisation de faire une entrée clandestine devrait énoncer les motifs pour lesquels cette entrée est nécessaire et préciser pourquoi les autres moyens moins attentatoires à la vie privée ne seraient pas suffisants dans ce cas.

34. Devrait constituer une infraction le fait d'entrer dans des lieux privés sans le consentement de l'occupant en vue d'installer, de réparer ou d'enlever un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre et sans l'autorisation accordée en vertu de la Partie IV.1 du *Code criminel*. Devrait également constituer une infraction le fait de retirer des lieux quelque chose que ce soit au moment de l'entrée.

35. Le policier qui effectue l'entrée clandestine ne devrait pas être autorisé à recourir à la force contre quiconque pour entrer dans les lieux ou en sortir, sauf dans la mesure nécessaire pour assurer sa propre protection ou celle des autres.

36. Le juge qui délivre l'autorisation peut ordonner ou interdire l'utilisation de certains moyens pour l'entrée clandestine.

37. Après l'enquête, le propriétaire et l'occupant des lieux devraient être avisés de l'entrée clandestine, et copie de l'ordonnance autorisant l'entrée devrait leur être donnée.

38. Des mesures raisonnables devraient être prises en vue de la réparation de tout dommage causé aux lieux ou de l'indemnisation du propriétaire pour tout dommage important non réparé.

39. La consommation d'une faible quantité d'électricité pour assurer le fonctionnement du dispositif ne devrait pas constituer une infraction criminelle.

Les renouvellements

40. Lorsque, à la connaissance du mandataire désigné ou du souscripteur de l'affidavit présenté à l'appui de la demande d'autorisation, une autorisation a déjà été donnée au sujet de la même enquête ou d'une enquête connexe, la demande devrait comporter les renseignements mentionnés à l'alinéa 178.13(3)b) du *Code*.

41. Toute autorisation renouvelée devrait pouvoir comporter le nom des personnes antérieurement visées par l'autorisation mais qui n'y étaient pas nommées.

42. Toute autorisation renouvelée peut permettre l'interception, dans de nouveaux lieux, de communications auxquelles participent des personnes visées par l'autorisation initiale.

43. Des modifications mineures peuvent être apportées aux conditions de l'autorisation à l'occasion d'un renouvellement, notamment les suivantes :

- a) la désignation différente ou plus précise de personnes ou de lieux;
- b) la modification des moyens d'interception ou la désignation de nouveaux moyens;
- c) la modification des infractions visées par l'autorisation initiale ou l'adjonction d'infractions ayant un rapport manifeste avec celles-ci et entrant dans le cadre de la même enquête.

44. Toute autorisation renouvelée devrait pouvoir comporter des conditions qui ne faisaient pas partie de l'autorisation initiale et qui sont destinées à restreindre l'interception de communications n'ayant aucun rapport avec l'infraction.

45. Aucune autorisation ne devrait pouvoir être renouvelée pour une période de plus de trente jours ou, si l'on établit l'existence de circonstances particulières, de plus de soixante jours. L'expression «circonstances particulières» désigne ici des circonstances telles que vraisemblablement l'enquête ne sera pas terminée au bout de trente jours *et* qu'il serait impossible en pratique d'obtenir un autre renouvellement dans les trente jours. Lorsqu'un juge délivre un renouvellement d'une durée supérieure à trente jours, il devrait être tenu de préciser, au recto de l'autorisation, les raisons qui motivent sa décision, ainsi que les circonstances particulières de l'enquête.

46. Dans tous les cas visés à la recommandation 45, le juge devrait être tenu de s'assurer que l'obtention d'un renouvellement de l'autorisation serait impossible dans les circonstances. Le juge ne devrait en aucun cas accorder l'autorisation s'il a des motifs de croire que l'on cherche à échapper aux exigences de la recommandation 45. Si le renouvellement ne peut être obtenu pour la seule raison que le précédent renouvellement ou l'autorisation n'est plus en vigueur, la nouvelle autorisation devrait avoir une durée de trente jours à moins que l'on démontre l'existence de circonstances particulières.

47. La loi devrait énoncer une liste des conditions susceptibles d'être incluses dans l'autorisation renouvelée, par exemple les suivantes :

- a) la fin obligatoire de l'interception lorsque le but de l'autorisation initiale est atteint;
- b) l'obligation de présenter toute demande ultérieure de renouvellement ou d'autorisation au juge qui a accordé l'autorisation ou le renouvellement initiaux.

La vérification de l'autorisation et le secret

48. L'article 178.14 du *Code criminel* devrait être modifié pour inclure ce qui suit :

- a) en plus des exceptions prévues à l'alinéa (1)a), donner accès aux documents du paquet scellé afin de permettre d'examiner une demande d'autorisation relative à des enquêtes connexes;
- b) permettre au mandataire spécialement désigné de conserver une copie conforme de tous les documents relatifs à la demande faite en vertu de l'article 178.12 ou du paragraphe 178.13(3).

49. Lorsqu'il donne le préavis prévu au paragraphe 178.16(4), le ministère public inclut une copie de l'autorisation et des renouvellements en vertu desquels les interceptions ont eu lieu, et sous réserve d'une ordonnance de la Cour, une copie de tous les documents relatifs à une demande d'autorisation ou de renouvellement.

50. Avant de donner le préavis prévu au paragraphe 178.16(4), le mandataire spécialement désigné peut, dans une requête *ex parte* et hors cour, demander à un juge défini à l'article 482 du *Code criminel* d'émettre une ordonnance de non-divulgaration de certaines parties des documents pour le motif que leur divulgation risque d'entraîner la révélation de l'identité de l'informateur ou de celle de toute personne ayant collaboré à l'enquête; dans ce dernier cas, il faut montrer que la non-divulgaration de l'identité de ces personnes ne nuit pas à l'intérêt public. La demande doit être faite par écrit et être accompagnée de l'affidavit de l'agent de la paix.

51. La personne contre qui l'on cherche à faire admettre une preuve en vertu de l'alinéa 178.16(1)a) du *Code criminel* à la suite d'une interception effectuée

en vertu d'une autorisation ou d'un renouvellement, peut demander lors de l'enquête préliminaire ou du procès, que la preuve ou la preuve dérivée soient exclues en raison d'un vice de fond dans la demande d'autorisation ou de renouvellement. La procédure suivante devrait s'appliquer :

- a) la demande devrait être faite par écrit et être accompagnée d'un affidavit (ou d'une preuve donnée de vive voix avec la permission du juge);
- b) le juge ne doit tenir une enquête sur la validité de la demande d'autorisation ou de renouvellement que si la demande et la preuve y afférente, de même que les documents divulgués en vertu de la recommandation 49, soulèvent réellement, à l'égard de la demande, la question d'un vice de fond, au sens de la recommandation 62, qui pourrait entraîner l'exclusion de la preuve;
- c) lorsque le juge ordonne une enquête, il incombe au ministère public de prouver au tribunal que la demande n'est entachée d'aucun vice de fond au sens de la recommandation 62;
- d) l'affidavit et le témoignage de l'accusé ne peuvent être invoqués par le ministère public à l'étape de l'enquête préliminaire ou du procès.

L'autorisation en cas d'urgence : l'article 178.15

52. L'article 178.15 devrait être modifié par l'adjonction du paragraphe (6) suivant :

La recevabilité de la preuve obtenue à la suite d'une ordonnance délivrée en vertu du présent article n'est pas entachée par le fait que le dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre a été installé avant l'obtention de l'ordonnance, lorsque l'ordonnance rendue en vertu du présent article a été obtenue à l'égard d'une infraction visée par le paragraphe 247(1) (enlèvement) et qu'aucune communication privée n'a été obtenue au moyen de ce dispositif avant l'obtention de l'ordonnance.

53. Une demande d'autorisation en cas d'urgence en vertu de l'article 178.15 devrait obligatoirement être faite par écrit, par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication, et il devrait y avoir consignation des faits, notamment : une déclaration des motifs pour lesquels l'autorisation ne pouvait, avec une diligence raisonnable, être obtenue en vertu de l'article 178.13; les faits justifiant l'obtention d'une autorisation, de même que les faits particuliers de l'infraction; le nom des personnes dont on cherche à intercepter les communications privées ainsi que les lieux de l'interception.

La recevabilité de la preuve relative à d'autres infractions

54. Lorsque le ministère public entend présenter, à l'enquête préliminaire ou au procès portant sur des infractions non désignées dans une autorisation, des

preuves primaires obtenues grâce à celle-ci, le juge qui préside l'instance devrait avoir l'obligation de tenir un voir-dire afin de déterminer si l'interception des preuves touchant ces infractions a été effectuée de bonne foi.

55. Pour l'application de la recommandation 54, l'expression «bonne foi» a la signification suivante :

a) au moment de la demande d'autorisation ou de renouvellement, il était raisonnablement impossible de prévoir l'obtention de preuves relatives à des infractions non désignées dans la demande;

b) si l'on prévoyait obtenir des éléments de preuve relatifs à d'autres infractions, celles-ci n'ont pas été désignées dans la demande parce qu'il ne s'agissait pas d'infractions susceptibles de donner lieu à une autorisation *et* qu'elles ne formaient pas l'objet principal de l'enquête, mais n'étaient *qu'indirectement reliées* à l'enquête sur les infractions désignées dans l'autorisation;

c) au moment de la demande ou du renouvellement, on a déclaré au juge à quelles autorités l'on entendait remettre les renseignements obtenus grâce à l'interception;

d) lorsque les éléments de preuve concernent une infraction à l'égard de laquelle il était possible d'obtenir une autorisation, et si l'on croyait possible d'obtenir des preuves de cette infraction, cette croyance a été divulguée dans les documents présentés à l'appui de la demande *et* l'infraction n'a pas été désignée dans l'autorisation pour les seules raisons suivantes :

(i) les soupçons n'étaient pas suffisants pour satisfaire au critère prévu par la loi;

(ii) l'enquête sur l'infraction en question ne constituait pas le but principal de l'enquête, mais n'en était *qu'un but secondaire*.

56. S'il n'est pas convaincu que l'interception relative aux autres infractions a été effectuée de bonne foi, le juge devrait être tenu d'écarter les preuves primaires et être autorisé à écarter les preuves dont le caractère dérivé est démontré, dès lors qu'il est persuadé que leur réception en preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le recours en cas de dérogation au régime législatif

57. Le préavis raisonnable prévu au paragraphe 178.16(4) devrait être exigé dans tous les cas où le ministère public entend présenter une communication privée interceptée.

58. Lorsque le ministère public a omis de donner un préavis raisonnable, le juge président l'enquête préliminaire ou le juge du procès devrait pouvoir ajourner l'instance afin d'obliger le ministère public à donner un tel préavis, et prendre toute autre mesure nécessaire pour s'assurer que le préavis raisonnable est donné avant le début des procédures, compte tenu du droit de l'accusé de subir son procès dans un délai raisonnable.

59. L'article 457.3 devrait être modifié par l'adjonction de la disposition suivante à l'alinéa d.1) :

le juge de paix peut admettre en preuve par écrit, de vive voix, ou sous forme d'enregistrement, une communication privée qui a été apparemment interceptée au sens de la Partie IV.1 ou tout élément de preuve obtenu par suite d'une telle interception; l'article 178.16 ne s'applique pas au présent article.

60. Les preuves primaires obtenues grâce à la surveillance électronique devraient être irrecevables sauf si :

- a) l'interception a été légalement effectuée
 - (i) avec le consentement d'une personne qui a participé à la communication,
 - (ii) en conformité avec les conditions d'une autorisation;
- b) une personne qui a participé à la communication consent à leur réception en preuve.

61. Le juge du procès devrait être tenu de recevoir les preuves primaires obtenues en conformité apparente avec une autorisation ou un renouvellement entachés d'un vice manifeste, sauf si les agents ne pouvaient raisonnablement croire en la validité de l'autorisation ou du renouvellement.

62. Pour l'application de la recommandation 51, la demande devrait être considérée comme entachée d'un vice de fond si, en raison d'énoncés dans la demande ou l'affidavit qui, à la connaissance des enquêteurs, étaient faux, d'énoncés qui ont été faits sans que l'on se soucie de leur véracité ou de leur fausseté, ou d'omissions délibérées ou faites par insouciance, il est établi

- a) qu'aucune des conditions préalables énoncées à l'alinéa 178.13(1)b) n'existait;
- b) que l'on n'avait aucun motif raisonnable et probable de croire qu'une personne désignée dans l'autorisation était en train de commettre l'infraction visée;
- c) qu'il existe d'autres raisons permettant raisonnablement de conclure que si la véritable situation avait été connue, l'autorisation n'aurait pas été accordée, ou qu'elle l'aurait été sous une forme substantiellement différente.

63. Les preuves qui sont dérivées de preuves primaires irrecevables devraient être elles-mêmes irrecevables si, de l'avis du tribunal et eu égard à toutes les circonstances, le fait de les recevoir en preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

64. Toute preuve devrait être tenue pour dérivée d'une preuve primaire dans le cas où elle n'aurait pu être obtenue sans l'acquisition de cette dernière. Ne constitue pas, toutefois, une preuve dérivée

- a) celle qui est obtenue en vertu d'une autorisation valide par ailleurs, même si celle-ci est fondée sur les éléments de preuve obtenus grâce à une autorisation invalide;
- b) celle qui consiste dans la déposition d'une personne qui a assisté à la perpétration d'une infraction, même si l'identité du témoin a été découverte par le moyen d'une preuve primaire inadmissible.

65. Lorsqu'une preuve primaire est déclarée irrecevable, le ministère public devrait être tenu de préciser, le cas échéant, quels éléments de preuve en sont dérivés et les raisons pour lesquelles tout autre élément de preuve n'en est pas dérivé. Pour déterminer le bien-fondé de ces raisons, le ministère public ou le prévenu devrait pouvoir, avec l'autorisation du tribunal, citer tout témoin pour le contre-interroger, et le prévenu, avec l'autorisation du tribunal, devrait pouvoir examiner toute bande ou transcription relative à l'enquête, qu'il ait ou non participé à la communication interceptée.

66. Les preuves par affidavit devraient être recevables et, sauf preuve contraire, devraient permettre d'établir les faits suivants :

- a) les lieux et les moments de l'interception;
- b) la garde et la continuité des enregistrements;
- c) le mode d'interception;
- d) la signification du préavis.

67. Toute copie de l'autorisation signée par un juge devrait être recevable sans qu'il soit nécessaire d'établir l'authenticité de la signature.

68. La description, dans une autorisation, du statut de l'agent désigné devrait constituer la preuve de sa désignation.

L'avis en vertu de l'article 178.23

69. Si l'avis prévu au paragraphe 178.16(4) n'a pas été donné, la loi devrait obliger la remise, à toute personne ayant été l'objet d'interceptions, d'un avis indiquant la date de celles-ci et d'une copie de l'autorisation en vertu de laquelle elles ont eu lieu.

70. Sur demande écrite du prévenu, tout juge investi du pouvoir de donner une autorisation ou le juge du procès devrait pouvoir exiger du ministère public qu'il divulgue les renseignements dont le prévenu pourrait avoir besoin pour sa défense.

71. Pour l'application de la recommandation 65, le juge devrait pouvoir obliger le ministère public à demander aux organismes chargés de l'application de la loi tous les renseignements qu'il estime opportuns.

72. La loi devrait exiger que l'avis prévu à l'article 178.23 soit donné dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'expiration de l'autorisation ou du renouvellement, ou dans un délai plus long mais n'excédant pas trois ans si le juge est convaincu qu'en raison de la continuation de l'enquête, le fait de donner l'avis dans les quatre-vingt-dix jours ne servirait pas les intérêts de la justice.

73. Lorsqu'un avis prévu à l'article 178.23 ne peut être donné parce qu'une personne ne peut être trouvée, un agent de la paix au courant des efforts faits afin de trouver cette personne devrait produire devant le tribunal une déclaration écrite énonçant les motifs pour lesquels l'avis n'a pas été donné, de même que les efforts entrepris pour tenter de trouver la personne.

La divulgation des communications privées interceptées

74. Le paragraphe 178.2(2) devrait être modifié de façon à créer une exemption expresse à l'interdiction prévue au paragraphe 178.2(1) dans les cas suivants :

- a) lorsque la divulgation est faite à un agent de la paix, au *procureur général* ou à son *mandataire*, et qu'elle vise les intérêts de la justice; et
- b) lorsque la divulgation est faite à un enquêteur ou à un agent de la paix dans un pays étranger et qu'elle vise à révéler une infraction passée, actuelle ou éventuelle dans ce pays.

L'aide dans l'exécution des ordonnances

75. Le juge qui accorde l'autorisation devrait être habilité de façon expresse à ordonner à toute personne, y compris les entreprises de communications ou de télécommunications, de même que les propriétaires, gardiens ou responsables des lieux, de fournir toute l'aide technique ou matérielle, de même que les renseignements qui peuvent raisonnablement être nécessaires pour exécuter l'interception en conformité avec l'autorisation, et à ordonner que ces personnes reçoivent juste compensation suivant le tarif en vigueur.

76. L'inobservation de l'autorisation devrait constituer un outrage au tribunal.