

“MUST THE POLICE REFUSE TO LOOK?” RESOLVING THE EMERGING CONFLICT IN SEARCH AND SEIZURE OVER CIVILIAN DISCLOSURE OF DIGITAL EVIDENCE

*Robert Diab**

Courts in Canada are dealing more frequently with an old problem in a new guise: civilians bringing police digital evidence that engages a suspect's privacy interest (text messages, email). Do police carry out a seizure when they receive it or a search when they proceed to review it, even briefly? Should police 'refuse to look' before obtaining a warrant or other authorization? If so, why? What measure of protection would calling this a search or seizure under section 8 of the *Charter* afford Canadians? The Supreme Court of Canada has yet to decide these issues directly, and trial, appeal courts, and commentators have offered widely diverging responses to the questions they raise. In doing so, courts and commentators alike have lost sight of the Supreme Court's principled approach to what constitutes a search or seizure and when it will be reasonable. Applying this approach in *R v Marakah*, McLachlin CJ in *obiter* held that receiving a text exchange from a third party would require police to obtain a warrant before reading it, but she provided no rationale. This article articulates the Court's principled approach and shows why diverging approaches among recent courts and commentators are not compelling. More crucially, given how central digital communication has become to all of us, the article sets out a rationale for insisting on a warrant before police review texts or photos, and what is at stake in failing to provide this vital safeguard.

Les tribunaux canadiens sont plus souvent confrontés à un vieux problème sous une nouvelle forme : des civils apportent à la police des preuves numériques qui mettent en jeu le droit à la vie privée d'un suspect (messages textuels, courriels). La police doit-elle procéder à une enquête lorsqu'elle reçoit ces preuves ou à une perquisition lorsqu'elle les examine, même brièvement ? La police doit-elle « refuser de regarder » avant d'obtenir un mandat ou une autre autorisation ? Dans l'affirmative, pourquoi ? Quel degré de protection les Canadiens obtiendraient-ils en qualifiant cet acte de perquisition ou de saisie en vertu de l'article 8 de la *Charte* ? La Cour suprême du Canada n'a pas encore tranché directement ces questions, et les tribunaux de première instance, les cours d'appel et les commentateurs ont apporté des réponses très divergentes aux questions qu'elles soulèvent. Ce faisant, les tribunaux et les commentateurs ont perdu de vue l'approche de principe de la Cour suprême sur ce qui constitue une fouille, une perquisition ou une saisie et sur le caractère raisonnable d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Appliquant cette approche dans l'affaire *R v Marakah*, la juge McLachlin a estimé, en *obiter*, que la réception d'un échange de texte par un tiers nécessiterait que la police obtienne un mandat avant de le lire, mais elle n'a fourni aucun raisonnement. Cet article articule l'approche de principe de la Cour et montre pourquoi les approches divergentes des tribunaux récents et des commentateurs ne sont pas convaincantes. Plus important encore, étant donné que la communication numérique est devenue centrale pour chacun d'entre nous, l'article explique pourquoi il faut insister sur l'obtention d'un mandat avant que la police n'examine des textes ou des photos, et ce qui est en jeu si l'on ne fournit pas ce garde-fou vital.

* Faculty of Law, Thompson Rivers University.

© Robert Diab 2023

Citation: (2023) 68:4 McGill LJ 369 — Référence : (2023) 68:4 RD McGill 369