

Marc Michaud Appellant

v.

**The Attorney General of
Quebec** Respondent

and

**The Attorney General of Canada and the
Canadian Bar Association** Interveners

INDEXED AS: MICHAUD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 23764.

1996: January 25; 1996: September 12.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT FOR
QUEBEC

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Access to recordings made during wiretap — Whether person who was under electronic surveillance but not subsequently charged may have access to sealed packet and to recordings made during wiretap — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 187(1)(a)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The appellant, a lawyer, was the target of an authorized wiretap as part of a police investigation into the leak of confidential government documents. During the investigation, his house was searched, pursuant to a search warrant, and he was arrested and detained without the benefit of counsel. A superior court judge found that both the search and the detention were unreasonable and unlawful. No criminal charges were laid against the appellant. Informed of the wiretap authorization in accordance with s. 196 of the *Criminal Code*, the appellant filed a motion requesting a judicial order to open the sealed packet as well as copies of the police tapes of his private communications. In his motion, the appellant stated that he intended to file a civil action to obtain compensation for the damage he claimed to have suffered as a result of the police action against him. He also stated that he had reasonable grounds to believe that the

Marc Michaud Appellant

c.

Le procureur général du Québec Intimé

et

**Le procureur général du Canada et
l'Association du Barreau
canadien** Intervenants

RÉPERTORIÉ: MICHAUD c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 23764.

1996: 25 janvier; 1996: 12 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Accès aux enregistrements obtenus durant l'écoute — Une personne qui a fait l'objet d'écoute électronique mais qui n'a pas été accusée par la suite peut-elle avoir accès au paquet scellé et aux enregistrements obtenus durant l'écoute? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187(1)(a)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

L'appelant, qui est avocat, a été la cible d'une écoute électronique autorisée dans le cadre d'une enquête policière sur la fuite de documents confidentiels du gouvernement. Durant l'enquête, sa maison a été perquisitionnée en vertu d'un mandat de perquisition et il a été arrêté et détenu sans bénéficier des services d'un avocat. Un juge de cour supérieure a conclu que la perquisition et la détention étaient abusives et illégales. Aucune accusation criminelle n'a été portée contre l'appelant. Informé de l'autorisation d'écoute électronique conformément à l'art. 196 du *Code criminel*, l'appelant a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance judiciaire pour faire ouvrir le paquet scellé ainsi que des copies des bandes magnétiques sur lesquelles les policiers avaient enregistré ses communications privées. Dans sa requête, l'appelant alléguait avoir l'intention de déposer devant un tribunal civil une action en dom-

application for authorization did not refer to his status as a lawyer, contrary to s. 185(1)(e) of the *Code*. Finally, he claimed that the electronic surveillance conducted against him did not comply with the requirements of Part VI of the *Code*. The judge examined the documents in the sealed packet *in camera* and assured the appellant that his status as a lawyer was mentioned therein. He also said that the appellant's motion was premature since he was neither an accused nor a plaintiff in a civil action. The judge denied the motion, holding that where the request for access under s. 187(1)(a)(ii) of the *Code* originates from a non-accused target, the *Code* requires that such authorizations remain confidential. He left open the possibility that such a request might be entertained by the judge who presided over the civil suit. This Court granted leave to appeal from that judgment pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: A judge is entitled to examine the contents of the packet in private for the restricted purpose of adjudicating a s. 187(1)(a)(ii) application. The confidentiality interests underlying the provision are simply not triggered when a competent judicial authority examines the contents of the packet *in camera*. As illustrated in this instance, such an examination would be helpful in promptly disposing of a motion for access where the alleged deficiencies of the application are simply not borne out on the face of the application. If an order for access is not issued, the relevant materials would be returned to the packet, with no disclosure of the contents to parties.

Since the advent of the *Charter*, the target of a wiretap authorization who subsequently faces criminal prosecution on the basis of intercepted communications is automatically entitled to gain access to the materials within the packet, subject only to the Crown's right to apply to have the materials edited. The discretion vested under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* must be exercised systematically in favour of access to give effect to an accused's right to full answer and defence under s. 7 of the *Charter* and an accused's right to challenge the admission of potentially unlawfully intercepted evidence under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. However, the pre-*Charter* interpretation of s. 187(1)(a)(ii) continues to operate in relation to non-

mages-intérêts pour le préjudice qu'il prétendait avoir subi par suite des agissements des autorités policières. De plus, il alléguait avoir des motifs raisonnables de croire que la demande d'autorisation ne mentionnait pas sa qualité d'avocat, contrairement à l'al. 185(1)(e) du *Code*. Finalement, il alléguait que la surveillance électronique dont il avait fait l'objet ne respectait pas les exigences de la partie VI du *Code*. Le juge a pris connaissance à huis clos des documents placés dans le paquet scellé et a certifié à l'appelant que sa qualité d'avocat y était mentionnée. De plus, il a précisé que la requête de l'appelant était à ce stade prématurée, puisqu'il n'était alors ni accusé ni demandeur dans une action civile. Le juge a rejeté la requête, statuant que, lorsque la demande d'accès visée au sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code* est présentée par une cible qui n'a pas été accusée, le *Code* exige que de telles autorisations restent confidentielles. Il n'a pas écarté la possibilité que cette demande puisse être modifiée par le juge présidant le procès civil. Notre Cour a accordé l'autorisation d'en appeler de ce jugement en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Un juge a le droit d'examiner le contenu du paquet en privé dans le but restreint de trancher une demande fondée sur le sous-al. 187(1)(a)(ii). Le droit à la confidentialité qui sous-tend la disposition n'est tout simplement pas mis en jeu quand une autorité judiciaire compétente examine le contenu du paquet à huis clos. Comme le montre bien la présente affaire, un tel examen serait utile pour disposer rapidement d'une demande d'accès lorsque les lacunes alléguées de la demande ne ressortent pas à sa lecture même. Si le tribunal ne rendait pas d'ordonnance d'accès, les documents pertinents seraient remis dans le paquet et son contenu ne serait pas divulgué aux parties.

Depuis l'adoption de la *Charte*, la cible d'une autorisation d'écoute électronique qui fait face ensuite à des poursuites criminelles fondées sur les communications interceptées a automatiquement le droit d'avoir accès aux documents qui se trouvent dans le paquet, sous réserve seulement du droit du ministère public de demander la révision des documents. Le pouvoir discrétionnaire accordé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel* doit être exercé systématiquement en favorisant l'accès au paquet pour donner effet au droit de l'accusé à une défense pleine et entière prévu à l'art. 7 de la *Charte* et à son droit de contester, en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*, l'admission d'éléments de preuve qui pourraient avoir été inter-

accused. Where a former surveillance target applies for access in the absence of any threat of criminal prosecution, different considerations apply. Parliament clearly intended that the state's pressing interest in confidentiality of the packet should represent the dominant consideration in the exercise of this discretion. In light of the crucial fact that a competent judge will have already examined and approved a surveillance application prior to the wiretap, Canadian courts have properly concluded that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised upon a preliminary showing which suggests that the initial authorization was obtained in an unlawful manner. An interested non-accused party who seeks access to the packet must thus demonstrate more than a mere suspicion of police wrongdoing; he will normally be compelled to produce some evidence which suggests that the authorization was procured through fraud or wilful non-disclosure by the police.

The settled, purposive interpretation of s. 187(1)(a)(ii) with respect to non-accused targets should not be altered in light of s. 8 of the *Charter*. While an individual has an important and vital right to the disclosure of governmental information in order to effectuate his substantive constitutional rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*, this right does not compel absolute access to confidential information held by the state where the individual does not face the jeopardy of the criminal process. The existing judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii) strikes an appropriate balance between the individual's interest in contesting the validity of an authorized interception of communications and the public's interest in the confidentiality of law enforcement techniques and police informers. Under Part VI, where an individual receives notice of an interception under s. 196(1), a judge will have already examined the original wiretap application and supporting affidavits and have concluded that they demonstrate reasonable and probable grounds for a search. In light of the existence of prior authorization in addition to the other procedural and substantive protections contained within Part VI of the *Code*, Canadian courts have adequately balanced the relevant interests in concluding that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised in favour of a non-accused target upon some evidence that the initial authorization was obtained in an

ceptés illégalement. Cependant, l'interprétation du sous-al. 187(1)(a)(ii) qui prévalait avant l'adoption de la *Charte* vaut toujours dans le cas d'une personne qui n'a pas été accusée. Lorsqu'une personne qui a été la cible d'une surveillance demande l'accès au paquet scellé en l'absence de tout risque de poursuites criminelles, différentes considérations s'appliquent. Le législateur a manifestement voulu que la question prédominante dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire soit l'intérêt urgent de l'État à ce que soit respecté le caractère confidentiel du paquet. Compte tenu du fait important qu'un juge compétent aura déjà examiné et approuvé une demande de surveillance avant son exécution, les tribunaux canadiens ont eu raison de conclure que le pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet prévu par la loi ne devrait normalement être exercé qu'après la présentation d'une preuve préliminaire indiquant que l'autorisation initiale aurait été obtenue illégalement. Une partie intéressée non accusée qui cherche à avoir accès au paquet doit démontrer qu'il existe plus qu'un simple soupçon que les policiers ont mal agi; elle sera habituellement tenue de produire certains éléments de preuve semblant indiquer que l'autorisation a été obtenue par fraude ou en raison d'une non-divulgaration volontaire par la police.

L'interprétation constante, fondée sur l'objet, du sous-al. 187(1)(a)(ii) relativement aux cibles qui n'ont pas été accusées ne devrait pas être modifiée en fonction de l'art. 8 de la *Charte*. Bien qu'une personne ait un droit important et vital à la divulgation de renseignements gouvernementaux afin de réaliser les droits constitutionnels substantiels que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*, ce droit n'impose pas un accès absolu à des renseignements confidentiels détenus par l'État lorsque la personne ne risque pas de poursuites criminelles. L'interprétation actuelle du sous-al. 187(1)(a)(ii) par les tribunaux établit un bon équilibre entre le droit de l'individu de contester la validité d'une interception autorisée de communications et le droit du public à la confidentialité des méthodes d'application de la loi et de l'identité des indicateurs de police. En vertu de la partie VI, lorsqu'une personne est avisée conformément au par. 196(1) qu'il y a eu interception, un juge aura déjà examiné la demande initiale d'écoute électronique et les affidavits à l'appui et aura conclu qu'ils démontraient l'existence d'un motif raisonnable et probable pour justifier une perquisition. Compte tenu de l'existence d'une autorisation préalable en plus des autres protections contenues dans la partie VI du *Code* sur le plan de la procédure et du fond, les tribunaux canadiens ont bien pondéré les intérêts pertinents en concluant que le pouvoir discrétionnaire prévu par la loi d'ouvrir le paquet ne

unlawful manner. Accordingly, under a purposive and contextual interpretation of the *Charter*, the prevailing interpretation of the judicial power to open a sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), as applied to a request for access by a non-accused target of electronic surveillance, does not offend s. 8.

Here, the judge erred in automatically rejecting the appellant's motion to open the sealed packet. A non-accused target may apply for an order under s. 187(1)(a)(ii) and bring such a motion before the filing of his civil suit. The judge failed to accord the appellant an adequate opportunity to make a preliminary showing which tends to indicate that the initial authorization was obtained in an unlawful manner.

In light of the legislative history of the similar wording of s. 187(1.3) of the *Code*, adopted in 1993, the scope and content of judicial discretion under that section are identical to the discretion vested by its predecessor, s. 187(1)(a)(ii). Accordingly, the result and reasoning in this case would have been the same had the appellant's motion been governed by s. 187(1.3). Parliament adopted a mandatory regime of disclosure with editing for an accused person, but specifically chose to preserve a discretionary regime of disclosure in addressing applications by non-accused persons.

Outside a criminal proceeding, the *Criminal Code* does not provide a former surveillance target with any avenue for disclosure of the recording materials. The judicial power under s. 187(1)(a)(ii) to grant disclosure to the packet does not encompass disclosure of the recording materials. Notwithstanding the silence of the *Code*, however, if the non-accused target is successful in securing access to the packet under s. 187(1)(a)(ii), he may then seek access to the recording materials upon a new motion in a subsequent proceeding. The procedure outlined by *La Forest* and *Sopinka JJ.* for subsequent disclosure of the recording materials is substantially adopted. This procedure, by establishing a mechanism for disclosure which reflects the actual relevance of the recording materials to an action for damages for unlawful interception of private communications, reaches an appropriate balance between the individual's interest in

devrait normalement être exercé en faveur d'une cible qui n'a pas été accusée que s'il existe certains éléments de preuve que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement. Par conséquent, dans le cadre d'une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet et le contexte, l'interprétation couramment donnée du pouvoir du juge d'ouvrir un paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), ainsi qu'elle est appliquée à une demande d'accès présentée par une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée, ne contrevient pas à l'art. 8.

En l'espèce, le juge a commis une erreur en rejetant automatiquement la requête présentée par l'appellant pour faire ouvrir le paquet scellé. Une cible non accusée peut demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), et elle peut présenter une telle requête avant de déposer sa poursuite civile. Le juge n'a pas accordé à l'appellant la possibilité de présenter une preuve préliminaire tendant à indiquer que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement.

Compte tenu des antécédents législatifs du libellé similaire du par. 187(1.3) du *Code*, adopté en 1993, la portée et le contenu du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par cette disposition sont identiques à ceux du pouvoir discrétionnaire conféré par le texte législatif antérieur, le sous-al. 187(1)(a)(ii). Par conséquent, on arriverait au même résultat et au même raisonnement dans le présent pourvoi si la demande de l'appellant était régie par le par. 187(1.3). Le législateur a adopté un régime obligatoire de divulgation avec révision dans le cas d'une personne accusée, mais il a choisi précisément de préserver un régime discrétionnaire de divulgation à l'égard des demandes présentées par des personnes qui n'ont pas été accusées.

En dehors d'une procédure criminelle, le *Code criminel* ne prévoit pour la personne qui a été la cible d'une surveillance aucun moyen d'obtenir la divulgation des enregistrements. Le pouvoir conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) d'accorder la divulgation du contenu du paquet n'englobe pas la divulgation des enregistrements. Toutefois, malgré le silence du *Code*, si elle obtient l'accès au paquet en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), la cible non accusée peut alors demander l'accès aux enregistrements en présentant une nouvelle requête dans une procédure subséquente. La procédure énoncée par les juges *La Forest* et *Sopinka* pour la divulgation subséquente des enregistrements est adoptée pour l'essentiel. Cette procédure, en établissant un mécanisme de divulgation qui reflète la pertinence véritable des enregistrements dans le cas d'une action en dommages-intérêts pour interception illégale de communications privées,

vindicating his rights under ss. 8 and 24(1) of the *Charter* and the state's proprietary interest in the fruits of its confidential investigations. In this case, since a non-accused target may only seek disclosure of the recording materials in a separate proceeding following the grant of an order opening the sealed packet, the judge did not err in denying at this stage the appellant's request for access to the tapes and transcripts produced as a result of the electronic surveillance.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons and result of Lamer C.J. are agreed with. In addition, the rationale underlying the minority opinions in *Durette*, *Dersch* and *Garofoli* should also apply *a fortiori* to a target who is not an accused.

Per La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ.: Since the advent of the *Charter*, a person who was under electronic surveillance and was subsequently charged has been automatically entitled to access to the sealed packet, subject to the editing power of the judge to whom the application was made. This right to access derives both from s. 8 of the *Charter*, which guarantees everyone the right to be secure against unreasonable search or seizure, and from ss. 7 and 11(d), which guarantee an accused the right to make full answer and defence. However, the wording of the former s. 187 of the *Criminal Code* does not limit access to the sealed packet to accused targets. Rather, in enacting s. 187, Parliament intended to confer an unlimited discretion on the courts, leaving it to them to determine the circumstances in which access to the sealed packet is justified and the extent to which it should be authorized. Section 8 of the *Charter* gives non-accused targets, like accused targets, a constitutional right of access to the sealed packet, subject to the power of the judge to whom the application for access is made to edit the documents for reasons of public policy and public interest. Accordingly, because of the constitutional imperatives of s. 8, a judge to whom a non-accused target applies for access can exercise his or her discretion judicially only by granting access to the sealed packet, subject to the judge's power to edit. The scope of the protection conferred on everyone by s. 8 cannot, in this context, vary depending on whether the person who has that protection is or is not an accused.

Nor does the new wording of s. 187 adopted in 1993 limit access to the sealed packet to accused targets.

atteint un juste équilibre entre l'intérêt de l'individu à faire valoir les droits que lui garantissent l'art. 8 et le par. 24(1) de la *Charte*, et le droit de propriété de l'État sur le produit de ses enquêtes confidentielles. En l'espèce, puisqu'une cible qui n'a pas été accusée ne peut demander la divulgation des enregistrements que dans une procédure distincte à la suite de l'octroi d'une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé, le juge n'a pas commis d'erreur en rejetant à ce stade la demande de l'appelant pour avoir accès aux bandes magnétiques et aux transcriptions résultant de la surveillance électronique.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs et la conclusion du juge en chef Lamer sont acceptés. De plus, le raisonnement qui sous-tend l'opinion minoritaire dans les arrêts *Durette*, *Dersch* et *Garofoli* devrait s'appliquer *a fortiori* à une cible qui n'est pas un accusé.

Les juges La Forest, Sopinka, Cory et Major: Une personne qui a fait l'objet d'une surveillance électronique et qui a été subseqüemment accusée a, depuis l'avènement de la *Charte*, un droit d'accès automatique au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir de révision du juge saisi de la demande. Ce droit d'accès découle tant de l'art. 8 de la *Charte*, qui garantit à toute personne la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, que de l'art. 7 et de l'al. 11(d), qui garantissent à l'accusé le droit à une défense pleine et entière. Le libellé de l'ancien art. 187 du *Code criminel* ne restreint toutefois pas l'accès au paquet scellé aux seules cibles qui ont été accusées. En adoptant cet article, le législateur a plutôt voulu conférer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire illimité, leur laissant le soin d'établir dans quelles circonstances l'accès au contenu du paquet scellé est justifié et dans quelle mesure il doit être autorisé. Tout comme à l'égard d'une cible qui a été accusée, l'art. 8 de la *Charte* confère aux cibles qui ne l'ont pas été le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir du juge saisi de la demande d'accès de réviser les documents pour des considérations d'ordre et d'intérêt publics. En raison des impératifs constitutionnels de l'art. 8, le juge saisi d'une demande d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée ne peut donc exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire qu'en permettant l'accès au contenu du paquet scellé, sous réserve de son pouvoir de révision. L'étendue de la protection accordée à tous par l'art. 8 ne peut fluctuer, dans le présent contexte, selon que le bénéficiaire de cette protection est accusé ou n'est pas accusé.

Le nouveau libellé de l'art. 187 adopté en 1993 ne limite pas non plus l'accès au contenu du paquet scellé

Based on a comparative analysis of the old and new wordings and an examination of the immediate legislative context, there is no doubt as to Parliament's intention. In making these amendments, Parliament chose to impose a legislative framework on the exercise of a discretion. However, it did so only with respect to applications for access made by accused targets, while opting to allow the judicial discretion conferred by the legislation with respect to applications by other persons to remain unlimited.

The right of a target, whether accused or non-accused, to access to the sealed packet is not absolute, even when considered from a constitutional perspective, and can be limited when it is in the public interest to do so. Thus, documents in the sealed packet can be edited in accordance with the criteria approved and procedure outlined in *Garofoli*. Although an accused target's right of access arises from a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter* as well as from s. 8, this does not mean that an accused target has a broader right of access than a non-accused target. The nature of the right of access to documents in the sealed packet is the same whether it derives from s. 8 or from a combination of ss. 7 and 11(d). In both cases, the target has the constitutional right to determine whether the interception complies with the scheme established by Parliament in the *Criminal Code*.

Recordings resulting from a wiretap are not placed in the sealed packet and access to the sealed packet therefore does not entail access to the recordings. However, if after the packet is opened and the authorization's validity is examined the authorization is declared invalid by the judge, the wiretap carried out pursuant to the authorization will be unlawful and will amount to an unreasonable search or seizure prohibited by s. 8 of the *Charter*, which will give rise to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The general principle of confidentiality applicable to wiretaps ceases to take precedence when the state fails to meet the strict conditions that ensure the wiretap complies with the *Charter*, and in such circumstances it is appropriate and fair to grant access to the recordings either under s. 24(1) or to enable the target to prove the extent of the damage suffered in order to support an application for damages. Once the target shows to the court's satisfaction that the wiretap was unauthorized, he or she should therefore be given access to any communications unlawfully intercepted by the state, by way of access to the recordings themselves, to transcripts or to any other equivalent source. Such access would be limited to conversations in which the target

aux seules cibles qui ont fait l'objet d'accusations. Une analyse comparative de l'ancien et du nouveau libellé et une étude du contexte législatif immédiat ne laissent aucun doute quant à l'intention du législateur. Par ces modifications, le législateur a choisi d'encadrer législativement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Cependant, il ne l'a fait qu'à l'égard de demandes d'accès présentées par des cibles accusées tout en choisissant de laisser intact le caractère illimité du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par la loi à l'égard de demandes présentées par d'autres personnes.

Le droit d'accès d'une cible accusée, ou qui ne l'a pas été, au contenu du paquet scellé, même dans sa dimension constitutionnelle, n'est pas absolu et ce droit peut être limité lorsque des considérations d'intérêt public le justifient. Ainsi, les documents contenus dans le paquet scellé peuvent être révisés suivant les critères approuvés, et conformément à la procédure énoncée, dans l'arrêt *Garofoli*. Même si le droit d'accès d'une cible qui a été accusée découle, en plus de l'art. 8 de la *Charte*, d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d), cela ne signifie pas que cette dernière jouit d'un droit d'accès plus étendu qu'une cible qui n'a pas été accusée. La nature du droit d'accès aux documents contenus dans le paquet scellé est la même qu'il découle de l'art. 8 ou d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d). Dans les deux cas, la cible bénéficie du droit constitutionnel de vérifier la conformité de l'interception avec le régime établi par le législateur dans le *Code criminel*.

Les enregistrements résultant de l'écoute électronique ne font pas partie du paquet scellé et l'accès à ce paquet n'emporte donc pas un accès aux enregistrements. Cependant si, après l'ouverture du paquet scellé et l'examen de la validité de l'autorisation, cette autorisation est déclarée invalide par le juge, l'écoute électronique réalisée en vertu de l'autorisation sera, par le fait même, illégale et équivaudra à une fouille, perquisition ou saisie abusive interdite par l'art. 8 de la *Charte*, qui donnera ouverture à une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Le principe général de confidentialité applicable à l'écoute électronique n'a plus préséance lorsque l'État ne respecte pas les conditions strictes de l'écoute électronique qui la rendent conforme à la *Charte* et, dans de telles circonstances, il est convenable et juste d'accorder l'accès aux enregistrements soit en vertu du par. 24(1), soit pour permettre à la cible de faire la preuve de l'étendue du préjudice subi en vue d'appuyer une demande de dommages-intérêts. Lorsque la cible démontre, à la satisfaction du tribunal, que l'écoute a été faite sans autorisation, elle devrait donc avoir accès à toute communication illégalement interceptée par l'État, que ce soit par voie d'accès aux

took part. Moreover, the state should be required to destroy any trace of such unlawful interceptions in its possession.

If the court finds that the authorization complies with the provisions of the *Criminal Code* and that the non-accused target's arguments based on the contents of the sealed packet do not disclose any other cause of unlawfulness, s. 8 of the *Charter* then requires a further examination of whether the wiretap complied with the authorization. The rights guaranteed in s. 8 will be adequately protected if the non-accused target is granted indirect access to the recordings. The strict confidentiality applicable to wiretaps requires that the courts be cautious and exercise restraint when the issue of going beyond the sealed packet arises. Thus, even at that stage, a non-accused target will only rarely be given access to the recordings, since it is only through affidavits and relevant documents and by cross-examining the affiants that the target will obtain the information needed to challenge the wiretap's validity. With certain exceptions, the target will not be given access to the recordings to show that his or her constitutional rights were violated. If the court declares that the wiretap is unlawful because it did not comply with the authorization, the target may then be granted access to the recordings, as in the case of an unlawful authorization. Access will be limited to unlawful interceptions to which the target was a party. Finally, an accused target's right to make full answer and defence is provided for in s. 189(5) of the *Criminal Code*. In addition to this right under the *Code*, the prosecution may have broader disclosure obligations in the case of an application for production based on *Stinchcombe*.

In the present case, the appellant's application for access to the recordings is premature. Access to the recordings is not necessary to prove that his right under s. 8 of the *Charter* was infringed, since such an infringement may result from the unlawfulness of the authorization itself, which can be determined by means of access to the sealed packet. The recordings do not come into play until after the authorization is declared valid, when the issue becomes whether the wiretap complied with the authorization.

enregistrements eux-mêmes, à des transcriptions ou à toute autre source équivalente. Cet accès serait limité aux seules conversations auxquelles la cible aurait été partie. De plus, l'État devrait être tenu de détruire toute trace de ces interceptions illégales en sa possession.

Si le tribunal juge que l'autorisation est conforme aux dispositions du *Code criminel* et que les prétentions de la cible non accusée basées sur le contenu du paquet scellé ne dévoilent aucune autre cause d'illégalité, l'art. 8 de la *Charte* exige alors un examen additionnel de la conformité de l'écoute avec l'autorisation. Les droits garantis à l'art. 8 seront suffisamment sauvegardés si on accorde un accès indirect aux enregistrements à la cible qui n'a pas été accusée. La stricte confidentialité entourant l'écoute électronique exige que les tribunaux fassent preuve de prudence et de retenue lorsqu'il est question d'aller au-delà du paquet scellé. Donc, même à ce stade, la cible non accusée ne se verra qu'exceptionnellement accorder l'accès aux enregistrements puisque ce n'est que par l'entremise d'affidavits et de documents pertinents et de contre-interrogatoires des auteurs des affidavits qu'elle obtiendra les renseignements nécessaires pour contester la validité de l'écoute. Sauf exception, la cible n'aura pas accès aux enregistrements pour démontrer la violation de ses droits constitutionnels. Si le tribunal déclare l'écoute illégale pour cause de non-conformité avec l'autorisation, l'accès aux enregistrements pourra alors être accordé à la cible, tout comme dans le cas d'une autorisation illégale. L'accès se limitera aux seules interceptions illégales auxquelles la cible était partie. Enfin, l'accès aux enregistrements découlant du droit d'une cible accusée à une défense pleine et entière est prévu au par. 189(5) du *Code criminel*. En plus de ce droit prévu par le *Code*, le ministère public pourrait avoir des obligations de divulgation plus étendues dans le cadre d'une demande de production basée sur l'arrêt *Stinchcombe*.

Dans la présente affaire, la demande de l'appellant relative aux enregistrements est prématurée. L'accès aux enregistrements n'est pas nécessaire pour prouver l'atteinte au droit garanti par l'art. 8 de la *Charte* puisque celle-ci peut découler de l'illégalité de l'autorisation elle-même, vérifiable par voie d'accès au paquet scellé. Les enregistrements n'entrent en jeu qu'à la suite de la déclaration de validité de l'autorisation, lorsqu'il est question de vérifier la conformité de l'écoute avec l'autorisation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Distinguished: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; **referred to:** *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Kumar* (1987), 35 C.C.C. (3d) 477, leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. ix; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 631; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1974); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (1976); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1983); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1983); *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *R. v. Welsh and Iannuzzi* (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1; *Re Zaduk and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, aff'd (1979), 46 C.C.C. (2d) 327; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (1980); *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (1981); *Petition of Leppo*, 497 F.2d 954 (1974); *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McGrady, Askew & Fiorillo v. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation*

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Distinction d'avec l'arrêt: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; **arrêts mentionnés:** *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Kumar* (1987), 35 C.C.C. (3d) 477, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. ix; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 631; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1974); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (1976); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1983); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1983); *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *R. c. Welsh and Iannuzzi* (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1; *Re Zaduk and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, conf. par (1979), 46 C.C.C. (2d) 327; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (1980); *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (1981); *Petition of Leppo*, 497 F.2d 954 (1974); *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McGrady, Askew & Fiorillo c. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c.*

and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

By La Forest and Sopinka JJ.

Applied: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act, S.C. 1993, c. 40, s. 27.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 24.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36(2), 1457.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 122, 184.1 [ad. 1993, c. 40, s. 4], 185(1)(e), 186(1), 187 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 24; now rep. & sub. 1993, c. 40, s. 7], 189(1) [rep. 1993, c. 40, s. 10], (5) [am. *idem*], 190, 193(2)(c), 196(1).
Criminal Law Amendment Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 53.
Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7.2 [en. 1973-74, c. 50, s. 4].
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50 [am. 1990, c. 8, s. 21], s. 17(1).
Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Pub. L. No. 90-351, Title III, § 802 [now 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994)].
Protection of Privacy Act, S.C. 1973-74, c. 50 [am. 1976-77, c. 53], ss. 2, 4.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [am. 1990, c. 8, s. 37].

Pontes, [1995] 3 R.C.S. 44; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Citée par les juges La Forest et Sopinka

Arrêts appliqués: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés:** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 24.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, 36(2), 1457.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 122, 184.1 [aj. 1993, ch. 40, art. 4], 185(1)e), 186(1), 187 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 24; maintenant abr. & rempl. 1993, ch. 40, art. 7], 189(1) [abr. 1993, ch. 40, art. 10], (5) [mod. *idem*], 190, 193(2)c), 196(1).
Loi de 1977 modifiant le droit pénal, S.C. 1976-77, ch. 53.
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication, L.C. 1993, ch. 40, art. 27.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [mod. 1990, ch. 8, art. 37].
Loi sur la protection de la vie privée, S.C. 1973-74, ch. 50 [mod. 1976-77, ch. 53], art. 2, 4.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. 1990, ch. 8, art. 21], art. 17(1).
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7.2 [aj. 1973-74, ch. 50, art. 4].
Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Pub. L. No. 90-351, Title III, § 802 [maintenant 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994)].

Authors Cited

- Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security under the Law*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1981.
- Canada. Solicitor General. *Annual Report on the Use of Electronic Surveillance*. Ottawa: Solicitor General, 1993.
- Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, vol. 2. New York: Clark Boardman, 1986 (loose-leaf updated 1996, release 18).
- Chorney, N. M. "Wiretapping and Electronic Eavesdropping" (1965), 7 C.L.Q. 434.
- Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.
- Fishman, Clifford S. *Wiretapping and Eavesdropping*. Rochester: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1978.
- Jardine, James W. "Defence Attacks". In Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, c. 6.2.
- Tanovich, David M. "When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?" (1995), 38 C.R. (4th) 202.
- United States. Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess. Reprinted in [1968] U.S.C. Cong. & Admin. News 2112.
- Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the Quebec Superior Court, rendered on May 19, 1993, dismissing the appellant's motion under s. 187 of the *Criminal Code* to have the sealed packet in the court's custody opened. Appeal allowed.

Christian Desrosiers, for the appellant.

Stella Gabbino, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener the Attorney General of Canada.

Doctrine citée

- Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1. Ottawa: La Commission, 1981.
- Canada. Solliciteur général. *Rapport annuel sur la surveillance électronique*. Ottawa: Solliciteur général, 1993.
- Carr, James G. *The Law of Electronic Surveillance*, vol. 2. New York: Clark Boardman, 1986 (loose-leaf updated 1996, release 18).
- Chorney, N. M. «Wiretapping and Electronic Eavesdropping» (1965), 7 C.L.Q. 434.
- Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.
- Fishman, Clifford S. *Wiretapping and Eavesdropping*. Rochester: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1978.
- Jardine, James W. «Defence Attacks». In Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, c. 6.2.
- Tanovich, David M. «When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?» (1995), 38 C.R. (4th) 202.
- United States. Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess. Reprinted in [1968] U.S.C. Cong. & Admin. News 2112.
- Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure du Québec, rendu le 19 mai 1993, qui a rejeté la requête de l'appelant pour faire ouvrir le paquet scellé sous la garde de la cour en vertu de l'art. 187 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Christian Desrosiers, pour l'appelant.

Stella Gabbino, pour l'intimé.

Bernard Laprade, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Margaret A. Ross and Todd J. Burke, for the interveners the Canadian Bar Association.

Margaret A. Ross et Todd J. Burke, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE — Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (since amended by S.C. 1993, c. 40), permits law enforcement officials to obtain judicial authorization for the electronic surveillance (a “wiretap”) of a specified individual (the “target”) upon the filing of an application and supporting affidavits which establish reasonable and probable grounds for intercepting the individual’s private communications. Following judicial consideration of the application, the materials are deemed “confidential” and are placed in a “sealed packet” pursuant to s. 187(1) of the *Code*. However, under s. 187(1)(a)(ii) (now revised as s. 187(1.3)), a designated judge is vested with the discretionary authority to open the packet and grant access to its contents. In *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, a majority of this Court held that the target of a wiretap authorization who subsequently faces criminal prosecution on the basis of intercepted communications is automatically entitled to gain access to the materials within the packet, subject only to the Crown’s right to apply to have the materials edited. More specifically, the majority held, *inter alia*, that the judicial discretion vested under s. 187(1)(a)(ii) must be automatically exercised in favour of an accused target in light of an accused’s right to full answer and defence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The narrow issue presented by this appeal concerns whether a non-accused target may similarly seek and obtain automatic access to the sealed packet for the purpose of examining its contents in the hopes of grounding a claim for damages for the unlawful interception of private communications at private law or statute, or under ss. 8 and 24(1) of the *Charter*.

LE JUGE EN CHEF — La partie VI du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié depuis par L.C. 1993, ch. 40) permet aux autorités chargées de l’application de la loi d’obtenir une autorisation judiciaire en vue de procéder à la surveillance électronique («écoute électronique») d’une personne déterminée (la «cible») sur dépôt d’une demande et d’affidavits à l’appui qui établissent des motifs raisonnables et probables pour l’interception des communications privées de la personne. Après examen judiciaire de la demande, les documents sont considérés «confidentiels» et placés dans un «paquet scellé» conformément au par. 187(1) du *Code*. Cependant, en vertu du sous-al. 187(1)a(ii) (maintenant le par. 187(1.3)), un juge désigné est investi du pouvoir discrétionnaire d’ouvrir le paquet et d’accorder l’accès à son contenu. Dans *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, notre Cour a conclu à la majorité que la cible d’une autorisation d’écoute électronique qui fait face ensuite à des poursuites criminelles fondées sur les communications interceptées a automatiquement le droit d’avoir accès aux documents qui se trouvent dans le paquet, sous réserve seulement du droit du ministère public de demander la révision des documents. Plus précisément, la Cour à la majorité a conclu notamment que le pouvoir discrétionnaire attribué au juge en vertu du sous-al. 187(1)a(ii) doit être exercé automatiquement en faveur d’une cible qui a été accusée compte tenu du droit d’un accusé à une défense pleine et entière en vertu de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question présentée par ce pourvoi consiste strictement à savoir si une cible qui n’a pas été accusée peut de la même façon demander et obtenir l’accès automatique au paquet scellé afin d’en examiner le contenu dans l’espoir de fonder une action en dommages-intérêts pour interception illégale de communications privées, en droit privé ou en vertu de l’art. 8 et du par. 24(1) de la *Charte*.

2

The appellant was the target of an authorized wiretap in February 1993 as part of a larger police investigation into the leak of confidential government documents. To date, no criminal charges have been laid against him. The appellant, hoping to pursue an action in damages for an unlawful wiretap search, filed a motion under s. 187(1)(a)(ii) for access to the sealed packet. In the same motion, the appellant sought disclosure of the actual tape recordings produced by the wiretap and any existing transcripts of his intercepted communications (the "recording materials"). My colleagues La Forest and Sopinka JJ. would conclude that under both s. 187(1)(a)(ii) and its revised equivalent, s. 187(1.3), a judge must automatically grant the appellant's motion for access to the contents of the packet as an extension of *Dersch*. They would further find that the judge may grant the appellant access to the recording materials upon a demonstration that the wiretap was illegal.

3

With respect, I am unable to share their views. While I would also allow the appeal in this instance, I profoundly disagree with their interpretation of a non-accused target's right to examine the sealed packet under the *Criminal Code* and the *Charter*. The existing legislative and judicial authorities on s. 187(1)(a)(ii) strongly indicate that Parliament intended the contents of the packet to remain presumptively "confidential" in the interests of preserving the secrecy of police investigative techniques and police informers. For a wiretap to be executed under Part VI of the *Code*, a judge will have already concluded that the application and supporting affidavits, on their face, raise reasonable and probable grounds for the interception of a subject's private communications. However, as an additional safeguard, Parliament vested a designated judge with a broad discretion to open and selectively distribute the contents of the packet. But where a former surveillance target applies for access in the absence of any threat of criminal prosecution, Parliament clearly intended that the state's pressing interest in confidentiality

L'appellant a été la cible d'une écoute électronique autorisée en février 1993 dans le cadre d'une enquête policière plus vaste sur la fuite de documents confidentiels du gouvernement. Aucune accusation criminelle n'a été portée contre lui jusqu'à maintenant. L'appellant, dans l'espoir d'intenter une action en dommages-intérêts pour perquisition illégale par écoute électronique, a déposé une requête en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) en vue d'avoir accès au paquet scellé. Dans la même requête, l'appellant demandait la divulgation des bandes magnétiques résultant de l'écoute électronique et de toutes les transcriptions existantes de ses communications interceptées (les «enregistrements»). Mes collègues les juges La Forest et Sopinka sont d'avis de conclure qu'en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) et de son équivalent révisé, le par. 187(1.3), un juge doit accueillir automatiquement la requête de l'appellant en vue d'avoir accès au contenu du paquet, dans le prolongement de l'arrêt *Dersch*. Ils sont également d'avis que le juge peut accorder à l'appellant l'accès aux enregistrements s'il prouve que l'écoute électronique était illégale.

En toute déférence, je ne puis partager leur opinion. Même si je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi en l'espèce, je suis en profond désaccord avec leur interprétation du droit d'une cible non accusée d'examiner le paquet scellé en vertu du *Code criminel* et de la *Charte*. Le droit existant, tant législatif que prétorien, concernant le sous-al. 187(1)(a)(ii) indique nettement que le législateur voulait que le contenu du paquet soit présumé «confidentiel» dans le but de préserver le secret des méthodes d'enquête policière et des indicateurs de police. Pour qu'il soit procédé à l'écoute électronique en vertu de la partie VI du *Code*, il faut qu'un juge ait déjà conclu que la demande et les affidavits à l'appui soulèvent, à leur lecture même, des motifs raisonnables et probables pour l'interception des communications privées d'une personne. Toutefois, à titre de protection supplémentaire, le législateur a conféré à un juge désigné un vaste pouvoir discrétionnaire d'ouvrir et de diffuser de façon sélective le contenu du paquet. Mais, pour le cas où une personne qui a été la cible d'une surveillance demande l'accès au paquet scellé en

of the packet should represent the dominant consideration in the exercise of this discretion. Accordingly, previous courts have properly concluded that this discretion to open the packet should not be exercised upon the mere suspicion of wrongdoing by the state; rather, judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) should only be exercised on the basis of "good cause", i.e., upon a preliminary showing which suggests that the original authorization was obtained unlawfully.

Thus, in my view, where a non-accused target has applied for a judicial order under s. 187(1)(a)(ii) (or under the current s. 187(1.3)), a judge should normally only exercise his or her discretion in favour of granting access upon the presentation of some evidence that law enforcement officials engaged in fraud or wilful non-disclosure in obtaining the authorization. If the target is successful in securing access to the packet under s. 187(1)(a)(ii), he or she may only then seek access to the recording materials upon a new motion in a subsequent proceeding.

I am not persuaded that this settled, purposive interpretation of s. 187(1)(a)(ii) ought to be altered in light of s. 8 of the *Charter*. In *Dersch*, this Court held that notwithstanding the existing interpretation of the predecessor of s. 187(1)(a)(ii), where the wiretap target faces subsequent criminal prosecution, this statutory discretion must be exercised systematically in favour of access to give effect to an accused's right to full answer and defence under s. 7 of the *Charter* and an accused's right to challenge the admission of potentially unlawfully intercepted evidence under ss. 8 and 24(2) of the *Charter*. But where a target faces no threat of imprisonment, *Dersch* clearly indicated that "different considerations" apply. Under such circumstances, these different "considerations" persuade me that a non-accused target is not constitutionally entitled to examine the contents of the packet in

l'absence de tout risque de poursuites criminelles, le législateur a manifestement voulu que la question prédominante dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire soit l'intérêt urgent de l'État à ce que soit respecté le caractère confidentiel du paquet. Par conséquent, des tribunaux ont déjà conclu avec raison que ce pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet ne devrait pas être exercé par suite de simples soupçons que l'État a commis une faute; le pouvoir discrétionnaire du juge visé au sous-al. 187(1)(a)(ii) ne devrait être exercé que s'il existe un «motif valable», c.-à-d. après la présentation d'une preuve indiquant que l'autorisation initiale aurait été obtenue illégalement.

Donc, à mon avis, lorsqu'une cible qui n'a pas été accusée demande une ordonnance judiciaire en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) (ou en vertu de l'actuel par. 187(1.3)), le juge ne devrait normalement exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder l'accès au paquet qu'après la présentation d'un élément de preuve que les autorités chargées de l'application de la loi ont recouru à la fraude ou ont caché volontairement certaines choses afin d'obtenir l'autorisation. Si la cible obtient l'accès au paquet en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), elle peut seulement alors demander l'accès aux enregistrements en présentant une nouvelle requête dans une procédure subséquente.

Je ne suis pas convaincu que cette interprétation constante, fondée sur l'objet, du sous-al. 187(1)(a)(ii) doive être modifiée en fonction de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Dersch*, notre Cour a statué que, malgré l'interprétation existante de la disposition législative qui a précédé le sous-al. 187(1)(a)(ii), lorsque la cible d'écoute électronique fait face à des poursuites criminelles subséquentes, ce pouvoir discrétionnaire prévu par la loi doit être exercé systématiquement en favorisant l'accès au paquet pour donner effet au droit de l'accusé à une défense pleine et entière prévu à l'art. 7 de la *Charte* et à son droit de contester, en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*, l'admission d'éléments de preuve qui pourraient avoir été interceptés illégalement. Mais lorsqu'une cible ne risque pas d'être condamnée à une peine d'emprisonnement, l'arrêt *Dersch* a indiqué clairement

the absence of some evidence which suggests that the original authorization was unlawfully granted. While an individual has an important and vital right to the disclosure of governmental information in order to effectuate his or her substantive constitutional rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*, it is my belief that this right does not compel absolute access to confidential information held by the state where the individual does not face the jeopardy of the criminal process.

I. Factual and Procedural Background

6 The appellant, a lawyer, worked for the Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes ("SAIC") up until September 28, 1992. Shortly following the end of his employment, an article appeared in the national press which revealed certain confidential information regarding the participation of the SAIC in constitutional negotiations leading up to the Charlottetown Accord. In the course of its ensuing investigation regarding the leaked information, the Sûreté du Québec suspected that the appellant had removed documents from the SAIC in violation of s. 122 of the *Criminal Code* (breach of trust by a public official). On the basis of evidence provided by the Sûreté, a Justice of the Peace approved a search warrant in October 1992 for the purpose of seizing an enumerated list of SAIC documents from his residence.

7 The search was executed on the morning of November 2, 1992. The appellant was promptly arrested during the search and detained at police headquarters during the day without the benefit of counsel. At the appellant's residence, the officers seized a number of documents, including a number of personal items of the appellant which were not listed in the search warrant.

8 The appellant promptly filed a motion by nature of *certiorari* in Superior Court for return of the

que «différentes considérations» s'appliquent. Dans de telles circonstances, ces «considérations» différentes me convainquent qu'une cible qui n'a pas été accusée n'a pas le droit, en vertu de la Constitution, d'examiner le contenu du paquet en l'absence d'éléments de preuve indiquant que l'autorisation initiale a été accordée illégalement. Bien qu'une personne ait un droit important et vital à la divulgation de renseignements gouvernementaux afin de réaliser les droits constitutionnels substantiels que lui garantissent les art. 7 et 8 de la *Charte*, j'estime que ce droit n'impose pas un accès absolu à des renseignements confidentiels détenus par l'État lorsque la personne ne risque pas de poursuites criminelles.

I. Les faits et l'historique des procédures

L'appelant, qui est avocat, a travaillé pour le Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes (le «SAIC») jusqu'au 28 septembre 1992. Peu après la fin de son emploi, un article a paru dans la presse nationale, révélant certains renseignements confidentiels sur la participation du SAIC aux négociations constitutionnelles précédant l'Accord de Charlottetown. Au cours de l'enquête qu'elle a menée au sujet de la fuite de renseignements, la Sûreté du Québec a soupçonné l'appelant d'avoir sorti des documents du SAIC en violation de l'art. 122 du *Code criminel* (abus de confiance par un fonctionnaire). En se fondant sur les éléments de preuve fournis par la Sûreté, un juge de paix a approuvé un mandat de perquisition en octobre 1992 en vue de la saisie d'une série de documents du SAIC apparaissant sur une liste et se trouvant dans la résidence de l'appelant.

La perquisition a été effectuée dans la matinée du 2 novembre 1992. L'appelant a été arrêté rapidement au cours de la perquisition et détenu au quartier général de la police durant la journée sans bénéficier des services d'un avocat. À la résidence de l'appelant, les policiers ont saisi un certain nombre de documents, dont des objets personnels qui n'étaient pas mentionnés dans le mandat de perquisition.

L'appelant a rapidement déposé une requête en *certiorari* auprès de la Cour supérieure pour que

documents seized during the search of his premises. As well, the appellant sought damages against the Sûreté and the individual officers involved under s. 24(1) of the *Charter* for an infringement of his constitutional right to counsel during the detention. On December 4, 1992, Pinard J. granted the motion in part. The motions judge ordered the officers to return a number of the seized items which fell outside the bounds of the original search warrant. In so ordering, Pinard J. concluded that parts of the search were both [TRANSLATION] “unreasonable and unlawful”. In relation to the detention, the judge found that the officers did not have reasonable and probable grounds to arrest and detain the appellant. Furthermore, he concluded that the circumstances of the detention violated the appellant’s constitutional right to counsel. Accordingly, Pinard J. declared that the detention of the appellant was also [TRANSLATION] “unlawful, arbitrary, and unreasonable”. But the motions judge declined to adjudicate the appellant’s claim for damages, as the claim should have been brought in a separate action.

A number of months following the search, on February 11, 1993, the appellant received the following notice by mail.

[TRANSLATION] On October 27, 1992, following a motion by a designated representative of the Attorney General of Quebec, pursuant to the requirements of s. 185 of the *Criminal Code*, a judge of the Court of Sessions of the Peace for the province of Quebec, approved an authorization which permitted the interception of your private communications in the interests of the administration of justice. This authorization was valid from October 27, 1992 to November 15, 1992, inclusive.

The purpose of this letter is to advise you of this authorization, in accordance with s. 196 of the *Criminal Code*.

On March 22, 1993, the appellant served the Attorney General of Quebec and the relevant officers with a notice of default for damages arising from both the physical search and the wiretap.

lui soient restitués les documents saisis durant la perquisition de ses locaux. De plus, il a réclamé des dommages-intérêts contre la Sûreté et contre chacun des policiers concernés, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, pour atteinte à son droit constitutionnel d’avoir recours à l’assistance d’un avocat durant sa détention. Le 4 décembre 1992, le juge Pinard a accueilli la requête en partie. Le juge des requêtes a ordonné aux policiers de restituer un certain nombre d’objets saisis qui n’étaient pas visés par le mandat de perquisition initial. Dans son ordonnance, le juge Pinard a conclu que certaines parties de la perquisition étaient à la fois «illégal[e]s et abusive[s]». En ce qui concerne la détention, le juge a estimé que les policiers n’avaient pas de motifs raisonnables et probables pour arrêter et détenir l’appelant. En outre, il a conclu que les circonstances de la détention avaient violé le droit constitutionnel de l’appelant d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Par conséquent, le juge Pinard a déclaré que la détention de l’appelant avait également été «illégal[e], arbitraire et abusive». Mais le juge des requêtes a refusé de statuer sur la demande en dommages-intérêts de l’appelant, car cette demande aurait dû être présentée dans le cadre d’une action distincte.

Plusieurs mois après la perquisition, soit le 11 février 1993, l’appelant a reçu l’avis suivant par la poste:

Le 27 octobre 1992, à la suite d’une requête faite par un mandataire spécialement désigné par le Procureur général du Québec, selon les dispositions de l’article 185 du Code criminel, un juge de la Cour des Sessions de la Paix pour la province de Québec, a émis une autorisation permettant l’interception de vos communications privées aux fins de l’administration de la Justice. Cette autorisation était valide du 27 octobre 1992 au 15 novembre 1992 inclusivement.

La présente lettre a pour but de vous aviser de cette autorisation, conformément à l’article 196 du Code criminel.

Le 22 mars 1993, l’appelant a signifié au procureur général du Québec et aux policiers concernés une mise en demeure pour les dommages découlant tant de la perquisition des lieux que de

However, on April 30, 1993, before filing his statement of claim for damages, the appellant filed a motion before Paul J. of the Superior Court requesting a judicial order to open the sealed packet containing the application and affidavits which were filed in support of the surveillance authorization. In the same motion, he requested copies of the police tapes of his private communications.

11

The appellant sought access to these normally confidential materials in the hope of procuring evidence which demonstrated that the wiretap did not comply with the requirements of Part VI of the *Code*. In support of his request for access to the packet and the tapes, the appellant submitted that he had grounds to believe that the application and affidavits failed to mention his status as a lawyer in contravention of s. 185(1)(e) of the *Code*. As well, he contended that he had grounds for believing that the wiretap was the product of administrative pressure from officials within the SAIC. While the appellant fails to state so explicitly in his motion, I assume more generally that it is his contention that the wiretap authorization was not justified in the "best interests of the administration of justice" in accordance with s. 186(1)(a) as the application and affidavits did not disclose reasonable and probable grounds for a wiretap.

12

On May 19, 1993, Paul J. denied the appellant's motion to open the packet and to compel disclosure of the tapes. At the outset, upon examining the application in private, Paul J. dismissed the appellant's argument that the wiretap application had failed to comply with s. 185(1)(e). As he stated:

[TRANSLATION] There is one thing I wanted to make sure of, namely that your allegation that you were not designated as a lawyer was not borne out in the documents relating to the application to intercept your private communications. I confirm for you . . . that you were indeed designated as a lawyer, with your business address.

l'écoute électronique. Cependant, le 30 avril 1993, avant le dépôt de sa déclaration dans l'action en dommages-intérêts, l'appelant a déposé devant le juge Paul de la Cour supérieure une requête en vue d'obtenir une ordonnance judiciaire pour faire ouvrir le paquet scellé contenant la demande et les affidavits qui avaient été déposés à l'appui de l'autorisation de surveillance électronique. Dans la même requête, il réclamait des copies des bandes magnétiques sur lesquelles les policiers avaient enregistré ses communications privées.

L'appelant cherchait à avoir accès à ces documents habituellement confidentiels dans l'espoir d'obtenir des éléments de preuve établissant que l'écoute électronique ne satisfaisait pas aux exigences de la partie VI du *Code*. À l'appui de sa demande d'accès au paquet et aux bandes magnétiques, l'appelant a soutenu qu'il avait des motifs de croire que la demande et les affidavits ne mentionnaient pas sa qualité d'avocat, contrairement aux exigences de l'al. 185(1)e du *Code*. De plus, il a prétendu qu'il avait des motifs de croire que l'écoute électronique résultait de pressions de nature administrative exercées par des fonctionnaires du SAIC. Bien que l'appelant ne l'ait pas dit expressément dans sa requête, je présume de façon plus générale qu'il prétend que l'octroi de l'autorisation d'écoute électronique ne servait pas «au mieux l'administration de la justice» conformément à l'al. 186(1)a, car la demande et les affidavits ne révélaient pas de motifs raisonnables et probables justifiant l'écoute électronique.

Le 19 mai 1993, le juge Paul a rejeté la requête de l'appelant pour faire ouvrir le paquet et divulguer le contenu des bandes magnétiques. Au début, après examen de la demande en privé, le juge Paul a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel la demande d'écoute électronique ne se conformait pas à l'al. 185(1)e). Il a déclaré:

Il y a une chose dont je voulais m'assurer, c'est que votre allégué relativement au fait que vous n'avez pas été désigné comme avocat ne se soit pas retrouvé dans les documents relatifs à la demande d'interception de vos communications privées. Or je vous confirme [. . .] que vous avez été désigné bel et bien comme avocat avec votre adresse professionnelle.

Paul J. then turned to the substance of the appellant's motion to open and examine the contents of the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii). While the judge took notice of this Court's ruling in *Dersch* regarding the right of an accused to automatic access to the sealed packet, Paul J. underscored that the appellant stood in a different position from an accused. As Paul J. explained in an exchange with the appellant:

[TRANSLATION] There is nothing in *Garofoli* [[1990] 2 S.C.R. 1421, to support a motion for access by a non-accused], I know *Garofoli* almost by heart. . . . In all the decisions, all the decisions that are to that effect. Except if you seek a review, you may have the lawfulness of a decision reviewed, but in that case it would be in the context of an accused, not in your context at all, right now there is a vacuum because you are not an accused and you have no case pending before the civil or criminal courts. . . . [Emphasis added.]

Paul J. held that where the request for access under s. 187(1)(a)(ii) originates from a non-accused target, the *Code* requires that such authorizations remain confidential. Accordingly, he denied the appellant's motion. However, in so doing, he left open the possibility that such a request might be entertained by the judge who presided over the civil suit:

[TRANSLATION] No, no, but you will not lose any right you may have to make that argument, but you must do so before the judge who hears the case. It is there that the argument must be made and not here on a motion. So if there is a civil action or any other kind of action, you will make your request to that judge, although whether you will be successful is another matter — that is not for me to decide. But at the present time, I must tell you that the *Code* applies and it remains confidential, you received notification and if there are further civil or criminal developments, then the situation will alter dramatically. At present, the situation is like that and you are not entitled to the sealed packet. Unfortunately, I must deny your motion. . . . [Emphasis added.]

The *Criminal Code* provides no appeal to a provincial court of appeal from the decision of a judge who refuses access to the sealed packet. See *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266 (B.C.C.A.), at pp. 271-72, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Kumar* (1987), 35 C.C.C. (3d) 477

Le juge Paul est ensuite passé au fond même de la requête de l'appellant pour faire ouvrir et examiner le contenu du paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii). Tout en tenant compte de l'arrêt *Dersch* de notre Cour concernant le droit d'un accusé d'avoir automatiquement accès au paquet scellé, le juge Paul a souligné que l'appellant se trouvait dans une position différente de celle d'un accusé. Comme il l'a expliqué dans un échange de propos avec l'appellant:

Il n'y a rien dans *Garofoli* [[1990] 2 R.C.S. 1421, pour supporter une requête d'accès par un non-accusé], je connais *Garofoli* quasiment par cœur. [. . .] Dans toutes les décisions, toutes les décisions qui sont à cet effet-là. Sauf si vous allez en révision, vous pouvez faire réviser la légalité d'une décision, mais là à ce moment-là on est dans le cadre d'un accusé, on n'est pas dans votre cadre du tout, on est dans un vacuum actuellement, vous n'êtes ni accusé, vous n'avez aucun litige pendant devant les tribunaux civil ou criminel . . . [Je souligne.]

Le juge Paul a conclu que, lorsque la demande d'accès visée au sous-al. 187(1)(a)(ii) est présentée par une cible qui n'a pas été accusée, le *Code* exige que de telles autorisations restent confidentielles. Par conséquent, il a rejeté la requête de l'appellant, en signalant cependant que cette demande pourrait être examinée par le juge présidant le procès civil:

Non, non, mais vous ne serez pas privé de votre droit éventuel de plaider ça mais plaidez-le devant le juge qui sera saisi du litige. C'est là que ça doit se plaider et non pas ici par requête. Alors, s'il y a une action civile ou de quelque nature que ce soit, vous plaidez votre requête devant ce juge-là, avec quel succès, ça, c'est une autre question, ce n'est pas mon domaine. Mais actuellement, là, je dois vous dire que le *Code* s'applique, ça demeure confidentiel, vous avez reçu l'avis et s'il y a d'autres développements tant au point civil qu'au point de vue criminel, là la situation sera dramatiquement changée. Actuellement, la situation est telle quelle et vous n'avez pas le droit au paquet scellé. Je dois malheureusement rejeter votre requête . . . [Je souligne.]

Le *Code criminel* ne prévoit pas la possibilité d'interjeter appel auprès d'une cour d'appel provinciale de la décision du juge qui refuse l'accès au paquet scellé. Voir *Re Meltzer and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 266 (C.A.C.-B.), aux pp. 271 et 272, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1764;

(Sask. C.A.), at p. 479, leave to appeal denied, [1987] 1 S.C.R. ix. The appellant thus sought leave to appeal the judgment of Paul J. as a "final or other judgment . . . of the highest court of final resort in a province" under this Court's general jurisdiction vested by s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. We granted leave. The respondent subsequently filed a motion to dismiss the appeal on January 26, 1995, but this Court denied the respondent's motion on March 6, 1995.

II. Analysis

A. Introduction

15

The appellant seeks a judicial order for disclosure of two distinct items in support of his putative civil suit: (1) the application and supporting affidavits contained within the sealed packet; and (2) the tape recordings and prepared transcripts of his intercepted communications, which are not contained within the packet, but which remain in the custody of the Crown. In light of the *Code*'s differential treatment of these materials, I will examine these two requests separately.

16

I agree with the manner in which my colleagues La Forest and Sopinka JJ. deal with the issue of whether the appellant has sufficient standing to seek an order under s. 187(1)(a)(ii). I am also in agreement that the appellant's motion for access, dated April 30, 1993, is properly governed by s. 187(1)(a)(ii) of the *Code* rather than by the amended s. 187(1.3) which came into force on August 1, 1993. See *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 27; SI/93-154. Furthermore, I share their view that in light of the legislative history of the similar wording of the new provision, the scope and content of judicial discretion under s. 187(1.3) are identical to the discretion vested by its predecessor. Accordingly, I would arrive at the same result and reasoning in this appeal if the appellant's

R. c. Kumar (1987), 35 C.C.C. (3d) 477 (C.A. Sask.), à la p. 479, autorisation de pourvoi rejetée, [1987] 1 R.C.S. ix. L'appelant a donc demandé l'autorisation de se pourvoir contre la décision du juge Paul en tant que «jugement, définitif ou autre, rendu par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province», en vertu de la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Nous avons accordé l'autorisation. L'intimé a déposé par la suite une requête en annulation de pourvoi le 26 janvier 1995, mais notre Cour a refusé cette requête le 6 mars 1995.

II. Analyse

A. Introduction

L'appelant demande une ordonnance judiciaire en vue de la divulgation de deux choses distinctes à l'appui de la poursuite civile qu'il entend engager: (1) la demande et les affidavits à l'appui contenus dans le paquet scellé; et (2) les bandes magnétiques ainsi que les transcriptions de ses communications interceptées, qui ne se trouvent pas dans le paquet mais sont gardées par le ministère public. Comme le *Code* traite ces documents de façon différente, j'examinerai les deux demandes séparément.

Je suis d'accord avec la façon dont mes collègues les juges La Forest et Sopinka traitent la question de savoir si l'appelant a qualité suffisante pour demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii). Je conviens également que la demande d'accès présentée par l'appelant, en date du 30 avril 1993, est bien régie par le sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code* plutôt que par le par. 187(1.3), qui est entré en vigueur le 1^{er} août 1993. Voir la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40, art. 27; TR/93-154. De plus, je partage leur opinion selon laquelle, compte tenu des antécédents législatifs du libellé similaire de la nouvelle disposition, la portée et le contenu du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le par. 187(1.3) sont identiques à ceux du pouvoir discrétionnaire

motion was governed by the 1993 amendments to Part VI.

B. Access to the Sealed Packet

In addressing the appellant's request for access to the packet, it is essential to distinguish two conceptually distinct questions. First, it is necessary to determine the nature and content of the statutory discretion delegated by Parliament under s. 187(1)(a)(ii), as elaborated by the relevant case law. Second, one must then examine whether this judicial interpretation of the scope of the provision restricts s. 7 or 8 of the *Charter*, thus mandating a modification of the prevailing interpretation of this discretion in order to bring its exercise into conformity with the *Charter*. I note that if a restriction of a substantive *Charter* right is found, the existing interpretation of this statutory discretion may not be sustained under s. 1 of the *Charter*. Section 187(1)(a)(ii) confers a broad unstructured discretion to grant (or conversely, to refuse) access to the sealed packet. As I noted in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1078-79, where a statute confers a broad "imprecise" administrative or judicial discretion which encroaches on a constitutional right in certain applications, such a discretion must be interpreted in a manner which accommodates the *Charter* even if a potential justification for the impugned applications of the discretion could otherwise be advanced under s. 1. See my comments in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 1010-11; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

This general framework of analysis properly reflects the approach of this Court in *Dersch*, which underscored that the pre-existing interpretation of s. 187(1)(a)(ii) continues to operate in relation to a non-accused, subject to a subsequent

tionnaire conféré par le texte législatif antérieur. Par conséquent, j'arriverais au même résultat et au même raisonnement dans le présent pourvoi si la demande de l'appelant était régie par les modifications apportées à la partie VI en 1993.

B. L'accès au paquet scellé

Pour traiter la demande d'accès au paquet scellé présentée par l'appelant, il est essentiel de distinguer deux questions différentes sur le plan conceptuel. Premièrement, il faut déterminer la nature et le contenu du pouvoir discrétionnaire délégué par le législateur aux termes du sous-al. 187(1)a(ii), selon la jurisprudence pertinente. Deuxièmement, on doit ensuite examiner si cette interprétation judiciaire de la portée de la disposition restreint l'art. 7 ou 8 de la *Charte*, rendant ainsi obligatoire une modification de l'interprétation actuelle de ce pouvoir discrétionnaire afin d'en rendre l'exercice conforme à la *Charte*. Je remarque que, s'il y a restriction d'un droit substantiel garanti par la *Charte*, l'interprétation actuelle de ce pouvoir discrétionnaire prévu par la loi peut ne pas être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le sous-alinéa 187(1)a(ii) confère un vaste pouvoir discrétionnaire non structuré d'accorder (ou inversement, de refuser) l'accès au paquet scellé. Comme je l'ai fait observer dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1078 et 1079, lorsqu'une loi confère un vaste pouvoir discrétionnaire administratif ou judiciaire «imprécis» qui empiète sur un droit constitutionnel dans certaines applications, ce pouvoir doit être interprété d'une manière qui tient compte de la *Charte* même si on pouvait par ailleurs justifier en vertu de l'article premier les applications contestées du pouvoir discrétionnaire. Voir mes remarques dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 1010 et 1011; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720.

Le présent cadre général d'analyse reflète bien la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Dersch*, qui a souligné que l'interprétation préexistante du sous-al. 187(1)a(ii) vaut toujours dans le cas d'une personne qui n'a pas été accusée, sous

Charter challenge. As Sopinka J. stated for the majority, at p. 1517:

The judge still has a discretion [under s. 187(1)(a)(ii)] but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. This is not an amendment to the section, but rather an alteration of the judicial interpretation placed on it in light of the *Charter*. [Emphasis added.]

Regretfully, I do not believe that the analysis adopted by La Forest and Sopinka JJ. in the present appeal is faithful to this Court's earlier approach in *Dersch*. My two colleagues effectively subsume these two distinct questions into one constitutional inquiry, namely whether a non-accused enjoys an independent *Charter* right of access to the packet. Perhaps more seriously, the single-barrelled analysis adopted by my colleagues gives short shrift to Parliament's intent and purpose in adopting the provision. In my view, an appreciation of the careful balancing of interests that Parliament reached in adopting the provision must inform the determination of whether a non-accused person enjoys a constitutional right to examine such confidential court documents under a purposive and contextual examination of the *Charter*.

réserve d'une contestation subséquente de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Sopinka au nom de la majorité, à la p. 1517:

Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire [en vertu du sous-al. 187(1)a(ii)] mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. Ce n'est pas une modification apportée à la loi; c'est plutôt une modification, eu égard à la *Charte* de l'interprétation que les tribunaux lui avaient donnée. [Je souligne.]

À regret, je ne crois pas que l'analyse adoptée par les juges La Forest et Sopinka dans le présent pourvoi soit fidèle à la méthode retenue précédemment par notre Cour dans l'arrêt *Dersch*. Mes deux collègues subsument effectivement ces deux questions distinctes dans une seule question constitutionnelle, à savoir si une personne non accusée jouit en vertu de la *Charte* d'un droit indépendant d'accès au paquet. Plus grave peut-être, l'analyse simple adoptée par mes collègues fait peu de cas de l'intention et de l'objectif que visait le législateur en adoptant cette disposition. À mon avis, une évaluation du juste équilibre entre les intérêts en jeu auquel le législateur est parvenu en adoptant la disposition doit imprégner la décision de savoir si une personne qui n'a pas été accusée jouit d'un droit constitutionnel d'examiner de tels documents judiciaires confidentiels, en vertu d'un examen de la *Charte* fondé sur l'objet et le contexte.

19 With those thoughts on the appropriate framework of analysis in mind, I turn to an examination of the nature and content of the statutory discretion delegated by Parliament under s. 187(1)(a)(ii).

Tout en tenant compte de ces idées au sujet du cadre d'analyse approprié, je passe maintenant à un examen de la nature et du contenu du pouvoir discrétionnaire délégué par le législateur aux termes du sous-al. 187(1)a(ii).

(1) Under the existing interpretation of s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, may a non-accused surveillance target apply for a judicial order to open the sealed packet, and

(1) En vertu de l'interprétation actuelle du sous-al. 187(1)a(ii) du *Code criminel*, une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée peut-elle demander une ordonnance judiciaire pour faire ouvrir le paquet scellé, et dans l'affirmative, dans quelles condi-

if so, under what conditions should such an order be granted?

The *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2, as amended shortly afterwards by the *Criminal Law Amendment Act*, 1977, S.C. 1976-77, c. 53, was adopted to fill a troubling statutory void by establishing a comprehensive regime for the regulation of electronic surveillance. Prior to the Act, law enforcement officials were subject to few legal restrictions on their ability to intercept private communications, and the historical record suggests that this intrusive state power was frequently exercised well prior to Parliament's intervention. See Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969 (the Ouimet Report)); N. M. Chorney, "Wiretapping and Electronic Eavesdropping" (1965), 7 *C.L.Q.* 434; MacDonald Royal Commission (Second Report), *Freedom and Security under the Law* (1981), vol. 1, at p. 149. The core purpose of the Act was to enact a general regime for regulation of such surveillance in an effort to balance society's interest in the detection of crime, particularly organized crime, with an individual's right to personal privacy. The central means by which the Act effected its purpose was to impose a general ban on the interception of private communications in the absence of prior authorization. As this Court described the careful legislative balance of the Act in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 44-45:

Electronic surveillance plays an indispensable role in the detection of sophisticated criminal enterprises. Its utility in the investigation of drug related crimes, for example, has been proven time and again. But, for the reasons I have touched on, it is unacceptable in a free society that the agencies of the state be free to use this technology at their sole discretion. The threat this would pose to privacy is wholly unacceptable.

It thus becomes necessary to strike a reasonable balance between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement. Parliament has attempted to do this by enacting Part IV.1 of

tions une telle ordonnance devrait-elle être accordée?

La *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2, modifiée peu après par la *Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, S.C. 1976-77, ch. 53, a été adoptée afin de combler un vide juridique inquiétant en établissant un régime global de réglementation de la surveillance électronique. Avant l'adoption de cette loi, les autorités chargées de l'application de la loi se voyaient opposer peu de restrictions légales dans l'exercice de leur pouvoir d'intercepter des communications privées, et l'histoire semble indiquer que ce pouvoir envahissant de l'État était souvent exercé bien avant l'intervention du législateur. Voir Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969 (le Rapport Ouimet)); N. M. Chorney, «Wiretapping and Electronic Eavesdropping» (1965), 7 *C.L.Q.* 434; Commission royale MacDonald (Deuxième rapport), *La liberté et la sécurité devant la loi* (1981), vol. 1, à la p. 168. La Loi avait pour but principal d'adopter un régime général de réglementation de ce genre de surveillance afin d'établir un équilibre entre l'intérêt de la société à la détection du crime, notamment du crime organisé, et le droit de l'individu au respect de sa vie privée. Le moyen principal auquel la Loi recourait pour réaliser son but consistait à interdire de façon générale l'interception des communications privées en l'absence d'autorisation préalable. Dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux pp. 44 et 45, notre Cour décrit ainsi le juste équilibre atteint par la Loi:

La surveillance électronique joue un rôle indispensable dans la découverte d'opérations criminelles complexes. Son utilité dans les enquêtes en matière de stupéfiants, par exemple, a été maintes fois confirmée. Mais, pour les raisons déjà évoquées, il est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion. Le péril pour la vie privée serait tout à fait inacceptable.

D'où la nécessité de trouver un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. C'est ce qu'a tenté de faire le législateur

the *Code*. An examination of Part IV.1 reveals that Parliament has sought to reconcile these competing interests by providing that the police must always seek prior judicial authorization before using electronic surveillance. [Emphasis added.]

fédéral par l'adoption de la partie IV.1 du *Code*. À l'examen de la partie IV.1, on constate que le Parlement a essayé de concilier ces droits contradictoires en exigeant que la police obtienne une autorisation judiciaire avant de procéder à la surveillance électronique. [Je souligne.]

21

To enforce this ban, the Act armed the individual surveillance target with the means to retroactively challenge the legality of a wiretap following the termination of the surveillance. More specifically, s. 4 of the Act created a civil action in damages against the Crown in right of Canada for unlawful interception of private communications: *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 7.2 (now the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 17(1)). This right of action has since been complemented by provincial laws which create a delictual right of action against provincial authorities and others who engage in the interception of private communications without lawful authorization. See, e.g., *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36(2), 1457.

Pour la mise en application de cette interdiction, la Loi a prévu pour la cible de la surveillance électronique la possibilité de contester rétroactivement la légalité de l'écoute électronique après la période de surveillance. Plus particulièrement, l'art. 4 de la Loi a créé une action civile en dommages-intérêts contre la Couronne du chef du Canada pour interception illégale de communications privées: *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7.2 (maintenant *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, par. 17(1)). Des lois provinciales ont complété ce recours en créant un droit d'action en matière délictuelle contre les autorités provinciales et autres qui procèdent à l'interception de communications privées sans autorisation légale. Voir, par exemple, le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, par. 36(2) et art. 1457.

22

The Act, in large part, was modelled on comparable legislation adopted by the U.S. Congress under Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, June 19, 1968, Pub. L. No. 90-351, Title III, § 802, now codified as 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994) (hereinafter "Title III"). In light of the "striking similarities" between the two statutes, commentators have concluded that the U.S. jurisprudence on Title III provides an "invaluable" source of guidance for issues arising under the Act. See D. Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at p. 1; D. A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), at p. 3. This Court has relied on Title III as a helpful tool for interpreting the scope of Part VI in light of the "remarkable similarity" between the two legislative regimes: *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 631, at p. 680, *per* Estey J. However, this Court has drawn inferences from important differences between the two regimes: *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1137 (specific minimization requirement under Title III);

La Loi prenait modèle, en grande partie, sur un texte législatif comparable adopté par le Congrès américain en vertu du titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968*, loi du 19 juin 1968, Pub. L. No. 90-351, titre III, § 802, maintenant codifié et désigné comme étant le 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1994) (ci-après le «titre III»). Compte tenu des «ressemblances frappantes» entre les deux lois, les commentateurs ont conclu que la jurisprudence américaine concernant le titre III fournit une source «inestimable» d'indications relativement aux questions qui se posent en vertu de la Loi. Voir D. Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), à la p. 1; D. A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), à la p. 3. Notre Cour a également recouru au titre III pour interpréter la portée de la partie VI compte tenu de la «ressemblance étonnante» entre les deux régimes législatifs: *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 631, à la p. 680, le juge Estey. Cependant, notre Cour a tiré certaines déductions des différences importantes existant entre les deux régimes: *R. c. Thompson*,

Dersch, supra, at p. 1511 (specific requirement of delivery of application to accused prior to trial under Title III).

Under Part VI of the *Criminal Code*, law enforcement officials may apply for an authorization to execute an electronic surveillance upon an *ex parte* application filed with supporting affidavits to a designated judge. Under s. 186(1), a judge may authorize an interception of private communications if the judge is satisfied that "it would be in the best interests of the administration of justice to do so". This Court explained in *Duarte, supra*, at p. 45, that the "best interest of the administration of justice" requires, at a minimum, that law enforcement officials have demonstrated reasonable and probable grounds that an offence has been committed and that communications relating to the offence will be intercepted. If the court issues an authorization, the surveillance must be carried out in accordance with the terms and conditions of the authorization. Within 90 days following the expiration of the authorization, the Crown must then deliver a written notification to the surveillance target stating that an authorization had been issued and executed, but the notice is not required to disclose the contents and details of the authorization. See s. 196(1).

Following completion of the *ex parte* hearing for authorization, the *Code* dictates that the application and supporting affidavits are "confidential" and shall be "placed in a packet and sealed" by a designated judge. However, Parliament created a statutory mechanism for seeking a judicial order to open and examine the packet under s. 187(1)(a)(ii) (originally R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178(1)(a)(ii)). The provision (since amended) reads as follows:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet

[1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1137 (exigence de minimisation prévue expressément au titre III); *Dersch*, précité, à la p. 1511 (exigence quant à la notification de la demande à l'accusé avant le procès, prévue expressément au titre III).

En vertu de la partie VI du *Code criminel*, les autorités chargées de l'application de la loi peuvent demander l'autorisation de procéder à la surveillance électronique en présentant à un juge désigné une demande *ex parte* accompagnée d'affidavits à l'appui. En vertu du par. 186(1), le juge peut autoriser l'interception de communications privées s'il est convaincu que «l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice». Notre Cour a expliqué dans *Duarte*, précité, à la p. 45, que «le meilleur moyen de servir l'administration de la justice» exige, au moins, que les autorités chargées de l'application de la loi aient prouvé l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que des communications relatives à l'infraction seront interceptées. Si le tribunal délivre une autorisation, la surveillance devra être effectuée conformément aux modalités qui y sont indiquées. Dans les 90 jours suivant l'expiration de l'autorisation, le ministère public doit ensuite notifier par écrit à la cible de la surveillance qu'une autorisation avait été accordée et exécutée, mais il n'est pas nécessaire que l'avis divulgue le contenu et les détails de l'autorisation. Voir le par. 196(1).

Le *Code* dispose que, après la tenue de l'audience *ex parte* en vue de l'autorisation, la demande et les affidavits à l'appui sont «confidentiels» et doivent être «placés dans un paquet scellé» par un juge désigné. Cependant, le législateur a prévu un mécanisme de demande d'ordonnance judiciaire pour faire ouvrir et examiner le paquet au sous-al. 187(1)(a)(ii) (initialement S.R.C. 1970, ch. C-34, sous-al. 178(1)(a)(ii)). La disposition (modifiée depuis) est rédigée ainsi:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 185 ou des paragraphes 186(6) ou 196(2) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par

shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii). [Emphasis added.]

The provision permits a broad range of unspecified parties to apply for an order under s. 187(1)(a)(ii). However, it provides no guidance as to what conditions would warrant a disclosure order. The virtually unanimous view is that Parliament originally intended to leave such issues to the discretion of the court rather than to create an automatic right to access to the packet to specific parties in specific circumstances. See *Dersch, supra*, at p. 1510, *per* Sopinka J. ("Parliament, therefore, intended to confer on the judge an unlimited discretion"); *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1479, *per* McLachlin J. ("[T]he matter is in the discretion of the judge hearing the application"); *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, at p. 491, *per* Sopinka J. ("The judge hearing an application under this section has a broad discretion to decide whether or not to provide access"), and at p. 518, *per* L'Heureux-Dubé J. ("[The legislator] left the courts with the task of deciding the proper approach to the matter"). Nonetheless, the state's interest in the confidentiality of its investigations was intended to be a major consideration in the judicial exercise of this discretion. As Sopinka J. described this state interest in *Dersch, supra*, at p. 1510:

The purpose of the confidentiality provision of this section is apparently to ensure that the investigation is kept secret during the currency of the authorization and to protect informers, police techniques and procedures once the authorization is spent.

le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut:

a) être ouvert et son contenu ne peut être enlevé, si ce n'est:

(i) soit pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation,

(ii) soit en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge au sens de l'article 552;

b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii). [Je souligne.]

La disposition permet à toute une gamme de parties non mentionnées de demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii). Toutefois, elle ne fournit aucune indication quant aux conditions qui justifieraient une ordonnance de divulgation. On estime presque unanimement que le législateur voulait à l'origine laisser ces questions à la discrétion du tribunal plutôt que de prévoir un droit automatique d'accès au paquet pour des parties précises dans des circonstances précises. Voir *Dersch*, précité, à la p. 1510, le juge Sopinka («Le Parlement a donc voulu conférer au juge un pouvoir discrétionnaire illimité»); *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, à la p. 1479, le juge McLachlin («[L]a solution relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande»); *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, à la p. 491, le juge Sopinka («Le juge saisi d'une demande d'accès présentée en vertu de cette disposition jouit, pour en disposer, d'un large pouvoir discrétionnaire») et à la p. 518, le juge L'Heureux-Dubé («[Le législateur] a laissé aux tribunaux le soin de décider des critères applicables en la matière»). Néanmoins, l'intérêt de l'État à la confidentialité de ses enquêtes était censé être une considération importante dans l'exercice judiciaire de ce pouvoir discrétionnaire. Le juge Sopinka décrit ainsi cet intérêt de l'État dans *Dersch*, précité, à la p. 1510:

La disposition relative à la confidentialité a apparemment pour objet d'assurer que l'enquête sera tenue secrète pendant la durée de l'autorisation et de protéger les informateurs, ainsi que les techniques et procédures policières quand l'autorisation est expirée.

And as McLachlin J. expressed in her dissent in *Garofoli*, *supra*, at p. 1480: "Parliament's dominant intention was that the documents [within the packet] should remain confidential".

This particular statutory provision has since been amended by Parliament in response to this Court's rulings in *Dersch* and *Garofoli*. In 1993, Parliament recast Part VI to give legislative recognition to the accused's constitutional right to examine the packet prior to trial. The language of the amended provision reads as follows:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to any provision of this Part are confidential and, subject to subsection (1.1), shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be dealt with except in accordance with subsections (1.2) to (1.5).

(1.3) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet.

(1.4) A judge or provincial court judge before whom a trial is to be held and who has jurisdiction in the province in which an authorization was given may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet if

- (a) any matter relevant to the authorization or any evidence obtained pursuant to the authorization is in issue in the trial; and
- (b) the accused applies for such an order for the purpose of consulting the documents to prepare for trial.

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents pursuant to subsection (1.3) or (1.4), the judge shall not, notwithstanding those subsections, provide any copy of any document to the accused until the prosecutor has deleted any part of the copy of

Et comme le juge McLachlin l'a dit dans ses motifs de dissidence dans *Garofoli*, précité, à la p. 1480: «L'intention principale du législateur était de préserver le caractère confidentiel des documents [à l'intérieur du paquet]».

Cette disposition législative particulière a été modifiée depuis par le législateur pour donner suite aux arrêts de notre Cour *Dersch* et *Garofoli*. En 1993, le législateur a remanié la partie VI afin de reconnaître sur le plan législatif le droit constitutionnel d'un accusé d'examiner le paquet avant le procès. Voici le texte de la disposition modifiée:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de la présente partie sont confidentiels et, sous réserve du paragraphe (1.1), sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut en être disposé que conformément aux paragraphes (1.2) à (1.5).

(1.3) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent.

(1.4) S'il a compétence dans la province où l'autorisation a été donnée, le juge ou le juge de la cour provinciale devant lequel doit se tenir le procès peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent si les conditions suivantes sont réunies:

- a) une question en litige concerne l'autorisation ou les éléments de preuve obtenus grâce à celle-ci;
- b) le prévenu fait une demande à cet effet afin de consulter les documents pour sa préparation au procès.

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents conformément aux paragraphes (1.3) ou (1.4), le juge ne peut, par dérogation à ces paragraphes, remettre une copie des documents au prévenu qu'après que le poursuivant a supprimé toute partie des

the document that the prosecutor believes would be prejudicial to the public interest, including any part that the prosecutor believes could

- (a) compromise the identity of any confidential informant;
- (b) compromise the nature and extent of ongoing investigations;
- (c) endanger persons engaged in particular intelligence-gathering techniques and thereby prejudice future investigations in which similar techniques would be used; or
- (d) prejudice the interests of innocent persons.

(5) After the prosecutor has deleted the parts of the copy of the document to be given to the accused under subsection (4), the accused shall be provided with an edited copy of the document. [Emphasis added.]

Under this new legislation, it is clear that both an accused person and a non-accused person are entitled to apply for access to the packet. However, consistent with *Dersch*, Parliament adopted a mandatory regime of disclosure for an accused person. Under the new legislation, an accused is entitled to apply for access to the packet to prepare for trial under either s. 187(1.3) or 187(1.4); following appropriate blacklining by the Crown under the procedure stipulated by s. 187(4), the Crown “shall” deliver the edited wiretap application and affidavits to the accused in accordance with s. 187(5). But in contrast to this mandatory regime, Parliament specifically chose to preserve a discretionary regime of disclosure in addressing applications by non-accused persons. A non-accused person may apply for access to the packet under s. 187(1.3), but Parliament specifically omitted to stipulate that the Crown “shall” deliver the contents of the packet in response to such a request.

copies qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l'intérêt public, notamment si le poursuivant croit, selon le cas, que cette partie:

- a) pourrait compromettre la confidentialité de l'identité d'un informateur;
- b) pourrait compromettre la nature et l'étendue des enquêtes en cours;
- c) pourrait mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements et compromettre ainsi la tenue d'enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées;
- d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

(5) Une copie des documents, après avoir été ainsi révisée par le poursuivant, est remise au prévenu. [Je souligne.]

En vertu de ce nouveau texte législatif, il est clair qu'une personne accusée et une personne non accusée ont toutes deux le droit de demander l'accès au paquet. Cependant, en accord avec l'arrêt *Dersch*, le législateur a adopté un régime obligatoire de divulgation dans le cas d'une personne accusée. En vertu du nouveau texte législatif, un accusé a le droit de demander l'accès au paquet pour préparer son procès, en vertu du par. 187(1.3) ou du par. 187(1.4); après avoir bien masqué les passages pertinents selon la procédure prévue au par. 187(4), le ministère public «remet» à l'accusé la demande et les affidavits révisés relatifs à l'écoute électronique conformément au par. 187(5). Mais par opposition à ce régime de divulgation obligatoire, le législateur a choisi précisément de préserver un régime discretionnaire de divulgation pour le traitement des demandes présentées par des personnes qui n'ont pas été accusées. Une personne non accusée peut demander l'accès au paquet en vertu du par. 187(1.3), mais le législateur a expressément prévu que le ministère public «peut» remettre le contenu du paquet pour donner suite à une telle demande.

The drafting of both s. 187(1)(a)(ii) and the recent s. 187(1.3) closely parallels the applicable U.S. legislation. Under the scheme of Title III, a wiretap application is similarly sealed following approval of the authorization. However, an indi-

Le texte du sous-al. 187(1)a)(ii) ainsi que celui du récent par. 187(1.3) se rapproche étroitement du texte de la loi américaine applicable. Sous le régime du titre III, une demande d'écoute électronique est également scellée après que l'autorisa-

vidual who faces criminal prosecution on the basis of intercepted communications is entitled to examine the confidential application prior to trial; as noted in *Dersch*, at p. 1511, unlike Part VI of the *Code*, § 2518(9) of Title III specifically provides that copies of the wiretap application must be delivered to an accused 10 days before trial in order to extend the accused adequate opportunity to seek suppression of the wiretap evidence. On the other hand, where a non-accused individual seeks to examine the application, § 2518(8)(d) stipulates that a court enjoys a discretion to withhold access in the absence of a showing of "good cause". Section 2518(8) reads in part as follows:

§ 2518. Procedure for interception of wire or oral communications

(8)(a) . . .

(b) Applications made and orders granted under this chapter shall be sealed by the judge. Custody of the applications and orders shall be wherever the judge directs. Such applications and orders shall be disclosed only upon a showing of good cause before a judge of competent jurisdiction and shall not be destroyed except on order of the issuing or denying judge, and in any event shall be kept for ten years.

(d) Within a reasonable time but not later than ninety days after the filing of an application for an order of approval under section 2518(7)(b) which is denied or the termination of the period of an order or extensions thereof, the issuing or denying judge shall cause to be served, on the persons named in the order or the application, and such other parties to intercepted communications as the judge may determine in his discretion that is in the interest of justice, an inventory which shall include notice of —

(1) the fact of the entry of the order or the application;

tion a été approuvée. Toutefois, la personne qui fait face à des poursuites criminelles fondées sur les communications interceptées a le droit d'examiner la demande confidentielle avant le procès; comme il est mentionné dans l'arrêt *Dersch*, à la p. 1511, contrairement à la partie VI du *Code*, le par. 2518(9) du titre III prévoit expressément que des copies de la demande d'écoute électronique doivent être remises à un accusé 10 jours avant le procès afin de bien permettre à l'accusé de demander la suppression de la preuve obtenue par écoute électronique. Par ailleurs, l'al. 2518(8)d dispose que, lorsqu'une personne qui n'a pas été accusée cherche à examiner la demande, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de permettre l'accès au paquet en l'absence de preuve quant à l'existence d'un «motif valable». Le paragraphe 2518(8) dispose notamment:

[TRADUCTION] § 2518. Procédure pour l'interception de communications orales ou par fil

(8)a) . . .

(b) Les demandes présentées et les ordonnances accordées en vertu du présent chapitre sont scellées par le juge. Elles sont gardées à l'endroit que le juge désigne. Ces demandes et ces ordonnances ne sont divulguées qu'après présentation d'une preuve de l'existence d'un motif valable devant un juge d'un tribunal compétent et ne sont pas détruites, sauf sur ordonnance du juge qui les a rendues ou rejetées, et de toute façon elles sont gardées pendant dix ans.

d) Dans un délai raisonnable ne dépassant pas quatre-vingt-dix jours du dépôt d'une demande d'ordonnance d'approbation en vertu de l'alinéa 2518(7)b) qui est rejetée ou de la durée d'une ordonnance ou de ses prolongations, le juge qui l'a rendue ou rejetée doit faire signifier, aux personnes nommées dans l'ordonnance ou la demande et à toutes les autres parties aux communications interceptées qu'il peut déterminer selon son pouvoir discrétionnaire être dans l'intérêt de la justice d'informer, un relevé qui comprend un avis —

(1) du fait de l'inscription de l'ordonnance ou de la demande;

(2) the date of the entry and the period of authorized, approved or disapproved interception, or the denial of the application; and

(3) the fact that during the period wire, oral, or electronic communications were or were not intercepted.

The judge, upon the filing of a motion, may in his discretion make available to such person or his counsel for inspection such portions of the intercepted communications, applications and orders as the judge determines to be in the interest of justice. ... [Emphasis added.]

In short, both s. 187(1)(a)(ii) and § 2518(8)(d) leave it to the court's discretion to balance the state's interest in the confidentiality of the packet against the individual's interest in privacy.

27 Before proceeding to examine the judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii), I wish to highlight one ambiguity in relation to the procedure for opening the packet which subsists notwithstanding the procedural detail of this Court's judgments in *Dersch* and *Garofoli*. The provision simply states that the packet shall not be opened in the absence of a judicial order. But it does not clarify whether a judge may temporarily open and examine the contents of the packet *in camera* (i.e., in private without disclosure to the parties) for the narrow purpose of ruling on a s. 187(1)(a)(ii) application, or whether a judge must render a ruling on a s. 187(1)(a)(ii) application without any reference to the materials within the packet. Moreover, a stark, literal reading of the provision would appear to suggest that the court must rule on such a motion while turning a blind eye to the contents of the packet. In this instance, it seems that Paul J. did indeed examine the contents of the packet in considering the application before him. In response to the allegation that the application did not mention the appellant's status as a lawyer, Paul J. informed the parties that the application did indeed specify the appellant's occupation in accordance with s. 185(1)(e).

28 In my view, the provision should be interpreted as permitting a judge to examine the contents of

(2) de la date de l'inscription et de la durée de l'interception autorisée, approuvée ou refusée, ou du rejet de la demande;

(3) du fait que, durant la période concernée, des communications orales, électroniques ou par fil ont été ou non interceptées.

Sur dépôt d'une requête, le juge peut à sa discrétion mettre à la disposition d'une telle personne ou de son avocat à des fins d'inspection les parties des communications interceptées, des demandes et des ordonnances qu'il estime être dans l'intérêt de la justice. [Je souligne.]

En résumé, le sous-al. 187(1)a(ii) et l'al. 2518(8)d) laissent tous deux à la discrétion du tribunal le soin d'établir un équilibre entre l'intérêt de l'État à la confidentialité du paquet et le droit de la personne à la protection de sa vie privée.

Avant de procéder à l'examen de l'interprétation judiciaire du sous-al. 187(1)a(ii), je voudrais signaler une ambiguïté concernant la procédure d'ouverture du paquet, qui persiste malgré les détails sur la procédure fournis par notre Cour dans les arrêts *Dersch* et *Garofoli*. La disposition prévoit simplement que le paquet ne doit pas être ouvert sans ordonnance judiciaire. Mais elle ne précise pas si un juge peut ouvrir provisoirement et examiner le contenu du paquet à huis clos (c.-à-d. en privé sans divulgation aux parties) strictement aux fins de se prononcer sur une demande visée au sous-al. 187(1)a(ii), ou si un juge doit rendre une décision sur une demande visée au sous-al. 187(1)a(ii) sans se reporter aux documents qui se trouvent dans le paquet. De plus, une interprétation stricte et littérale de la disposition pourrait amener à penser que le tribunal doit se prononcer sur une telle requête sans tenir compte du contenu du paquet. Dans la présente affaire, il semble que le juge Paul a effectivement examiné le contenu du paquet pour étudier la demande dont il était saisi. En réponse à l'allégation selon laquelle la demande ne mentionnait pas la qualité d'avocat de l'appellant, le juge Paul a informé les parties que la demande précisait bien la profession de l'appellant conformément à l'al. 185(1)e).

À mon avis, la disposition devrait être interprétée comme permettant à un juge d'examiner le

the packet in private for the restricted purpose of adjudicating a s. 187(1)(a)(ii) application. The confidentiality interests underlying the provision are simply not triggered when a competent judicial authority examines the contents of the packet *in camera*. As illustrated in this instance, such an examination would be helpful in promptly disposing of a motion for access where the alleged deficiencies of the application are simply not borne out on the face of the application. If an order for access is not issued, the relevant materials would be returned to the packet, with no disclosure of the contents to parties.

I note that U.S. courts have similarly concluded that a designated judge is entitled to examine the "sealed" wiretap application and authorization in determining whether to grant an accused or non-accused person access to the materials under § 2518(8)(d). For endorsement of a federal court's ability to examine the wiretap application *in camera*, see *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1st Cir. 1974), at p. 808; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (E.D. Pa. 1976), at p. 1333; *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1st Cir. 1983), at p. 28; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1st Cir. 1983), at p. 1027.

I now turn to examine the judicial understanding of the statutory discretion vested by s. 187(1)(a)(ii). The relevant case law spans some 16 years prior to this Court's ruling in *Dersch*, and it only deserves a brief summary in light of this Court's exhaustive survey of the prior jurisprudence in *Dersch*, *supra*, at pp. 1511-14, *per* Sopinka J., and more recently in *Durette*, *supra*, at pp. 518-28, *per* L'Heureux-Dubé J. In brief, prior to the advent of the *Charter*, Canadian courts ruled quite consistently that judicial discretion to open

contenu du paquet en privé dans le but restreint de trancher une demande fondée sur le sous-al. 187(1)a)(ii). Le droit à la confidentialité qui sous-tend la disposition n'est tout simplement pas mis en jeu quand une autorité judiciaire compétente examine le contenu du paquet à huis clos. Comme le montre bien la présente affaire, un tel examen serait utile pour disposer rapidement d'une demande d'accès au paquet lorsque les lacunes alléguées de la demande ne ressortent pas à sa lecture même. Si le tribunal ne rendait pas d'ordonnance d'accès, les documents pertinents seraient remis dans le paquet et son contenu ne serait pas divulgué aux parties.

Je remarque que les tribunaux américains ont conclu de la même manière qu'un juge désigné a le droit d'examiner l'autorisation et la demande d'écoute électronique qui sont «scellées» pour déterminer s'il y a lieu d'accorder à une personne qui a été accusée ou à une personne qui ne l'a pas été l'accès aux documents en vertu de l'al. 2518(8)d). À l'appui du pouvoir d'un tribunal fédéral d'examiner la demande d'écoute électronique à huis clos, voir *In re Lochiatto*, 497 F.2d 803 (1st Cir. 1974), à la p. 808; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, 413 F.Supp. 1321 (E.D. Pa. 1976), à la p. 1333; *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, 708 F.2d 27 (1st Cir. 1983), à la p. 28; *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, 723 F.2d 1022 (1st Cir. 1983), à la p. 1027.

Je vais maintenant examiner comment les tribunaux ont interprété le pouvoir discrétionnaire conféré par le sous-al. 187(1)a)(ii). La jurisprudence pertinente couvre les quelque 16 années qui ont précédé l'arrêt *Dersch* rendu par notre Cour, et elle ne mérite qu'un court résumé compte tenu de l'étude exhaustive de la jurisprudence antérieure que notre Cour a effectuée dans l'arrêt *Dersch*, précité, aux pp. 1511 à 1514, le juge Sopinka, et plus récemment dans l'arrêt *Durette*, précité, aux pp. 518 à 528, le juge L'Heureux-Dubé. En bref,

the sealed packet ought to be exercised sparingly in light of the state's strong interest in limiting the disclosure of its investigative techniques and the identity of its informers. More specifically, the courts held that once a judge had concluded that the face of the surveillance application raises reasonable and probable grounds for a search, the application and supporting materials should be sealed and should not be disclosed to the subject of the surveillance in the absence of rare and exceptional circumstances: *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (Alta. S.C.T.D.), at p. 219. In almost all the reported cases, the party seeking access was only able to obtain an order compelling disclosure of the contents of the packet upon a threshold showing that the authorization was obtained on the basis of fraud or wilful non-disclosure by the Crown. See, e.g., *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (B.C.S.C.); *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (Ont. H.C.); *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (B.C.S.C.), at p. 237; *R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (Nfld. Dist. Ct.), at pp. 257-58. See also S. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), at p. 97; Bellemare, *supra*, at pp. 353-56; Watt, *supra*, at pp. 248-52. This line of cases paralleled a similarly consistent body of authority which held that an accused could not challenge the legality of an authorization previously issued by a different judge in the absence of some showing of fraud or non-disclosure by the Crown. See *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), at pp. 371-72; *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (B.C.C.A.), at p. 400; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at pp. 599-600 and 604, *per* McIntyre J.

avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont statué presque inmanquablement que le juge doit exercer avec modération son pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet scellé étant donné l'intérêt important qu'a l'État à restreindre la divulgation de ses méthodes d'enquête et de l'identité de ses indicateurs. Plus précisément, les tribunaux ont estimé que, une fois qu'un juge a conclu que la demande de surveillance présente à sa lecture même des motifs raisonnables et probables pour justifier une perquisition, la demande et les documents à l'appui devraient être scellés et ne pas être divulgués à la personne soumise à la surveillance, sauf dans des circonstances rares et exceptionnelles. *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (C.S. 1^{re} inst. Alb.), à la p. 219. Dans presque tous les arrêts signalés, la partie qui demandait d'avoir accès au paquet scellé ne pouvait obtenir une ordonnance imposant la divulgation de son contenu que si elle prouvait au préalable que l'autorisation avait été obtenue par fraude ou en raison de non-divulgation volontaire de la part du ministère public. Voir, par exemple, *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (C.S.C.-B.); *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (H.C. Ont.); *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (C.S.C.-B.), à la p. 237; *R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (C. dist. T.-N.), aux pp. 257 et 258. Voir également S. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), à la p. 97; Bellemare, *op. cit.*, aux pp. 353 à 356; Watt, *op. cit.*, aux pp. 248 à 252. Ces arrêts s'inscrivent en parallèle à une doctrine et à une jurisprudence, également constantes, selon lesquelles un accusé ne peut pas contester la légalité d'une autorisation accordée antérieurement par un juge différent sans preuve de fraude ou de non-divulgation de la part du ministère public. Voir *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), aux pp. 371 et 372; *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (C.A.C.-B.), à la p. 400; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, aux pp. 599, 600 et 604, le juge McIntyre.

31 These courts concluded that Parliament's concern for confidentiality ought to be accorded

Ces tribunaux ont conclu qu'il fallait accorder beaucoup d'égards à l'intérêt du législateur pour la

considerable deference in the exercise of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii). The justification offered by Anderson J. (later J.A.) in *Miller*, at p. 288, for restricting access to the packet to exceptional circumstances is illustrative:

Another reason for holding that there is no right of review, is that, in my opinion, Parliament did not provide for or intend that the sealed packet be opened merely for the purpose of ascertaining whether grounds existed for quashing the authorization. I do not think that a judicial discretion (to open the packet) should be exercised on the basis that defence counsel wish to engage in a fishing expedition. Surely, at the very least, some grounds must be stated before an application to open the packet can succeed. If this were not so, the material which Parliament ordered should be kept secret would become a matter of public knowledge, in every case, where it was stated that the Crown wished to make use of private communications or evidence derived by the use of private communications. [Emphasis added.]

Furthermore, these cases attached great importance to the fact that the wiretap had already been the subject of a prior judicial authorization. Since a judge had already previously determined that the materials filed in support of the application raised reasonable and probable grounds for a search, the courts concluded that a party was not entitled to mount a collateral attack against the original authorization in the absence of at least some evidence which indicated that the authorization was procured on a defective basis. As Zuber J.A. underscored in *Welsh and Iannuzzi, supra*, at p. 371:

The authorization, once given, enables the authorities to proceed to a lawful interception [of private communications]. A second consideration of the adequacy of the material supporting the authorization by the trial Judge, for the purpose of determining retrospectively whether or not the interception was lawful, is inconsistent with the whole scheme of Part IV.1 of the *Code*.

This Court employed similar reasoning in *Wilson, supra*, in holding that a trial judge may not collaterally attack an authorization rendered by a designated judge under Part VI of the *Code*. As

confidentialité dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii). La justification que le juge Anderson (nommé plus tard à la Cour d'appel) a fournie dans *Miller*, à la p. 288, pour restreindre l'accès au paquet à des cas exceptionnels le montre bien:

[TRADUCTION] Pour affirmer qu'il n'y a aucun droit de révision, on peut invoquer aussi, à mon sens, l'argument que le législateur n'a ni prescrit ni voulu que l'on puisse ouvrir le paquet scellé simplement pour vérifier s'il existe des motifs d'annuler l'autorisation. Je ne pense pas que la volonté des avocats de la défense de faire une expédition de pêche justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (pour l'ouverture du paquet). Il est certain qu'il faut, à tout le moins, faire valoir certains motifs pour que la cour fasse droit à la demande d'ouverture du paquet. Sans quoi, les documents que le législateur a prescrit de garder secrets seraient portés à la connaissance du public, dans tous les cas où le ministère public voudrait utiliser des communications privées ou des éléments de preuve tirés de telles communications. [Je souligne.]

De plus, ces arrêts attachaient une grande importance au fait que l'écoute électronique avait déjà fait l'objet d'une autorisation judiciaire. Comme un juge avait déjà décidé que les documents déposés à l'appui de la demande comportaient des motifs raisonnables et probables pour justifier une perquisition, les tribunaux ont conclu qu'une partie n'avait pas le droit d'attaquer indirectement l'autorisation initiale si elle n'avait pas au moins certains éléments de preuve indiquant que l'autorisation avait été obtenue de façon fautive. Comme le juge Zuber l'a souligné dans *Welsh and Iannuzzi*, précité, à la p. 371:

[TRADUCTION] Une fois accordée, l'autorisation habilite les autorités à effectuer légalement l'interception [de communications privées]. Un second examen visant à déterminer si les documents soumis au juge du procès à l'appui de la demande d'autorisation étaient adéquats et à déterminer a posteriori si l'interception était légale, est incompatible avec l'esprit de la partie IV.1 du *Code*.

Notre Cour a suivi un raisonnement similaire dans *Wilson*, précité, pour soutenir que le juge du procès ne peut pas attaquer indirectement une autorisation accordée en vertu de la partie VI du *Code* par un

McIntyre J. explained for a 3:2 majority of the Court, at pp. 604-5:

[The cited authorities] confirm the well-established and fundamentally important rule, relied on in the case at bar in the Manitoba Court of Appeal, that an order of a court which has not been set aside or varied on appeal may not be collaterally attacked and must receive full effect according to its terms.

The question then is: has Parliament by the enactment of Part IV.1 of the *Criminal Code* altered the rule which would render the authorizations immune from collateral attack? In my opinion, the answer must be no.

The ability of a non-accused surveillance target to obtain access to the confidential packet under the predecessor of s. 187(1)(a)(ii) was specifically addressed in *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1 (Ont. H.C.). The applicant stood in a similar position to the appellant before this Court; he received notification of wiretap under the equivalent of s. 196(1) of the *Code*, but no criminal proceedings were ever brought against him. Galligan J. held that the principles of *Miller*, *supra*, and *Stewart*, *supra*, applied *mutatis mutandis* to the circumstances of a non-accused target, and thus the applicant was not entitled to access to both the authorization and packet in the absence of exceptional circumstances. As Galligan J. explained, at pp. 3-4, Parliament's interest in preserving the confidentiality of the packet should be the dominant consideration:

It is my opinion that all of the documents leading to and including the authorization are confidential, regardless of whether or not a charge is laid against the person who had been the object of an authorization. I can find nothing in the *Code* which makes any distinction with respect to confidentiality between cases where a charge is laid, and those where no charge is laid.

After considering all of the provisions of the Invasion of Privacy Part of the *Code*, it is my opinion that the

juge désigné. Ainsi que le juge McIntyre l'explique au nom de la majorité de trois juges contre deux, aux pp. 604 et 605:

[Les arrêts cités] confirment la règle bien établie et fondamentalement importante sur laquelle la Cour d'appel du Manitoba s'est fondée en l'espèce. Cette règle porte qu'une ordonnance d'une cour, qui n'a été ni annulée ni modifiée en appel, ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte et doit être appliquée intégralement.

La question est donc la suivante: le Parlement a-t-il, par l'adoption de la partie IV.1 du *Code criminel*, modifié la règle selon laquelle les autorisations ne peuvent faire l'objet d'une attaque indirecte? À mon avis, la réponse doit être «non».

La possibilité pour une cible de surveillance électronique non accusée d'avoir accès au paquet confidentiel en vertu de la disposition législative qui a précédé le sous-al. 187(1a)(ii) a été expressément examinée dans *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1 (H.C. Ont.). Le requérant se trouvait dans une situation semblable à celle de l'appelant en l'espèce; il avait été avisé de l'écoute électronique, en vertu du texte équivalant au par. 196(1) du *Code*, mais aucune poursuite criminelle n'a jamais été intentée contre lui. Le juge Galligan a conclu que les principes énoncés dans les arrêts *Miller* et *Stewart*, précités, s'appliquaient *mutatis mutandis* aux circonstances d'une cible qui n'a pas été accusée et que le requérant n'avait donc pas le droit d'avoir accès à l'autorisation ni au paquet en l'absence de circonstances exceptionnelles. Comme le juge Galligan l'a expliqué, aux pp. 3 et 4, l'intérêt du législateur à la préservation du caractère confidentiel du paquet devrait être une considération dominante:

[TRADUCTION] À mon avis, tous les documents qui mènent à l'obtention d'une autorisation ainsi que l'autorisation elle-même sont confidentiels, sans égard au fait que des accusations soient portées ou non contre la personne visée par l'autorisation. Je ne trouve rien dans le *Code* qui établisse une distinction en ce qui a trait à la confidentialité entre les cas où des accusations sont portées et ceux où elles ne le sont pas.

Après examen de toutes les dispositions de la partie du *Code* relative aux atteintes à la vie privée, j'estime

intention of Parliament is that the confidence must be restricted solely to those who absolutely need to know, *i.e.*, the law enforcement agency on whose behalf of the Attorney-General applies, the Judge who hears the application, and only such other persons who must be shown the authorization in order to permit the law enforcement agency to actually perform its surveillance, for example, the telephone company. I can find nothing to suggest that Parliament intended that a person who was the object of the authorization should be included within those who are entitled to see the authorization. [Emphasis added.]

The ruling of Galligan J. was affirmed by the Ontario High Court (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, and by the Ontario Court of Appeal (1979), 46 C.C.C. (2d) 327. As Southey J. held at the High Court (at p. 352):

I agree entirely with the decision of Galligan, J., in this matter that the authorization, together with the other documents in connection with an application for an interception, are confidential, subject only to an order for disclosure made under [s. 187(1)(a)(ii)]. As was held by Galligan, J., that confidentiality continues notwithstanding that no charges are laid against the object of the interception.

In support of his conclusion, Southey J. drew attention to the limited content of the notice delivered to a surveillance target under the predecessor of s. 196(1) of the *Code*. Since Parliament explicitly chose to limit the substance of such notice to the bare fact that an interception had taken place, Southey J. reasoned that Parliament must have wished to prevent further disclosure of the facts surrounding the wiretap authorization or its execution. As he stated, at pp. 352-53:

It would be quite inconsistent with the confidentiality of the authorization and the other documents, in my judgment, to interpret [s. 196(1)] as requiring the Attorney-General in a notification to give to the object of the interception the information contained in such confidential documents.

[Counsel] pointed out that Parliament went into great detail in [s. 186(4)] in specifying the particulars to be contained in an authorization and in [s. 195(1)] in speci-

que le législateur veut que les faits ne soient connus que de ceux qui ont absolument besoin d'être au courant, c'est-à-dire l'organisme chargé de l'application de la loi au nom duquel le procureur général fait la demande, le juge qui est saisi de la demande et les seules autres personnes qui doivent prendre connaissance de l'autorisation pour permettre que l'organisme chargé de l'application de la loi procède effectivement à la surveillance, par exemple, la compagnie de téléphone. Je ne vois rien qui donne à penser que l'intention du législateur était qu'une personne visée par une autorisation soit comprise parmi celles qui ont le droit de prendre connaissance de l'autorisation. [Je souligne.]

La décision du juge Galligan a été confirmée par la Haute Cour de l'Ontario (1978), 38 C.C.C. (2d) 349, et par la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 46 C.C.C. (2d) 327. Comme l'a dit le juge Southey de la Haute Cour (à la p. 352):

[TRADUCTION] Je suis entièrement d'accord avec la décision du juge Galligan à ce sujet que l'autorisation ainsi que les autres documents relatifs à une demande d'interception de communications privées sont confidentiels, sous réserve seulement d'une ordonnance de divulgation rendue en vertu du [sous-al. 187(1)(a)(ii)]. Comme a conclu le juge Galligan, le caractère confidentiel subsiste bien qu'aucune accusation n'ait été portée contre la personne qui a fait l'objet de l'interception.

À l'appui de sa conclusion, le juge Southey a attiré l'attention sur le contenu restreint de l'avis donné à une cible de surveillance électronique en vertu du texte qui a précédé le par. 196(1) du *Code*. Comme le législateur a expressément choisi de limiter le contenu d'un tel avis au simple fait qu'il y a eu interception, le juge Southey a estimé que le législateur a dû vouloir empêcher toute autre divulgation des faits entourant l'autorisation d'écoute électronique ou son exécution. Il a dit, aux pp. 352 et 353:

[TRADUCTION] Il serait, selon moi, tout à fait incompatible avec le caractère confidentiel de l'autorisation et des autres documents d'interpréter [le par. 196(1)] comme exigeant que le procureur général donne dans un avis, à la personne visée par l'interception, les renseignements contenus dans ces documents confidentiels.

[L'avocat] a signalé que le législateur a été très précis [au par. 186(4)] quant aux détails que doit contenir une autorisation et [au par. 195(1)] quant aux détails que

fyng the particulars to be contained in the annual report regarding interceptions to be given by the Solicitor-General. Having gone to such detail in those sections, it seems unlikely that Parliament could have intended the Attorney-General to be required in a notification under [s. 196(1)] to give the detailed information requested by the applicant, in the absence of any express provision in [s. 196(1)] requiring that such information be given. If Parliament had intended that such information be contained in a notification, it would have so provided in [s. 196(1)], in my judgment. [Emphasis added.]

This Court granted leave to appeal in *Zaduk* on this important question of law, [1980] 1 S.C.R. xiii, but the appeal was subsequently discontinued on November 25, 1986, [1986] 2 S.C.R. x.

doit contenir le rapport annuel que doit fournir le solliciteur général relativement aux interceptions. Il semble peu probable que, après avoir été aussi précis dans ces dispositions, le législateur ait voulu que le procureur général soit tenu de fournir dans un avis visé [au par. 196(1)] les renseignements détaillés demandés par le requérant, en l'absence d'une disposition expresse [au par. 196(1)] exigeant que de tels renseignements soient donnés. Si le législateur avait voulu qu'un avis contienne ces renseignements, il l'aurait prévu [au par. 196(1)], d'après moi. [Je souligne.]

Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi dans *Zaduk* relativement à cette importante question de droit, [1980] 1 R.C.S. xiii, mais le pourvoi a été abandonné par la suite le 25 novembre 1986, [1986] 2 R.C.S. x.

This general approach mirrors the interpretation of judicial discretion under § 2518(8) adopted by U.S. courts. Under federal law, where the government seeks to initiate a prosecution “in any trial, hearing, or other proceeding” against the subject of an electronic surveillance under Title III, the government must deliver a copy of the wiretap authorization and application to the subject within 10 days prior to trial (§ 2518(9)). Upon receipt of these materials, the subject may seek suppression of the wiretap evidence on the basis that the “communication was unlawfully intercepted” (§ 2518(10)(a)(i)). In the absence of any such “trial, hearing, or other proceeding”, a judge may only disclose the sealed materials “upon a showing of good cause” (§ 2518(8)(b)). Similar to our legislators, the congressional framers were of the view that such materials should be treated “confidentially”, as “they may be expected to contain sensitive information” (Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess., reprinted in [1968] U.S.C. Cong. & Admin. News 2112, at p. 2194).

Cette analyse générale reflète l'interprétation que les tribunaux américains ont donnée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le par. 2518(8). En vertu du droit fédéral, lorsqu'il cherche à poursuivre [TRADUCTION] «dans le cadre d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure» la personne soumise à une surveillance électronique en vertu du titre III, le gouvernement doit lui remettre une copie de l'autorisation et de la demande d'écoute électronique dans les 10 jours précédant le procès (par. 2518(9)). Sur réception de ces documents, la personne peut demander la suppression de la preuve obtenue par écoute électronique pour le motif que les [TRADUCTION] «communications ont été interceptées illégalement» (sous-al. 2518(10)a(i)). En l'absence de tout «procès, audience ou autre procédure» de ce genre, un juge ne peut divulguer les documents scellés que [TRADUCTION] «sur présentation d'une preuve de l'existence d'un motif valable» (al. 2518(8)b)). À l'instar de nos législateurs, le Congrès était d'avis que de tels documents devaient être traités [TRADUCTION] «confidentiellement», car [TRADUCTION] «on peut s'attendre à ce qu'ils contiennent des renseignements de nature délicate» (Senate Report No. 1097, 90th Cong., 2nd Sess., reproduit dans [1968] U.S.C. Cong. & Admin. News 2112, à la p. 2194).

Pursuant to these legislative directives, federal courts have concluded that Title III vests a judge with a measure of discretion to grant a non-

Conformément à ces directives législatives, les tribunaux fédéraux ont conclu que le titre III confère au juge un certain pouvoir discrétionnaire

accused's motion for access to the confidential wiretap application. More specifically, a judge exercising his or her discretion under § 2518(8)(d) must balance the government's interest in secrecy against the target's interest in privacy. Where the target is neither a potential accused nor a subpoenaed witness in a grand jury investigation, the government's interest in secrecy is accorded even greater weight. See *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, *supra*, at pp. 1332-33 (motion for access denied). If the government's interest is sufficiently strong, the judge will simply deny access and adjudicate the lawfulness of the original authorization *in camera*. See *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (E.D. La. 1980), at p. 284 (motion for access denied); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, *supra*, at p. 28 (motion for access denied); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, *supra*, at pp. 1026-27 (motion for access denied).

As a matter of judicial practice, federal courts have been reluctant to grant a motion by a non-accused under § 2518(8)(d). This practice is especially true where a non-accused moves for discovery in the course of an ongoing grand jury investigation. As one learned author notes, "[a]lmost without exception, such motions have been denied" (C. S. Fishman, *Wiretapping and Eavesdropping* (1978), at § 220). See also J. G. Carr, *The Law of Electronic Surveillance* (1986 (loose-leaf)), vol. 2, at § 7.2(b)(1). Some courts have further held that in the case of a non-accused party who falls outside § 2518(9) there must be a "factual finding of good cause" in order for access under § 2518(8)(d) to be granted. See *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (8th Cir. 1981), at p. 1176 (motion by non-accused, non-target newspaper denied). See also *Petition of Leppo*, 497 F.2d

d'accueillir une demande d'accès présentée par une personne qui n'a pas été accusée à la demande confidentielle d'écoute électronique. Plus précisément, le juge qui exerce son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'al. 2518(8)d) doit établir un équilibre entre l'intérêt du gouvernement au secret et le droit de la cible à la protection de sa vie privée. Lorsque la cible n'est ni un accusé éventuel ni un témoin assigné à comparaître dans une enquête menée par un grand jury, on accorde encore plus de poids à l'intérêt du gouvernement au secret. Voir *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, précité, aux pp. 1332 et 1333 (demande d'accès rejetée). Si l'intérêt du gouvernement est suffisamment solide, le juge rejettera simplement la demande d'accès et se prononcera sur la légalité de l'autorisation initiale à huis clos. Voir *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire and Oral Communications*, 495 F.Supp. 282 (E.D. La. 1980), à la p. 284, (demande d'accès rejetée); *In the Matter of a Warrant Authorizing the Interception of Oral Communications*, précité, à la p. 28 (demande d'accès rejetée); *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Oral Communications at the Premises Known as Calle Mayaguez 212, Hato Rey, Puerto Rico*, précité, aux pp. 1026 et 1027 (demande d'accès rejetée).

Sur le plan de la pratique, les tribunaux fédéraux ont été réticents à accueillir une demande présentée en vertu de l'al. 2518(8)d) par une personne qui n'avait pas été accusée. Cette pratique est spécialement vraie lorsqu'une personne non accusée tente d'obtenir la communication préalable de documents au cours d'une enquête menée par un grand jury. Comme le fait remarquer un auteur de doctrine, [TRADUCTION] «[l]es demandes de ce genre ont presque toujours été rejetées» (C. S. Fishman, *Wiretapping and Eavesdropping* (1978), § 220). Voir également J. G. Carr, *The Law of Electronic Surveillance* (1986 (feuilles mobiles)) vol. 2, § 7.2(b)(1). Certains tribunaux ont aussi conclu que dans le cas d'une partie non accusée qui n'est pas visée par le par. 2518(9) il faut, [TRADUCTION] «selon les faits, un bon motif valable» pour que l'accès aux documents soit accordé en vertu de

954 (5th Cir. 1974), at p. 956 (motion by non-accused target with no civil suit pending denied). However, it has been suggested that judicial discretion under the provision might be exercised in favour of a non-accused who is pursuing a civil suit for unlawful interception of communications where grand jury proceedings have been terminated. See *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, *supra*, at p. 1335. See also Carr, *supra*, at § 7.3(a)(2)(B), p. 7-38 (judge must balance plaintiff's need for disclosure against state's claim of privilege of confidentiality).

l'al. 2518(8)d). Voir *Applications of Kansas City Star*, 666 F.2d 1168 (8th Cir. 1981), à la p. 1176 (rejet d'une demande présentée par un journal qui n'était ni un accusé ni une cible). Voir également *Petition of Leppo*, 497 F.2d 954 (5th Cir. 1974), à la p. 956 (rejet d'une demande présentée par une cible qui n'était pas accusée et qui n'avait pas de poursuite civile en cours). Toutefois, on a laissé entendre que le pouvoir discrétionnaire prévu par la disposition pourrait être exercé en faveur d'une personne non accusée qui a intenté une poursuite civile pour interception illégale de communications une fois que les procédures devant un grand jury ont pris fin. Voir *Application of the United States for an Order Authorizing the Interception of Wire Communications*, précité, à la p. 1335. Voir également Carr, *op. cit.*, § 7.3(a)(2)(B), p. 7-38 (le juge doit établir un équilibre entre le besoin du demandeur d'avoir accès aux documents et la confidentialité revendiquée par l'État).

38 Against this canvas, it is possible to paint an accurate picture of the nature and scope of the judicial power under s. 187(1)(a)(ii). The provision vests a designated judge with a broad discretion to open the sealed packet for the purpose of granting an interested party access to its contents subject to appropriate editing. The provision, on its face, does not limit applications for access to interested parties who face criminal prosecution. However, consistent with Parliament's express intent, the contents of the packet remain presumptively confidential. In light of the crucial fact that a competent judge will have already examined and approved a surveillance application prior to its execution under Part VI, Canadian courts have properly concluded that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised upon a preliminary showing which suggests that the initial authorization was obtained in an unlawful manner. It is telling that American courts, with their extensive experience in supervising electronic surveillance of organized crime, have arrived at a similar

À partir de cette toile de fond, il est possible de donner une idée exacte de la nature et de l'étendue du pouvoir judiciaire prévu au sous-al. 187(1)(a)(ii). La disposition confère à un juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet scellé pour accorder à une partie intéressée l'accès à son contenu sous réserve d'une révision appropriée. Le texte même de la disposition ne limite pas les demandes d'accès aux parties intéressées qui font l'objet de poursuites criminelles. Cependant, en accord avec l'intention expresse du législateur, le contenu du paquet reste présumément confidentiel. Compte tenu du fait important qu'un juge compétent aura déjà examiné et approuvé une demande de surveillance avant son exécution conformément à la partie VI, les tribunaux canadiens ont eu raison de conclure que le pouvoir discrétionnaire d'ouvrir le paquet prévu par la loi ne devrait normalement être exercé qu'après la présentation d'une preuve préliminaire indiquant que l'autorisation initiale aurait été obtenue illégalement. Il est révélateur que les tribunaux américains, qui ont une grande expérience en matière de supervision de la surveillance électronique du crime organisé, sont parvenus à une interprétation similaire de l'étendue du pouvoir discrét-

interpretation of the scope of judicial discretion vested by the analogous provision of Title III.

As the previous cases indicate, an interested non-accused party who seeks access to the packet must demonstrate more than a mere suspicion of police wrongdoing; he or she will normally be compelled to produce some evidence which suggests that the authorization was procured through fraud or wilful non-disclosure by the police. But such a judicial order may well be justified in cases beyond circumstances of potential fraud or non-disclosure. As this Court has repeatedly stressed, the statutory power to open the sealed packet ultimately remains a matter of judicial discretion which should be exercised upon a careful balancing of the competing interests of the individual and law enforcement. Accordingly, it would be inappropriate to delimit the full range of conceivable situations where such an order might be warranted. But without exhausting the breadth of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii), it would seem to me that a larger pattern of abusive conduct by law enforcement authorities which occurred contemporaneously with the acquisition of a surveillance authorization might be sufficient to raise an inference that the original authorization was obtained unlawfully and that access should be granted. That thought aside however, the task of elaborating the full scope of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) is properly left to future courts.

I reiterate that this Court's majority holding in *Dersch* did nothing to undermine this accepted interpretation of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii). *Dersch* simply held that this interpretation of the *Criminal Code* must be altered in the discrete circumstances where an accused target applies for access to the packet in order to give effect to his right to full answer and defence under the *Charter*. But outside such circumstances, the previous understanding of s. 187(1)(a)(ii) remained unimpugned. Thus, where a non-accused target (or for that matter, an interested third party)

tionnaire conféré au juge par la disposition analogue du titre III.

Comme l'indiquent les arrêts précédents, une partie intéressée non accusée qui cherche à avoir accès au paquet doit démontrer qu'il existe plus qu'un simple soupçon que les policiers ont mal agi; elle sera habituellement tenue de produire certains éléments de preuve semblant indiquer que l'autorisation a été obtenue par fraude ou en raison d'une non-divulgaration volontaire par la police. Mais une telle ordonnance judiciaire peut bien être justifiée dans d'autres cas. Ainsi que notre Cour l'a souligné à maintes reprises, le pouvoir d'ouvrir le paquet scellé conféré par la loi reste en fin de compte un pouvoir judiciaire discrétionnaire à exercer à la suite d'une pondération rigoureuse des intérêts divergents des particuliers et des organismes chargés de l'application de la loi. Par conséquent, il ne conviendrait pas de délimiter tous les cas imaginables où une telle ordonnance pourrait être justifiée. Mais sans épuiser toute l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii), il me semblerait que le fait que les autorités chargées de l'application de la loi aient eu de façon plus générale une conduite abusive à l'époque de l'obtention de l'autorisation de surveillance électronique pourrait suffire pour conclure que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement et qu'il y aurait lieu d'accorder l'accès au paquet. Cette idée mise à part cependant, nous laissons à juste titre aux tribunaux qui seront saisis de la question la tâche d'examiner toute la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii).

Je répète que la décision rendue à la majorité par notre Cour dans l'arrêt *Dersch* n'a affaibli en rien cette interprétation admise du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii). Dans cet arrêt, on a simplement conclu qu'il faudrait modifier cette interprétation du *Code criminel* dans les cas distincts où une cible de surveillance électronique qui a été accusée demande d'avoir accès au paquet afin que soit respecté le droit à une défense pleine et entière que lui confère la *Charte*. Mais en dehors de tels cas, l'interprétation antérieure du sous-al. 187(1)(a)(ii) restait incontestée.

applies for an order to open the packet, the cases leading up to *Zaduk* represent the applicable authorities defining the scope of the judicial power to open the sealed packet.

- (2) Should the existing interpretation of the scope of the judicial power under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* be modified to give effect to a non-accused surveillance target's right under s. 8 of the *Charter*?

Par conséquent, lorsqu'une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée (ou quant à cela, un tiers intéressé) demande une ordonnance pour faire ouvrir le paquet, les décisions menant à l'arrêt *Zaduk* constituent la jurisprudence applicable qui définit l'étendue du pouvoir du juge d'ouvrir le paquet scellé.

- (2) Faudrait-il modifier l'interprétation actuelle de l'étendue du pouvoir judiciaire en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii) du *Code criminel* pour donner effet au droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée?

41 The question remains whether this interpretation of a federal statute must be now altered to accommodate the individual's constitutional protection against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. My learned colleagues La Forest and Sopinka JJ. hold, at para. 97, that where a non-accused wiretap target applies for access to the packet, judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) must be automatically exercised in favour of access to give effect to the constitutional protection against unreasonable search and seizure. With respect, I cannot agree. A purposive and contextual analysis of s. 8 must take into account Parliament's delicate balance of competing policy considerations in adopting a comprehensive regime of regulation under Part VI. Under such a purposive and contextual approach, where a wiretap target seeks access in the absence of any pending prosecution and in the mere hope of grounding a civil action for damages, I believe that the existing understanding of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) readily satisfies the exigencies of the *Charter*.

Il reste la question de savoir s'il faut maintenant modifier cette interprétation d'une loi fédérale pour tenir compte de la protection constitutionnelle d'une personne contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives aux termes de l'art. 8 de la *Charte*. Mes collègues les juges La Forest et Sopinka ont conclu, au par. 97, que, lorsqu'une cible d'écoute électronique qui n'a pas été accusée demande d'avoir accès au paquet, le juge doit automatiquement exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le sous-al. 187(1)a)(ii) en accordant l'accès, de façon à donner effet à la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. En toute déférence, je ne puis être d'accord. Une analyse de l'art. 8 fondée sur l'objet et le contexte doit tenir compte de la pondération délicate que le législateur a effectuée en ce qui concerne les considérations de principe divergentes en adoptant un régime général de réglementation en application de la partie VI. Selon une telle analyse fondée sur l'objet et le contexte, lorsqu'une cible d'écoute électronique présente une demande d'accès en l'absence de toute poursuite en cours et dans le seul espoir de fonder une action civile en dommages-intérêts, je crois que l'interprétation actuelle du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)a)(ii) satisfait facilement aux exigences de la *Charte*.

42 It is well established that a surreptitious interception of private communications by the state constitutes a "search or seizure" within the meaning of s. 8: *Duarte, supra*, at p. 46; *R. v. Wiggins*,

Il est bien établi que l'interception clandestine de communications privées par l'État constitue une «fouille, une perquisition ou une saisie» au sens de l'art. 8: *Duarte*, précité, à la p. 46; *R. c. Wiggins*,

[1990] 1 S.C.R. 62, at p. 67. Consistent with the constitutional standard of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, an interception executed on less than reasonable and probable grounds will violate the requirements of s. 186(1)(a) and thus constitute an “unreasonable search or seizure” under s. 8. The individual subject of such an unlawful interception is entitled to pursue either a delictual action in damages under the *Civil Code of Québec* or the *Crown Liability and Proceedings Act* (against the Crown in right of Canada), or a constitutional action in damages under s. 24(1) of the *Charter*.

Against this backdrop, my colleagues La Forest and Sopinka JJ. conclude that the target of an interception under Part VI must be entitled to open and examine the contents of the packet to avail themselves of their constitutional right under s. 8, even where the target does not face criminal prosecution. My colleagues submit, at paras. 95-96, that if a surveillance target was not entitled to examine the original application and supporting affidavits, he or she would effectively be deprived of the evidentiary means to contest the lawfulness of the wiretap authorization and to invoke his or her right to a civil or constitutional remedy. Thus, in their view, the constitutional protection under s. 8 must necessarily include a complementary right to examine the confidential materials contained within the packet so that a surveillance target is equipped with the means to challenge the legality of the wiretap search. This conclusion, they argue, is consistent with this Court’s holding in *Dersch*. See, similarly, *McGrady, Askew & Fiorillo v. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305 (N.W.T.S.C.).

With respect, the logic of *Dersch* is simply inapplicable to the case at bar. In *Dersch*, this Court held that judicial discretion to open the sealed packet under the predecessor of s. 187(1)(a)(ii) must be automatically exercised in favour of an accused surveillance target. But the reasoning in *Dersch* revolved around an accused’s right to dis-

[1990] 1 R.C.S. 62, à la p. 67. Conformément à la norme constitutionnelle énoncée dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l’interception effectuée pour des motifs moins que raisonnables et probables violera les exigences de l’al. 186(1)a) et constituera donc une «fouille, une perquisition et une saisie abusives» au sens de l’art. 8. La personne qui fait l’objet d’une telle interception illégale a le droit d’intenter une action en dommages-intérêts en vertu du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* (contre la Couronne du chef du Canada), ou une action en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Sur cette toile de fond, mes collègues les juges La Forest et Sopinka concluent que la cible d’une interception en vertu de la partie VI doit avoir le droit de faire ouvrir et d’examiner le contenu du paquet pour faire valoir les droits constitutionnels que lui garantit l’art. 8, même lorsqu’elle ne fait pas face à des poursuites criminelles. Mes collègues soutiennent, aux par. 95 et 96, que, si une cible de surveillance électronique n’avait pas le droit d’examiner la demande initiale et les affidavits à l’appui, elle serait effectivement privée d’éléments de preuve pour contester la légalité de l’autorisation d’écoute électronique et pour invoquer son droit à un recours civil ou constitutionnel. À leur avis, la protection constitutionnelle accordée par l’art. 8 doit donc nécessairement comprendre un droit complémentaire d’examiner les documents confidentiels qui se trouvent dans le paquet afin qu’une cible de surveillance dispose des moyens de contester la légalité de la perquisition par écoute électronique. Cette conclusion, allèguent-ils, est conforme à la décision rendue par notre Cour dans *Dersch*. Voir, de même, *McGrady, Askew & Fiorillo c. Canada*, [1995] 7 W.W.R. 305 (C.S.T.N.-O.).

En toute déférence, la logique de l’arrêt *Dersch* est tout simplement inapplicable à l’espèce. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que le pouvoir discrétionnaire du juge d’ouvrir le paquet scellé en vertu du texte législatif qui a précédé le sous-al. 187(1)a)(ii) doit être exercé automatiquement en faveur d’une cible de surveillance qui a été accu-

closure as part of his or her right to full answer and defence under s. 7. As Sopinka J. held clearly in *Dersch*, at p. 1514, "denial of access constitutes a denial to make full answer and defence". He elaborated the constitutional foundation of the Court's reasoning as follows, at pp. 1516-17:

Section [187(1)(a)(ii)], as I have pointed out above, confers on a judge a wide-open discretion to order the packet to be opened. A series of cases has filled the gap in the legislation by reading in certain criteria for the exercise of that discretion in the case of an application for access by an accused person. Those criteria are very restrictive. A series of cases since the *Charter* has questioned those restrictions in light of the Charter guarantee of full answer and defence. They hold that this right requires disclosure to an accused. The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the Charter right unless the application is granted. [Emphasis added.]

In *Durette*, Sopinka J. similarly characterized the ruling in *Dersch* exclusively in terms of an accused's right under s. 7. As he wrote, at pp. 491-92:

The judge hearing an application under [s. 187(1)(a)(ii)] has a broad discretion to decide whether or not to provide access to the packet. However, in the case of an accused, that discretion would not be exercised judicially or in conformity with the right under the Canadian Charter of Rights and Freedoms to make full answer and defence unless access was provided: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. [Emphasis added.]

The majority in *Dersch* invoked s. 8 in only a single instance in its judgment, and then only in the course of elaborating the content of an accused's right under s. 7. The majority noted that an accused would also be denied the right to full answer and defence if he or she were deprived of the opportunity to challenge potentially inadmissible evidence under the *Code* and the *Charter*. As Sopinka J. explained, at pp. 1514-15:

sée. Mais le raisonnement suivi dans *Dersch* tournait autour du droit d'un accusé à la divulgation comme élément de son droit de présenter une défense pleine et entière en application de l'art. 7. Comme le juge Sopinka le dit clairement dans *Dersch*, à la p. 1514, «la négation de l'accès constitue une négation du droit de présenter une défense pleine et entière». Il explique le fondement constitutionnel du raisonnement de la Cour de la façon suivante, aux pp. 1516 et 1517:

Comme je l'ai signalé, [le sous-al. 187(1)(a)(ii)] confère à un juge un très large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'ouverture du paquet. Une série de décisions a comblé les lacunes de la loi en ajoutant, par interprétation, certains critères pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, lorsque l'accusé demande l'accès au contenu. Ces critères sont très restrictifs. Une série de décisions postérieures à la *Charte* a mis en doute ces restrictions dans le contexte du droit à une défense pleine et entière garanti par la Charte. Elles ont conclu que ce droit exige la divulgation à l'accusé. Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la Charte qu'en accueillant la demande. [Je souligne.]

Dans *Durette*, le juge Sopinka a également souligné que la décision rendue dans *Dersch* portait exclusivement sur le droit que l'art. 7 garanti à un accusé. Comme il le mentionne, aux pp. 491 et 492:

Le juge saisi d'une demande d'accès présentée en vertu [du sous-al. 187(1)(a)(ii)] jouit, pour en disposer, d'un large pouvoir discrétionnaire. Dans le cas d'un accusé, toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'est exercé judiciairement et en conformité avec le droit de présenter une défense pleine et entière prévu à la Charte canadienne des droits et libertés que si l'accès est accordé: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. [Je souligne.]

Dans *Dersch*, les juges majoritaires ont invoqué l'art. 8 dans un seul cas dans leur jugement, et seulement lors de l'explicitation du contenu du droit garanti à un accusé par l'art. 7. Ils ont fait remarquer qu'un accusé serait également privé du droit de présenter une défense pleine et entière s'il était privé de la possibilité de contester des éléments de preuve potentiellement non admissibles en vertu du *Code* et de la *Charte*. Le juge Sopinka l'a expliqué ainsi, aux pp. 1514 et 1515:

The presumption of innocence requires the prosecution to prove that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. This must be done by admissible evidence. Part IV.1 provides that evidence of intercepted private communication is admissible only if lawfully obtained. To be admissible, the evidence must be obtained pursuant to an authorization that complies with the dictates of the provisions of Part IV.1. Under s. 8 of the *Charter*, the accused has acquired a constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure. Because an unlawful search will be an unreasonable one, s. 8 also confers on the accused the right to challenge the lawfulness of a search or seizure of which the accused is the target. That right would be hollow if it did not permit access to the sealed packet. [Emphasis added.]

The majority continued, at p. 1516, reiterating that the right to full answer and defence mandates that the accused be given “the opportunity to test the admissibility of a piece of evidence according to the ordinary rules that govern the admissibility of the evidence”.

It is thus apparent that a non-accused surveillance target such as the appellant cannot rely on *Dersch* to support a claim of automatic access to the packet under the *Charter*. The appellant faces no imminent criminal prosecution. He has no basis for seeking disclosure to effectuate his constitutional right to full answer and defence, nor does he have any need to challenge the reception of potentially inadmissible evidence. Indeed, the majority in *Dersch* acknowledged that different considerations ought to govern the exercise of judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) where a non-accused target or an interested third party applies for access to the packet. As the majority stated, at p. 1517:

The judge still has a discretion [under s. 187(1)(a)(ii) to open the packet] but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. [Emphasis added.]

La présomption d'innocence exige que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Cela doit se faire au moyen d'une preuve admissible. La partie IV.1 prévoit qu'une communication privée n'est admissible en preuve que si elle a été interceptée légalement. Pour être admissible, la preuve doit avoir été obtenue en vertu d'une autorisation qui respecte les exigences de la partie IV.1. En vertu de l'art. 8 de la Charte, l'accusé a acquis un droit constitutionnel d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Comme une fouille illégale sera généralement une fouille abusive, l'art. 8 confère aussi à l'accusé le droit de contester la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie dirigée contre l'accusé. Ce droit serait vide de sens s'il ne permettait pas l'accès au paquet scellé. [Je souligne.]

Les juges majoritaires ont poursuivi, à la p. 1516, en réitérant que le droit à une défense pleine et entière commande que l'on accorde à l'accusé «la possibilité de vérifier l'admissibilité d'un élément de preuve conformément aux règles ordinaires qui régissent l'admissibilité de la preuve».

Il est donc clair qu'une cible de surveillance non accusée comme dans le cas de l'appelant ne peut pas invoquer l'arrêt *Dersch* à l'appui d'une demande d'accès automatique au paquet en vertu de la *Charte*. L'appelant ne fait pas l'objet de poursuites criminelles imminentes. Il n'a aucun motif de demander la divulgation pour réaliser son droit constitutionnel à une défense pleine et entière et il n'a pas besoin non plus de contester la réception d'éléments de preuve potentiellement non admissibles. En fait, dans l'arrêt *Dersch*, les juges majoritaires ont reconnu que des considérations différentes doivent régir l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) lorsqu'une cible qui n'a pas été accusée ou un tiers demande à avoir accès au paquet. Comme l'ont dit les juges majoritaires, à la p. 1517:

Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire [d'ouvrir le paquet en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii)] mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. [Je souligne.]

47

Upon reflection, the relevant “considerations” persuade me that a non-accused surveillance target does not similarly enjoy automatic access to the sealed packet under s. 8 of the *Charter*. There is nothing in the history or purpose of s. 8 to suggest that the subject of a search and seizure enjoys an absolute right to examine confidential authorizing materials held by the state upon mere suspicion of wrongdoing by law enforcement authorities. Indeed, outside the wiretapping domain, this Court has repeatedly held that a criminal accused does not enjoy an absolute right to disclosure of confidential investigative information held by the state under the right to full answer and defence. As this Court held in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 339, the Crown’s obligation to disclose all relevant information prior to trial “is not absolute”. Under *Stinchcombe* and its progeny, the Crown is not obliged to disclose information which is clearly irrelevant, beyond the control of the prosecution, or protected by a recognized form of privilege. See *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at pp. 465-67; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at pp. 739-40; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at pp. 428-29. As Sopinka J. elaborated in *Durette*, *supra*, at p. 495, the Crown may justify non-disclosure in circumstances where “the public interest in non-disclosure outweighs the accused’s interest in disclosure”.

Après réflexion, les «considérations» pertinentes me convainquent qu’une cible de surveillance qui n’a pas été accusée ne jouit pas de la même façon d’un accès automatique au paquet scellé en vertu de l’art. 8 de la *Charte*. Rien dans les antécédents ou l’objectif de l’art. 8 ne semble indiquer que la personne visée par une fouille, une perquisition ou une saisie jouit du droit absolu d’examiner les documents confidentiels d’autorisation en la possession de l’État par suite du simple soupçon que les autorités chargées de l’application de la loi ont mal agi. En effet, mis à part le domaine de l’écoute électronique, notre Cour a conclu à maintes reprises que le criminel qui est accusé ne jouit pas, dans le cadre du droit de présenter une défense pleine et entière, du droit absolu à la divulgation de renseignements confidentiels relatifs à l’enquête que l’État a en sa possession. Comme notre Cour l’a statué dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 339, l’obligation du ministère public de divulguer tous les renseignements pertinents avant le procès «n’est pas absolue». En conformité avec l’arrêt *Stinchcombe* et ceux qui en ont découlé, le ministère public n’est pas tenu de divulguer les renseignements qui sont manifestement non pertinents, hors du contrôle de la poursuite ou protégés par une forme reconnue de privilège. Voir *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 465 à 467; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, aux pp. 739 et 740; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, aux pp. 428 et 429. Comme le juge Sopinka l’a expliqué dans *Durette*, précité, à la p. 495, le ministère public peut justifier la non-divulgation dans des cas où «l’intérêt public à la non-divulgation l’emporte sur celui de l’accusé à la divulgation».

48

For instance, the Crown’s obligation of disclosure under *Stinchcombe* remains subject to the “informers privilege” at common law: see *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, at pp. 535-36; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 994-95. Sopinka J. and I indicated in *O’Connor*, *supra*, at p. 434, that in some circumstances the scope of the traditional “informers privilege” may be forced to yield to the consti-

Par exemple, l’obligation de divulgation du ministère public énoncée dans *Stinchcombe* reste soumise au «privilège à l’égard des indicateurs» en common law: voir *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, aux pp. 535 et 536; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 994 et 995. Le juge Sopinka et moi-même avons indiqué dans *O’Connor*, précité, à la p. 434, que, dans certaines circonstances, la portée du tradition-

tutional demands of s. 7 given the compelling “societal interest in preventing a miscarriage of justice”. See, e.g., D. M. Tanovich, “When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?” (1995), 38 C.R. (4th) 202. But the important point remains that even in the context of a criminal trial, the individual’s right to full answer and defence must be balanced against — and may at some point yield to — the state’s competing interest in preserving the confidentiality of its investigations and the safety of its informers.

Similarly, I believe that in defining a non-accused’s right under s. 8 to obtain confidential wiretap documents held by the state, the individual’s right to contest an invasion of privacy must be weighed against the state’s legitimate interest in protecting the secrecy of its investigations. Where an individual does not face the jeopardy of the criminal process, I believe that greater weight must be attached to state’s interest in confidentiality. As this Court has repeatedly stressed, the meaning and content of the constitutional guarantees of the *Charter* will vary according to the relevant context. See, e.g., *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, *per* Wilson J.; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 224-25, *per* Cory J.; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647, *per* L’Heureux-Dubé J.; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at pp. 1000-1001, *per* Sopinka J. Pursuant to this contextual approach, we have noted that the content of the legal rights of the *Charter* will often be interpreted more flexibly where the relevant state action does not threaten the individual with the risk of imprisonment. See *Wholesale Travel Group*, *supra*, at p. 189, *per* Lamer C.J. (application of s. 7 to regulatory offence with penalty of imprisonment); *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44, at pp. 68-69, *per* Cory J. (application of s. 7 to regulatory offence with no penalty of imprisonment). Similarly, in defining the content of s. 8 of the *Charter*, we have held that the standard of “reasonableness” in assessing the constitu-

nel «privilege à l’égard des indicateurs» peut devoir céder devant les exigences constitutionnelles de l’art. 7 étant donné «l’intérêt de la société à ce que soit évitée toute erreur judiciaire». Voir, par exemple, D. M. Tanovich, «When does *Stinchcombe* Demand that the Crown Reveal the Identity of a Police Informer?» (1995), 38 C.R. (4th) 202. Mais l’important demeure que, même dans le contexte d’un procès criminel, le droit de l’individu de présenter une défense pleine et entière doit être mesuré en regard de l’intérêt divergent de l’État à ce que soient préservées la confidentialité de ses enquêtes et la sécurité de ses indicateurs, et peut même à un certain moment devoir lui céder.

De la même façon, je crois que, pour définir le droit d’un non-accusé d’obtenir, en vertu de l’art. 8, des documents confidentiels relatifs à l’écoute électronique que l’État a en sa possession, il faut contrebalancer le droit de l’individu de contester une atteinte à sa vie privée et l’intérêt légitime de l’État à ce que soit protégé le caractère confidentiel de ses enquêtes. Je crois que, lorsqu’un individu ne risque pas d’être soumis au processus criminel, il faut accorder une plus grande importance à l’intérêt de l’État à la confidentialité. Comme notre Cour l’a souligné à maintes reprises, le sens et la teneur des garanties constitutionnelles offertes par la *Charte* varieront selon le contexte pertinent. Voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355 et 1356, le juge Wilson; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 224 et 225, le juge Cory; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647, le juge L’Heureux-Dubé; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, aux pp. 1000 et 1001, le juge Sopinka. Suivant cette méthode contextuelle, nous avons noté que la teneur des garanties juridiques offertes par la *Charte* sera souvent interprétée de façon plus souple lorsque l’action pertinente de l’État ne menace pas d’entraîner une peine d’emprisonnement. Voir *Wholesale Travel Group*, précité, à la p. 189, le juge en chef Lamer (application de l’art. 7 à une infraction à la réglementation assortie d’une peine d’emprisonnement); *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44, aux pp. 68 et 69, le juge Cory (application de l’art. 7 à une

tionality of a search and seizure must be defined less onerously in the regulatory context as opposed to the criminal process. See, e.g., *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 505-8, *per* La Forest J.; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 643-45, *per* Wilson J. But as I reiterated in my concurring reasons in *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at pp. 347-49, the content of s. 8 should not be defined according to a rigid, formal classification of regulatory and criminal offences.

infraction à la réglementation n'entraînant pas de peine d'emprisonnement). De même, pour déterminer la teneur de l'art. 8 de la *Charte*, nous avons conclu que la norme du «caractère raisonnable» servant à évaluer la constitutionnalité d'une fouille, perquisition ou saisie doit être définie de façon moins rigoureuse dans le contexte réglementaire que dans celui du processus pénal. Voir, par exemple, *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 505 à 508, le juge La Forest; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, aux pp. 643 à 645, le juge Wilson. Mais comme je l'ai réitéré dans mes motifs concordants de l'arrêt *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, aux pp. 347 et 349, la teneur de l'art. 8 ne devrait pas être déterminée selon une classification rigide et formelle des infractions à la réglementation et des infractions criminelles.

50 Applying these established principles of *Charter* analysis, I find that the existing interpretation of s. 187(1)(a)(ii), as applied to a request for access to the packet by a non-accused surveillance target, does not offend s. 8 of the *Charter*. An individual who has received notification that he or she has been subjected to a wiretap does indeed have an important privacy interest in securing the necessary documents to contest the lawfulness of such a search. But where that individual is not threatened by criminal prosecution and imprisonment, this important interest must be balanced against the state's pressing interest in preserving the secrecy of the packet. The high standard of disclosure of *Stinchcombe* was justified, at p. 336, on the basis that full disclosure is "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted". As McLachlin J. reiterated in *Seaboyer, supra*, at p. 611, courts have been "extremely cautious" in restricting an accused's power to call evidence given "the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted". But where the individual faces no risk of the stigma of conviction, the

En appliquant ces principes établis d'analyse de la *Charte*, je conclus que l'interprétation actuelle du sous-al. 187(1)a(ii), appliquée à une demande d'accès au paquet présentée par une cible de surveillance non accusée, ne va pas à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*. Une personne qui a été avisée qu'elle avait été soumise à l'écoute électronique a en effet un intérêt important en matière de protection de sa vie privée à obtenir les documents nécessaires pour contester la légalité d'une telle perquisition. Mais lorsque cette personne ne risque ni des poursuites criminelles ni une peine d'emprisonnement, cet intérêt important doit être mesuré en regard de l'intérêt urgent de l'État à ce que soit préservé le caractère confidentiel du paquet. La norme élevée de divulgation établie dans l'arrêt *Stinchcombe* était justifiée pour le motif que la divulgation complète constitue (à la p. 336) «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables». Comme le juge McLachlin l'a répété dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 611, les tribunaux ont «beaucoup hésité» à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense étant donné le «principe fondamental de notre système

justification for such a strict standard is accordingly diminished.

By contrast, the state's interest in protecting the confidentiality of its investigative methods and police informers remains compelling. The reality of modern law enforcement is that police authorities must frequently act under the cloak of secrecy to effectively counteract the activities of sophisticated criminal enterprises. In that endeavour, electronic surveillance represents one of the most vital and important arrows in the state's quiver of investigative techniques, particularly in the prosecution of drug offences. As Sopinka J. noted in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 241, drug trafficking represents a "pernicious scourge in our society", and in recent years over 90 percent of surveillance authorizations granted under Part VI involved the interception of communications relating to the trafficking of narcotics. See Solicitor General of Canada, *Annual Report on the Use of Electronic Surveillance* (1993), at p. 22 (average of 91.3 percent over five years).

The effectiveness of such surveillance would be dramatically undermined if the state was routinely required to disclose the application and affidavits filed in support of a surveillance authorization to every non-accused surveillance target. The wiretap application will often provide a crucial insight into the *modus operandi* of electronic surveillance, and regular disclosure would permit criminal organizations to adjust their activities accordingly. Perhaps most importantly, the application and affidavits are often premised exclusively on information delivered to the authorities by police informers. The crucial need for protecting the identity of informers was recently stressed in *Scott*, *supra*, at p. 994, *per* Cory J.:

The value of informers to police investigations has long been recognized. As long as crimes have been

judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable». Mais lorsque la personne ne risque pas les stigmates d'une déclaration de culpabilité, le recours à une norme aussi stricte est encore moins justifié.

Par contre, l'intérêt de l'État à ce que soit protégé le caractère confidentiel de ses méthodes d'enquête et l'identité des indicateurs de police reste impérieux. La réalité moderne de l'application de la loi est que les autorités policières doivent fréquemment agir secrètement pour neutraliser efficacement les activités d'entreprises criminelles hautement perfectionnées. Dans ce contexte, la surveillance électronique constitue l'une des méthodes d'enquête les plus importantes dont dispose l'État, tout particulièrement dans la poursuite des infractions relatives à la drogue. Comme le juge Sopinka le faisait remarquer dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la p. 241, le commerce illégal de la drogue constitue un «fléau endémique dans notre société», et, dans les dernières années, plus de 90 pour 100 des autorisations de surveillance électronique accordées en vertu de la partie VI concernaient l'interception de communications relatives au trafic de stupéfiants. Voir Solliciteur général du Canada, *Rapport annuel sur la surveillance électronique* (1993), à la p. 24 (moyenne de 91,3 pour 100 sur cinq ans).

L'efficacité d'une telle surveillance serait gravement minée si l'État devait automatiquement divulguer à chaque cible qui n'a pas été accusée la demande d'autorisation de surveillance électronique et les affidavits déposés à l'appui. La demande d'écoute éclairera souvent beaucoup sur le *modus operandi* de la surveillance électronique, et la divulgation régulière permettrait aux organisations criminelles d'ajuster leurs activités en conséquence. Le plus important peut-être, c'est que la demande et les affidavits sont souvent fondés exclusivement sur des renseignements fournis aux autorités par des indicateurs de police. Le juge Cory a souligné récemment, dans *Scott*, précité, à la p. 994, ce besoin crucial de protéger l'identité des indicateurs:

La valeur des indicateurs pour les enquêtes policières est depuis longtemps reconnue. Depuis que le crime

51

52

committed, certainly as long as they have been prosecuted, informers have played an important role in their investigation. . . .

The role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. Informers often provide the only means for the police to gain some knowledge of the workings of drug trafficking operations and networks. It has been estimated that in the United States some ninety-five per cent of all federal narcotics cases involve the work of informers. . . .

Trafficking in narcotics is a lucrative enterprise. The retribution wreaked on informers and undercover officers who attempt to gather evidence is often obscenely cruel. Little assistance can be expected from informers if their identity is not protected. There can be no relationship of trust established by the police with informers without that protection. If the investigation of drug-related crime is to continue then, to the extent it is possible, the identity of informers must be protected. [Emphasis added.]

53 The procedural alternative of automatic disclosure with appropriate editing, well elaborated by this Court in *Garofoli*, *supra*, will not always be sufficient to protect the interests of law enforcement. I reiterate that in its recent amendments to Part VI, Parliament specifically chose to adopt a discretionary scheme of disclosure for non-accused persons under s. 187(1.3) as opposed to a scheme of automatic disclosure coupled with editing under ss. 187(1.4) and 187(5). In so doing, Parliament clearly accepted that there was an important qualitative difference between a regime of no disclosure and a regime of disclosure coupled with editing. An edited wiretap application, with the name of a police informer properly blacklined, may still leave significant clues as to the identity of the informer. Sophisticated criminal enterprises may be able to identify the informer on the basis of the mere content of a leak. The release of a diligently edited wiretap application may thus unintentionally reveal the identity of a police informer, with potentially fatal consequences. In light of such risks, Parliament, relying on its legislative experience and its vast institutional resources, made a

existe, ou du moins depuis qu'il y a des poursuites criminelles, les indicateurs jouent un rôle important dans les enquêtes policières . . .

Le rôle des indicateurs dans les affaires de drogues est particulièrement important et dangereux. Ils fournissent souvent à la police le seul moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations et le fonctionnement des réseaux de trafiquants. On a estimé qu'aux États-Unis on a eu recours à des indicateurs dans environ quatre-vingt-quinze pour cent de toutes les affaires fédérales concernant des stupéfiants . . .

Le trafic des stupéfiants est payant. Le châtimement infligé aux indicateurs et aux agents d'infiltrations qui tentent de réunir des preuves est souvent d'une cruauté répugnante. On ne peut guère s'attendre à ce que les indicateurs prêtent leur assistance si leur identité n'est pas protégée. La police ne pourrait pas établir de rapports de confiance avec les indicateurs s'ils étaient privés de cette protection. Pour que les enquêtes sur la criminalité liée aux drogues continuent, il faut protéger l'identité des indicateurs, dans la mesure du possible. [Je souligne.]

La solution de rechange, sur le plan de la procédure, à la divulgation automatique accompagnée d'une révision appropriée, que notre Cour a bien expliquée dans l'arrêt *Garofoli*, précité, ne suffira pas toujours à protéger les intérêts de l'application de la loi. Je répète que, dans les modifications apportées récemment à la partie VI, le législateur a précisément choisi d'adopter, au par. 187(1.3), un régime discrétionnaire de divulgation pour les personnes non accusées, par opposition au régime de divulgation automatique accompagnée d'une révision prévu aux par. 187(1.4) et 187(5). Ce faisant, le législateur a reconnu clairement qu'il y avait une différence qualitative importante entre un régime de non-divulgation et un régime de divulgation accompagnée d'une révision. Une demande d'écoute électronique révisée, dans laquelle le nom d'un indicateur de police est bien masqué, peut encore receler des indices importants quant à l'identité de l'indicateur. Les entreprises criminelles hautement perfectionnées peuvent être en mesure d'identifier l'indicateur en se fondant sur la simple teneur d'une fuite. La remise d'une demande d'écoute électronique révisée avec soin peut révéler involontairement l'identité d'un indicateur de police, entraînant ainsi des conséquences

reasoned judgment that it was preferable to enact a general rule of discretionary non-disclosure.

I note that in non-constitutional domains, this Court has exhibited a similar reluctance to accord the individual an automatic right to discovery of sensitive and confidential documents held by the state in support of a civil proceeding for damages. In *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, this Court addressed the right of a civil litigant to discovery of confidential Cabinet documents. My colleague La Forest J. ruled on behalf of a unanimous bench that a civil litigant's right to discovery must on occasion yield to the state's interest in confidentiality and secrecy. As he stated, at pp. 647-48:

It is obviously necessary for the proper administration of justice that litigants have access to all evidence that may be of assistance to the fair disposition of the issues arising in litigation. It is equally clear, however, that certain information regarding governmental activities should not be disclosed in the public interest. The general balance between these two competing interests has shifted markedly over the years. . . .

This difference in emphasis [across the years] resulted in part from the manner in which the interests collided in particular cases. The need for secrecy in government operations may vary with the particular public interest sought to be protected. There is, for example, an obvious difference between information relating to national defence and information relating to a purely commercial transaction. On the other side of the equation, the need for disclosure may be more or less compelling having regard to the nature of the litigation (e.g. between a criminal and civil proceeding) and the extent to which facts may be proved without resort to information sought to be protected from disclosure. [Emphasis added.]

Pursuant to these competing considerations, La Forest J. rejected a rule of automatic disclosure or absolute privilege in favour of a contextual

qui peuvent être fatales. Compte tenu de ces risques, le législateur, s'appuyant sur son expérience législative et ses vastes ressources institutionnelles, a jugé qu'il était préférable d'adopter une règle générale de non-divulgaration discrétionnaire.

Je remarque que, dans des domaines non constitutionnels, notre Cour a fait preuve d'une réticence similaire à accorder à l'individu un droit automatique à la communication de documents confidentiels et de nature délicate en la possession de l'État à l'appui d'une poursuite civile en dommages-intérêts. Dans *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, notre Cour a examiné le droit d'un justiciable en matière civile à ce que lui soient communiqués des documents confidentiels du Cabinet. Mon collègue le juge La Forest a statué au nom d'une formation unanime de la Cour que le droit d'un justiciable en matière civile à la communication de documents doit à l'occasion céder devant le droit de l'État à la confidentialité et au secret. Comme il le déclare, aux pp. 647 et 648:

Il est manifestement nécessaire à la bonne administration de la justice que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser le règlement équitable des questions soulevées dans un litige. Toutefois, il est clair aussi que certaines renseignements relatifs aux activités gouvernementales devraient dans l'intérêt public ne pas être divulgués. L'importance relative de chacun de ces deux intérêts opposés a changé sensiblement au fil des ans . . .

Cette différence [au fil des ans] tient en partie à la façon dont les intérêts se heurtaient dans des cas donnés. La nécessité du secret dans les activités gouvernementales peut varier selon l'intérêt public précis que l'on veut protéger. Il existe, par exemple, une différence évidente entre des renseignements qui se rapportent à la défense nationale et des renseignements concernant une opération purement commerciale. D'un autre côté, la nécessité de divulgation peut être plus ou moins impérieuse suivant la nature (par ex., criminelle ou civile) du litige et la mesure dans laquelle les faits sont susceptibles d'être prouvés sans avoir recours aux renseignements que l'on cherche à protéger contre la divulgation. [Je souligne.]

Conformément à ces considérations divergentes, le juge La Forest a rejeté une règle de divulgation automatique ou de privilège absolu en faveur

approach which balanced the interests of the individual and the state in light of the particular circumstances of the case, i.e., the nature of the documents, the nature of the civil proceedings, etc. As he described the governing principle, at p. 670: "Cabinet documents like other evidence must be disclosed unless such disclosure would interfere with the public interest" (emphasis added).

d'une méthode contextuelle qui établissait un équilibre entre les intérêts de l'individu et de l'État compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, par ex. la nature des documents, la nature des poursuites civiles, etc. Il décrit ainsi le principe existant, à la p. 670: «les documents du Cabinet doivent être divulgués au même titre que d'autres éléments de preuve, à moins que cela ne porte atteinte à l'intérêt public» (je souligne).

55

The existing judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii), in my view, strikes an appropriate balance between the individual's interest in contesting the validity of an authorized interception of communications and the public's interest in the confidentiality of law enforcement techniques and police informers. Under Part VI, where an individual receives notice of an interception under s. 196(1), a judge will have already examined the original wiretap application and supporting affidavits and have concluded that they demonstrate reasonable and probable grounds for a search. In light of the existence of prior authorization in addition to the other procedural and substantive protections contained within Part VI, I believe that Canadian courts have adequately balanced the relevant interests in concluding that the statutory discretion to open the packet should normally only be exercised in favour of a non-accused target upon some evidence that the initial authorization was obtained in an unlawful manner. Accordingly, under a purposive and contextual interpretation of the *Charter*, I believe that the prevailing interpretation of the judicial power to open a sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), as applied to a request for access by a non-accused target of electronic surveillance, satisfies the constitutional protection against unreasonable searches and seizures.

À mon avis, l'interprétation actuelle du sous-al. 187(1)a(ii) par les tribunaux établit un bon équilibre entre le droit de l'individu de contester la validité d'une interception autorisée de communications et le droit du public à la confidentialité des méthodes d'application de la loi et de l'identité des indicateurs de police. En vertu de la partie VI, lorsqu'une personne est avisée conformément au par. 196(1) qu'il y a eu interception, un juge aura déjà examiné la demande initiale d'écoute électronique et les affidavits à l'appui et aura conclu qu'ils démontraient l'existence de motifs raisonnables et probables pour justifier une perquisition. Compte tenu de l'existence d'une autorisation préalable en plus des autres protections contenues dans la partie VI sur le plan de la procédure et du fond, je crois que les tribunaux canadiens ont bien pondéré les intérêts pertinents en concluant que le pouvoir discrétionnaire prévu par la loi d'ouvrir le paquet ne devrait normalement être exercé en faveur d'une cible qui n'a pas été accusée que s'il existe certains éléments de preuve que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement. Par conséquent, j'estime que, dans le cadre d'une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet et le contexte, l'interprétation couramment donnée du pouvoir du juge d'ouvrir un paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a(ii), ainsi qu'elle est appliquée à une demande d'accès présentée par une cible de surveillance électronique qui n'a pas été accusée, satisfait à la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

56

This appeal is only concerned with the right of a surveillance target who seeks access to the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii) following the termination of the surveillance and in the absence of any pending criminal proceeding. As my colleagues

Le présent pourvoi ne porte que sur les droits d'une cible de surveillance qui cherche à obtenir l'accès au paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a(ii) après la période de surveillance et en l'absence de toute poursuite criminelle. Comme

point out, at para. 118, this appeal does not address the right of a non-targeted interested third party who seeks to examine the contents of the packet. But I cannot ignore some of the broader implications of their reasoning today. In filing an application for an authorization under s. 185(1)(e) of Part VI, law enforcement authorities are obliged to identify the specific targets whose private communications they believe will assist in the investigation of an offence. But once an authorization is granted and a wiretap is executed, the authorities will frequently intercept private communications of non-targeted third parties. As Sopinka J. noted in *R. v. Thompson*, *supra*, at pp. 1143-44:

In any authorization there is the possibility of invasion of privacy of innocent third parties. For instance a wiretap placed on the home telephone of a target will record communications by other members of the household. This is an unfortunate cost of electronic surveillance. But it is one which Parliament has obviously judged is justified in appropriate circumstances in the investigation of serious crime.

The risk of interception of the private conversations of third parties is greater where the authorization for surveillance is executed on a place such as a public phone or a hotel room. See *Thompson*, *supra*, at p. 1145.

The reasoning of my colleagues would suggest that a non-targeted third party would also be automatically entitled to examine the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii). As my colleagues stress, at para. 95, "s. 8 applies to everyone". The interception of an individual's private communications by law enforcement authorities pursuant to an unlawful authorization will result in an infringement of s. 8 of the *Charter*, whether or not the individual was targeted in advance. Thus, the reasoning goes, all such individuals must be entitled to examine the contents of the packet in order to properly contest the original authorization and to avail themselves of their right to a constitutional remedy under s. 24(1). Although this issue remains undecided today, I fear that the logic of *La Forest* and

mes collègues le signalent, au par. 118, le présent pourvoi ne soulève pas la question des droits d'un tiers intéressé non ciblé qui cherche à examiner le contenu du paquet. Mais je ne peux pas faire abstraction de certaines des conséquences plus générales de leur raisonnement aujourd'hui. En déposant une demande d'autorisation en vertu de l'al. 185(1)e) de la partie VI, les autorités chargées de l'application de la loi sont tenues d'identifier les cibles précises dont elles croient que les communications privées aideront à l'enquête relative à une infraction. Mais une fois que l'autorisation a été accordée et que l'écoute électronique a eu lieu, les autorités intercepteront fréquemment les communications privées de tiers non ciblés. Comme le juge Sopinka le fait remarquer dans *R. c. Thompson*, précité, aux pp. 1143 et 1144:

Dans toute autorisation, il peut y avoir atteinte à la vie privée de tiers innocents. Par exemple, le dispositif d'écoute installé sur le téléphone de la résidence d'une cible enregistrera les communications des autres occupants de la maison. C'est l'un des inconvénients malheureux de la surveillance électronique. Mais il s'agit d'un inconvénient que le Parlement a évidemment estimé justifié dans des circonstances appropriées au cours d'une enquête portant sur un crime grave.

Le risque d'interception des conversations privées de tiers est plus grand lorsque l'autorisation de surveillance concerne un lieu tel qu'un téléphone public ou une chambre d'hôtel. Voir *Thompson*, précité, à la p. 1145.

Le raisonnement de mes collègues porterait à croire qu'un tiers non ciblé aurait aussi automatiquement le droit d'examiner le paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii). Comme mes collègues le soulignent, au par. 95, «l'art. 8 s'applique à tous et toutes». L'interception des communications privées d'une personne par les autorités chargées de l'application de la loi en vertu d'une autorisation illégale entraînera une violation de l'art. 8 de la *Charte*, que la personne ait été ou non ciblée à l'avance. Donc, d'après ce raisonnement, toutes ces personnes devraient avoir le droit d'examiner le contenu du paquet afin de pouvoir contester à bon droit l'autorisation initiale et invoquer leur droit à une réparation constitutionnelle en vertu du par. 24(1). Bien que cette question ne soit pas tran-

Sopinka JJ. practically compels such a result. But such a result would effectively eviscerate Parliament's express legislative intent to preserve the contents of the packet as confidential. If an accused target, a non-accused target, and an intercepted third party are all entitled to automatic access to the packet, the only remaining individual who would not be *prima facie* entitled to examine the packet would be a civic-minded member of the public. Such an interpretation would further erode any remaining "discretion" in the designated judge to deny access to the packet in the interests of law enforcement: see *Dersch*, *supra*, at p. 1510 (s. 187(1)(a)(ii) vests an "unlimited discretion"); *Durette*, *supra*, at p. 491 (s. 187(1)(a)(ii) vests a "broad discretion"). With respect, I do not believe that the *Charter* compels such a dramatic repeal of the judicial discretion vested under the regime of Part VI of the *Criminal Code*.

- (3) Did the judge err in this instance in declining to exercise his judicial discretion under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* in favour of granting the appellant access to the sealed packet?

The judge in this instance denied the appellant's motion for a judicial order opening the sealed packet, on the ground that a non-accused target is not entitled to apply for such an order under s. 187(1)(a)(ii) pursuant to the principles of *Dersch* and *Garofoli*. In any case, the judge was of the view that the appellant's motion was both premature and misplaced, as the appellant should have waited to file his motion with the judge who would preside over his civil action in damages.

chée aujourd'hui, je crains que la logique des juges La Forest et Sopinka impose en pratique un tel résultat. Mais un tel résultat annihilerait effectivement l'intention expresse du législateur de garder confidentiel le contenu du paquet. Si une cible accusée, une cible non accusée et un tiers dont les communications ont été interceptées ont tous le droit d'avoir accès automatiquement au paquet, la seule autre personne qui n'aurait pas le droit à première vue d'examiner le paquet serait le bon citoyen. Une telle interprétation minerait davantage tout «pouvoir discrétionnaire» résiduel du juge désigné de refuser l'accès au paquet dans l'intérêt de l'application de la loi: voir *Dersch*, précité, à la p. 1510 (le sous-al. 187(1)a)(ii) confère un «pouvoir discrétionnaire illimité»); l'arrêt *Durette*, précité, à la p. 491 (le sous-al. 187(1)a)(ii) confère un «large pouvoir discrétionnaire»). En toute déférence, je ne crois pas que la *Charte* impose une abolition aussi draconienne du pouvoir discrétionnaire conféré au juge en vertu de la partie VI du *Code criminel*.

- (3) Le juge a-t-il commis une erreur en l'espèce en refusant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le sous-al. 187(1)a)(ii) du *Code criminel* d'accorder à l'appellant l'accès au paquet scellé?

En l'espèce, le juge a rejeté la requête de l'appellant en vue d'obtenir une ordonnance judiciaire pour l'ouverture du paquet scellé pour le motif qu'une cible qui n'a pas été accusée n'a pas le droit de demander une telle ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii) selon les principes énoncés dans les arrêts *Dersch* et *Garofoli*. De toute façon, le juge était d'avis que la requête de l'appellant était à la fois prématurée et hors de propos, car il aurait dû attendre et déposer sa requête devant le juge qui serait saisi de son action civile en dommages-intérêts.

With all due respect, I find that the judge erred in automatically rejecting the appellant's motion to open the sealed packet. A non-accused target may indeed apply for an order under s. 187(1)(a)(ii), and a target may indeed bring such a motion before the filing of his or her civil suit. However, as elaborated previously, a non-accused target is

En toute déférence, je conclus que le juge a commis une erreur en rejetant automatiquement la requête présentée par l'appellant pour faire ouvrir le paquet scellé. Une cible non accusée peut en effet demander une ordonnance en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii), et une cible peut fort bien en effet présenter une telle requête avant de déposer sa

not entitled to automatic access to the packet. Parliament vested a designated judge with the discretion under s. 187(1)(a)(ii) of the *Code* to open a sealed packet and to selectively distribute copies of its contents, subject to editing. But consistent with Parliament's express and compelling interest in preserving the confidentiality of the packet, where a target applies for access to the packet outside of an ongoing criminal prosecution, the discretion vested under s. 187(1)(a)(ii) should generally only be exercised in limited circumstances where the target makes a preliminary showing which tends to indicate that the initial authorization was obtained in an unlawful manner.

The judge failed to accord the appellant an adequate opportunity to make such a preliminary showing. As such, I would allow the appeal on this ground alone and remit the matter to the Quebec Superior Court for reconsideration of the appellant's motion in accordance with the foregoing discussion of the scope of the judicial power under s. 187(1)(a)(ii) of the *Code*.

C. Access to the Tapes

In his motion for access to the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), the appellant has also sought simultaneous disclosure of copies of the actual tape recordings of his intercepted communications, as well as any typed transcripts of the communications which the Crown may have produced. The appellant submits that he needs these materials to pursue a potential civil action for damages for invasion of privacy, as these recording materials will assist him in determining whether the surveillance was authorized and executed in a manner which complied with Part VI of the *Code*.

- (1) Under s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, in addition to seeking an order to open the sealed packet, may a non-accused surveillance target apply for judicial order compelling the Crown to disclose the recording materials resulting from the surveillance,

poursuite civile. Cependant, comme il a été expliqué précédemment, une cible non accusée n'a pas le droit d'avoir accès automatiquement au paquet. Le législateur a conféré à un juge désigné le pouvoir discrétionnaire prévu au sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code* d'ouvrir un paquet scellé et de diffuser de façon sélective des copies de son contenu, sous réserve d'une révision. Mais, en accord avec l'intérêt exprès et impérieux du législateur de préserver la confidentialité du paquet, lorsqu'une cible demande d'avoir accès au paquet en dehors d'une poursuite criminelle en cours, le pouvoir discrétionnaire conféré en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) ne devrait en général être exercé que dans des cas restreints où la cible présente une preuve préliminaire qui tend à indiquer que l'autorisation initiale a été obtenue illégalement.

Le juge n'a pas accordé à l'appelant la possibilité de présenter une telle preuve préliminaire. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi pour ce motif seulement et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure du Québec pour un nouvel examen de la requête de l'appelant conformément à l'analyse qui précède de l'étendue du pouvoir conféré au juge par le sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code*.

C. L'accès aux bandes magnétiques

Dans sa demande d'accès au paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii), l'appelant a également cherché à obtenir en même temps la divulgation de copies des bandes magnétiques de ses communications interceptées, ainsi que toutes les transcriptions dactylographiées des communications que le ministère public peut avoir produites. L'appelant soutient avoir besoin de ces documents pour entamer une éventuelle action civile en dommages-intérêts pour atteinte à sa vie privée, car ces enregistrements l'aideront à déterminer si la surveillance a été autorisée et effectuée d'une façon qui respecte la partie VI du *Code*.

- (1) En vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel*, en plus de chercher à obtenir une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé, une cible de surveillance non accusée peut-elle demander une ordonnance judiciaire enjoignant au ministère public de

and if so, under what conditions should such an order be granted?

divulguer les enregistrements résultant de la surveillance, et dans l'affirmative, dans quelles conditions une telle ordonnance devrait-elle être accordée?

62

The appellant's request does not have any grounding in the *Criminal Code*. On its face, the judicial power under s. 187(1)(a)(ii) to grant disclosure to the packet does not encompass disclosure of the recording materials; the provision speaks only of access to "documents", and the actual tapes remain in the custody of the Crown rather than within the "sealed packet". The *Code* does contemplate a procedural means for compelling disclosure of the recording materials within the context of a criminal trial. Where the Crown seeks to introduce the contents of an intercepted communication (of any person) into evidence against an accused in a criminal proceeding, s. 189(5) of the *Code* stipulates that the Crown must give reasonable notice to the accused followed by delivery of a transcript of the communication and a statement describing the time, place and date of the communication. Upon receipt of such a notice, an accused may seek a judicial order under s. 190 for additional disclosure of the "particulars" of the intercepted communication, which could conceivably include disclosure of the full set of recording materials: J. W. Jardine, "Defence Attacks", in Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap* (1991), c. 6.2, at pp. 6.2.06 and 6.2.07. See s. 193(2)(c) (orders under ss. 189(5), 190 exempt from the general statutory ban on disclosure of private communications). But outside a criminal proceeding, the *Code* does not provide a former surveillance target with any avenue for disclosure of the recording materials.

La demande de l'appelant n'a aucun fondement dans le *Code criminel*. Au vu du texte, le pouvoir conféré au juge par le sous-al. 187(1)a(ii) d'accorder la divulgation du contenu du paquet n'englobe pas la divulgation des enregistrements; la disposition traite seulement de l'accès aux «documents», et les bandes magnétiques elles-mêmes sont gardées par le ministère public et ne se trouvent pas dans le «paquet scellé». Le *Code* envisage effectivement un mécanisme de procédure pour imposer la divulgation des enregistrements dans le contexte d'un procès criminel. Lorsque le ministère public cherche à produire le contenu d'une communication interceptée (de quiconque) en preuve contre un accusé dans une procédure criminelle, le par. 189(5) du *Code* prévoit que le ministère public doit donner un préavis raisonnable à l'accusé en plus de lui remettre une transcription de la communication et une déclaration mentionnant l'heure, la date et le lieu de la communication. Sur réception d'un tel préavis, l'accusé peut demander une ordonnance judiciaire en vertu de l'art. 190 pour divulgation de «détails» supplémentaires concernant la communication interceptée, ce qui pourrait comprendre en théorie la divulgation de tous les enregistrements: J. W. Jardine, «Defence Attacks», dans Continuing Legal Education Society of British Columbia, *Search & Seizure and Wiretap* (1991), ch. 6.2, aux pp. 6.2.06 et 6.2.07. Voir l'alinéa 193(2)c) (les ordonnances visées au par. 189(5) et à l'art. 190 sont exemptées de l'interdiction générale prévue par la loi relativement à la divulgation de communications privées). Mais, en dehors d'une procédure criminelle, le *Code* ne prévoit pour la personne qui a été la cible d'une surveillance aucun moyen d'obtenir la divulgation des enregistrements.

63

However, notwithstanding the silence of the *Code*, my colleagues La Forest and Sopinka JJ. hold that a non-accused target who demonstrates that a wiretap has violated his or her rights under s. 8 may obtain an order for disclosure of the

Toutefois, malgré le silence du *Code*, mes collègues les juges La Forest et Sopinka concluent qu'une cible qui n'a pas été accusée et qui démontre que l'écoute électronique a violé les droits que lui garantit l'art. 8 peut obtenir une

recording materials as a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter*. My colleagues thus propose that following automatic disclosure of the materials within the packet, the non-accused target may petition the court for an order compelling the Crown to disclose and deliver copies of the original recording tapes and any available transcripts. If the target is seeking to challenge the legality of the execution of the search, the Crown is obliged to furnish the court and the target with affidavits describing the manner in which the wiretap search was conducted, in addition to all available documentary logs of the executed search. To obtain an order for disclosure of the recording materials, the target must satisfy the court on the basis of the foregoing materials and in the balance of probabilities that his or her private communications were unlawfully intercepted. As my colleagues note, this procedure will, in many respects, reflect the procedure outlined in *Garofoli, supra*, for challenging the legality of a wiretap search in the course of a trial. If the non-accused target is successful in demonstrating that the wiretap search was illegal in its authorization or in its execution, he or she will be entitled to an order for disclosure of the recording materials, subject to such appropriate conditions as the court may impose. In most cases, once the search has been deemed illegal, the Crown will be responsible for bearing the cost of disclosure of the tapes. The non-accused target may then proceed to the civil courts with his or her action for damages, armed with a declaratory ruling that the search was illegal and with the recording materials as evidence of prejudice suffered. However, if the non-accused is not successful in such a demonstration, he or she will be denied access to the recording materials, and he or she will be estopped from further litigating the legality of the wiretap search.

I, of course, disagree with my colleagues as to the crucial initial hurdle that a non-accused target

ordonnance pour la divulgation des enregistrements comme réparation convenable et juste en application du par. 24(1) de la *Charte*. Mes collègues proposent donc que, à la suite de la divulgation automatique des documents contenus dans le paquet, la cible non accusée peut s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer et de remettre des copies des bandes magnétiques originales et de toutes transcriptions disponibles. Si la cible cherche à contester la légalité de l'exécution de la perquisition, le ministère public est tenu de fournir au tribunal et à la cible des affidavits décrivant la manière dont la perquisition par écoute électronique s'est déroulée, en plus de toutes les notes disponibles concernant le déroulement de la perquisition. Pour obtenir une ordonnance de divulgation des enregistrements, la cible doit, en se fondant sur les documents déjà cités et sur la prépondérance des probabilités, convaincre le tribunal que ses communications privées ont été interceptées illégalement. Ainsi que le font observer mes collègues, cette procédure traduira, à maints égards, la procédure énoncée dans l'arrêt *Garofoli*, précité, pour contester la légalité d'une perquisition par écoute électronique dans le cours d'un procès. Si la cible non accusée réussit à prouver que la perquisition par écoute électronique était illégale en ce qui concerne son autorisation ou son exécution, elle aura droit à une ordonnance de divulgation des enregistrements, sous réserve des conditions appropriées que le tribunal peut imposer. Dans la plupart des cas, une fois la perquisition jugée illégale, le ministère public devra assumer les frais de divulgation des bandes magnétiques. La cible non accusée peut ensuite s'adresser aux tribunaux civils pour son action en dommages-intérêts, munie d'un jugement déclarant que la perquisition était illégale et des enregistrements comme éléments de preuve du préjudice subi. Cependant, si le non-accusé ne réussit pas à établir une telle preuve, il se verra refuser l'accès aux enregistrements, et il ne pourra pas contester davantage la légalité de la perquisition par écoute électronique.

Il va sans dire que je ne suis pas d'accord avec mes collègues quant à l'obstacle initial important

must meet to gain access to the packet under s. 187(1)(a)(ii). But once a target surpasses this hurdle, subject to my comments below, I would substantially adopt the procedure outlined by *La Forest and Sopinka JJ.* for subsequent disclosure of the recording materials. In my view, this procedure, by establishing a mechanism for disclosure which reflects the actual relevance of the recording materials to an action for damages for unlawful interception of private communications, reaches an appropriate balance between the individual's interest in vindicating his or her rights under ss. 8 and 24(1) of the *Charter* and the state's proprietary interest in the fruits of its confidential investigations.

qu'une cible qui n'a pas été accusée doit franchir pour avoir accès au paquet en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii). Mais une fois qu'une cible surmonte cet obstacle, j'adopterais essentiellement, sous réserve des observations formulées ci-dessous, la procédure énoncée par les juges *La Forest et Sopinka* pour la divulgation subséquente des enregistrements. À mon avis, cette procédure, en établissant un mécanisme de divulgation qui reflète la pertinence véritable des enregistrements dans le cas d'une action en dommages-intérêts pour interception illégale de communications privées, atteint un juste équilibre entre l'intérêt de l'individu à faire valoir les droits que lui garantissent l'art. 8 et le par. 24(1) de la *Charte*, et le droit de propriété de l'État sur le produit de ses enquêtes confidentielles.

65

The non-accused target does indeed have an interest in the disclosure of the recording materials to give effect to his or her civil and constitutional remedies against unreasonable search and seizure. However, this interest is limited, as the target will generally not need access to the tapes to challenge the legality of the surveillance and to establish the liability of the Crown. If the target is seeking to challenge the legality of the authorization, the recording materials will generally not be relevant to establishing liability. The materials, representing the fruits of a surveillance, will not assist the target in determining whether the authorization was originally granted on adequate reasonable and probable grounds in accordance with Part VI. If the target is seeking to challenge the lawfulness of the execution of the surveillance, the materials may be of greater relevance. The materials may assist in determining whether the surveillance was conducted within the stipulated limits of the authorization (i.e., within particular dates and time). But the target may equally scrutinize the execution of the wiretap search through disclosure of the documentary logs of the interception and affidavits of the officers who conducted the surveillance will serve as an adequate substitute means of verification. Otherwise, the recording materials will be principally if not exclusively relevant to determining the extent of damages suffered by the target as a result of an illegal wiretap sur-

La cible non accusée a effectivement un intérêt dans la divulgation des enregistrements afin de donner effet à ses recours civils et constitutionnels contre une fouille, perquisition ou saisie abusive. Toutefois, cet intérêt est limité, car la cible n'aura pas besoin en général d'avoir accès aux bandes magnétiques pour contester la légalité de la surveillance et pour établir la responsabilité de l'État. Si la cible cherche à contester la légalité de l'autorisation, les enregistrements ne seront généralement pas pertinents pour établir la responsabilité. Les documents, qui sont le produit d'une surveillance, n'aideront pas la cible à déterminer si l'autorisation a été accordée à l'origine pour des motifs raisonnables et probables conformément à la partie VI. Si la cible cherche à contester la légalité de l'exécution de la surveillance, les documents peuvent être davantage pertinents. Ils peuvent aider à déterminer si la surveillance a été effectuée dans les limites prescrites de l'autorisation (c.-à-d. aux heures et aux dates précisées). Mais la cible peut également scruter l'exécution de la perquisition par écoute électronique grâce à la divulgation des notes relatives à l'interception, et les affidavits des agents qui ont effectué la surveillance serviront de moyens de vérification adéquats. Par ailleurs, les enregistrements seront principalement, sinon exclusivement, pertinents pour déterminer l'étendue des dommages subis par la cible à la suite d'une surveillance illégale par écoute élec-

veillance. By examining the contents of the intercepted communications, the target will be able to assess the degree to which the state encroached into his private life, which in turn, will assist in the determination of appropriate compensation.

On the other side of the equation, the state has an interest in limiting the disclosure of the actual recording tapes. The content of the tapes risks disclosing the focus of the police investigation in a particular case, as well as the general *modus operandi* of police electronic surveillance. As well, as my colleagues note, at para. 109, in many circumstances the disclosure of surveillance tapes (and available transcripts) will represent an enormous undertaking involving production of dozens, if not hundreds, of hours of recorded conversations. Furthermore, the disclosure of surveillance tapes requires considerable police supervision to ensure that the tapes are properly edited to guard against the disclosure of conversations of innocent third parties which do not involve the target.

I believe that the procedural framework adopted by La Forest and Sopinka JJ. adequately accounts for the particular relevance of the recording materials and sufficiently accommodates the competing interests of the individual and the state. I have no doubt that the specifics of this procedural framework for disclosure of surveillance recording materials to a non-accused target will require further elaboration by lower courts. But I would welcome and encourage Parliament's assistance in clarifying the murky procedural waters of Part VI of the *Criminal Code*.

- (2) Did the judge err in this instance in declining to grant a judicial order compelling the Crown to disclose the recording materials resulting from the surveillance?

After having refused the appellant's order to open the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii), the judge declined to address the appellant's parallel request for disclosure of the recording tapes and accompanying transcripts. Since I would hold that

tronique. En examinant le contenu des communications interceptées, la cible pourra évaluer dans quelle mesure l'État a porté atteinte à sa vie privée, ce qui aidera à son tour à déterminer l'indemnisation appropriée.

En revanche, l'État a un intérêt à limiter la divulgation des bandes magnétiques elles-mêmes. Leur contenu risque de dévoiler l'orientation de l'enquête policière dans un cas particulier, ainsi que le *modus operandi* général de la surveillance électronique effectuée par la police. En outre, comme mes collègues le font observer, au par. 109, dans bien des cas, la divulgation des bandes magnétiques relatives à la surveillance (et des transcriptions disponibles) constituera une entreprise énorme impliquant la production de douzaines, sinon de centaines, d'heures de conversations enregistrées. De plus, la divulgation des bandes magnétiques relatives à la surveillance exige une supervision considérable de la police afin qu'elles soient révisées adéquatement pour éviter la divulgation de conversations de tiers innocents qui ne concernent pas la cible.

Je crois que le cadre procédural adopté par les juges La Forest et Sopinka rend compte adéquatement de la pertinence particulière des enregistrements et sert suffisamment les intérêts divergents de l'individu et de l'État. Je ne doute pas que les caractéristiques de ce cadre procédural pour la divulgation des enregistrements résultant de la surveillance à une cible qui n'a pas été accusée devront être précisées par les instances inférieures. Mais j'inviterais et encouragerais le législateur à aider à clarifier les eaux troubles de la procédure relative à la partie VI du *Code criminel*.

- (2) Le juge a-t-il commis une erreur en l'espèce en refusant d'accorder une ordonnance judiciaire enjoignant au ministère public de divulguer les enregistrements résultant de la surveillance?

Après avoir rejeté la demande présentée par l'appelant en vue d'obtenir une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii), le juge a refusé d'examiner la demande parallèle de l'appelant concernant la

66

67

68

a non-accused target may only seek disclosure of the recording materials in a separate proceeding following the grant of an order opening the sealed packet, I find that the judge did not err in denying at this stage the appellant's request for access to the tapes and transcripts produced as a result of the October-November 1992 electronic surveillance.

III. Conclusion and Disposition

Pursuant to the foregoing analysis, I find that the judge erred in automatically rejecting the appellant's request for a judicial order opening the sealed packet under s. 187(1)(a)(ii) on the narrow ground that the appellant was not a criminal accused. The judge should have extended the appellant a meaningful opportunity to present a justification for such an order, and the judge should have considered whether to exercise his discretion to grant access to the packet in accordance with the existing judicial interpretation of s. 187(1)(a)(ii) as elaborated above. I would therefore allow the appeal in this instance, and order that this matter be remitted to the Superior Court of Quebec for reconsideration of the appellant's motion under s. 187(1)(a)(ii) in accordance with these reasons.

English version of the reasons of La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ. delivered by

divulcation des bandes magnétiques et des transcriptions les accompagnant. Comme je suis d'avis de conclure qu'une cible qui n'a pas été accusée ne peut demander la divulgation des enregistrements que dans une procédure distincte à la suite de l'octroi d'une ordonnance pour l'ouverture du paquet scellé, j'estime que le juge n'a pas commis d'erreur en rejetant à ce stade la demande de l'appellant pour avoir accès aux bandes magnétiques et aux transcriptions résultant de la surveillance électronique effectuée durant les mois d'octobre et novembre 1992.

III. Conclusion et dispositif

D'après l'analyse qui précède, je conclus que le juge a commis une erreur en rejetant automatiquement la demande d'ordonnance présentée par l'appellant en vue de faire ouvrir le paquet scellé en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii), pour le strict motif que l'appellant n'était pas accusé au criminel. Le juge aurait dû donner à l'appellant une véritable occasion de présenter une justification en vue d'une telle ordonnance, et il aurait dû examiner la possibilité d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'accès au paquet conformément à l'interprétation que les tribunaux donnent actuellement du sous-al. 187(1)a)(ii) comme il est expliqué ci-dessus. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en l'espèce et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée devant la Cour supérieure du Québec pour qu'elle procède à un nouvel examen de la requête présentée par l'appellant en vertu du sous-al. 187(1)a)(ii), en tenant compte des présents motifs.

Les motifs des juges La Forest, Sopinka, Cory et Major ont été rendus par

LA FOREST AND SOPINKA JJ. — This appeal requires the Court to determine whether a person who was under electronic surveillance (a "target") but who was not subsequently charged may nevertheless have access to the sealed packet and the tapes and, if so, to what extent and by what means. The appellant maintains that both the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and the *Canadian*

LES JUGES LA FOREST ET SOPINKA — À l'occasion du présent pourvoi, notre Cour doit déterminer si une personne qui a fait l'objet de surveillance électronique (une «cible») mais qui n'a pas été subéquemment accusée, peut tout de même avoir accès au paquet scellé ainsi qu'aux bandes magnétiques et, si c'est le cas, dans quelle mesure et de quelle manière. L'appellant prétend que tant

Charter of Rights and Freedoms entitle him to such access.

I. Background

Following the October 1992 publication of an article in a Quebec periodical, the Sûreté du Québec investigated an alleged leak of confidential documents belonging to the Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes. The investigation uncovered certain information that the police felt incriminated the appellant, a lawyer, and a search warrant was issued by a justice of the peace on October 30, 1992. The appellant, who was suspected of breach of trust, was arrested three days later. His residence was searched at the same time.

The appellant then filed a motion for *certiorari* in the Superior Court, alleging that his detention and the search of his residence had been unlawful and unreasonable. On December 4, 1992, Pinard J. granted his motion in part. He found that the appellant's arrest and detention on November 2, 1992 had been unlawful, arbitrary and unreasonable and quashed the search in part, while reserving the appellant's right to seek an appropriate monetary remedy. In his reasons, Pinard J. criticized the police for seizing documents not covered by the search warrant and characterized their actions as a veritable "fishing expedition". Although the search warrant had authorized them to seize government documents only, some of the appellant's professional diaries and certain confidential, privileged documents had also been seized. Pinard J. added that there had been no reasonable and probable grounds to arrest or detain the appellant in this case.

On February 11, 1993, a specially designated agent of the respondent sent the appellant a notification under s. 196 of the *Criminal Code* stating that an authorization had been duly issued on October 27, 1992 for the interception of his private communications. The authorization was valid through November 15, 1992.

le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, que la *Charte canadienne des droits et libertés* le lui permettent.

I. Le contexte

Après la publication d'un article en octobre 1992 dans un périodique québécois, la Sûreté du Québec enquête relativement à une prétendue fuite de documents confidentiels appartenant au Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes. L'enquête révèle certains indices que les autorités policières considèrent incriminants pour l'appellant, un avocat. Un mandat de perquisition est émis par un juge de paix le 30 octobre 1992. Soupçonné d'abus de confiance, l'appellant est arrêté trois jours plus tard. Son domicile est au même moment perquisitionné.

L'appellant dépose alors en Cour supérieure une requête en *certiorari*, alléguant avoir été victime d'une détention et d'une perquisition illégales et abusives. Le juge Pinard accueille en partie sa requête le 4 décembre 1992. Ce dernier déclare illégales, arbitraires et abusives l'arrestation et la détention de l'appellant survenues le 2 novembre 1992 et annule en partie la perquisition tout en lui réservant la possibilité d'obtenir une réparation pécuniaire appropriée. Dans ses motifs, le juge Pinard reproche aux policiers d'avoir saisi des documents qui n'étaient pas visés par le mandat de perquisition, qualifiant leurs agissements de véritable «partie de pêche». Le mandat de perquisition ne les autorisait qu'à saisir des documents appartenant au gouvernement. Or, des agendas professionnels de l'appellant, de même que certains documents confidentiels et privilégiés avaient été également saisis. Le juge Pinard ajoute qu'en l'espèce, aucun motif probable et raisonnable ne justifiait l'arrestation ou la détention de l'appellant.

Le 11 février 1993, un mandataire spécialement autorisé de l'intimé fait parvenir à l'appellant, conformément à l'art. 196 du *Code criminel*, un avis l'informant que le 27 octobre 1992, une autorisation avait été dûment émise permettant l'interception de ses communications privées. L'autorisation était valide jusqu'au 15 novembre 1992 inclusive-ment.

71

72

73

74

On April 30, 1993, the appellant filed a motion in the Superior Court under s. 187 of the *Criminal Code* to have the sealed packet in the court's custody opened. In the motion, the appellant stated that he intended to file a civil action for damages to obtain compensation for the damage he claimed to have suffered as a result of the police action against him. He also stated that he had reasonable grounds to believe that the application for authorization and the investigating officer's affidavit required by s. 185 of the *Code*, which were in the sealed packet pursuant to s. 187, did not refer to his status as a lawyer, contrary to s. 185(1)(e). Finally, he claimed that the electronic surveillance had been conducted against him unlawfully. He asked the court to order that the sealed packet be opened and that he be provided with a copy of its contents and of the recordings and transcripts made from the intercepted communications.

75

When the motion was heard on May 19, 1993, Paul J. read the documents in the sealed packet and assured the appellant that his status as a lawyer was mentioned therein. He also said that the appellant's motion was premature at that time, since he was neither an accused nor a plaintiff in a civil action.

76

On June 23, 1993, the appellant filed an action for damages in the Superior Court in connection with the actions taken against him by the police. An amended declaration was filed on July 15, 1993. The parties agreed on an out-of-court settlement on September 30, 1994. On December 8, 1994, this Court granted the appellant leave to appeal Paul J.'s decision. The respondent maintained that the appeal had been invalidated by the settlement and sought to have it quashed, but his motion was dismissed on March 6, 1995.

II. Analysis

77

We are of the opinion that the appeal should be allowed. First of all, the legislation does not limit access to the sealed packet to targets against whom charges have been laid. Rather, Parliament intended to confer an unlimited discretion on the

Le 30 avril 1993, l'appelant dépose une requête en Cour supérieure pour faire ouvrir le paquet scellé sous garde du tribunal en vertu de l'art. 187 du *Code criminel*. L'appelant y allègue avoir l'intention d'intenter devant un tribunal civil une action en dommages-intérêts pour le préjudice qu'il prétend avoir subi par suite des agissements des autorités policières à son endroit. De plus, il allègue avoir des motifs raisonnables de croire que la demande d'autorisation et l'affidavit de l'agent-enquêteur requis par l'art. 185 du *Code* et faisant partie du paquet scellé conformément à l'art. 187 ne font pas référence à sa qualité d'avocat, contrairement à l'al. 185(1)e). Finalement, il allègue que la surveillance électronique dont il a fait l'objet était illégale. Il demande au tribunal d'ordonner que le paquet scellé soit ouvert, que copie de son contenu lui soit remise ainsi que copie des enregistrements et des notes sténographiques produites à partir des communications interceptées.

Lors de l'audition de la requête le 19 mai 1993, le juge Paul prend connaissance des documents se trouvant dans le paquet scellé et certifie à l'appelant que sa qualité d'avocat y est mentionnée. De plus, il précise que la requête de l'appelant est à ce stade prématurée, puisqu'il n'est alors ni accusé ni demandeur dans le cadre d'une action civile.

Le 23 juin 1993, l'appelant intente en Cour supérieure une action en dommages-intérêts relativement aux agissements des autorités policières à son endroit. Une déclaration amendée est déposée le 15 juillet suivant. Les parties conviennent d'un règlement à l'amiable le 30 septembre 1994. Le 8 décembre 1994, notre Cour accorde à l'appelant l'autorisation de se pourvoir contre la décision du juge Paul. Prétendant que le pourvoi est devenu caduc par suite du règlement, l'intimé tente de le faire annuler, mais sa requête est rejetée le 6 mars 1995.

II. L'analyse

Nous sommes d'avis que l'appel devrait être accueilli. D'abord, la loi ne limite aucunement l'accès au contenu du paquet scellé aux personnes-cibles qui ont été accusées. Le législateur a plutôt voulu conférer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire.

courts, leaving it to them to determine the circumstances in which access to the sealed packet is justified and the extent to which it should be authorized. Section 8 of the *Charter* gives non-accused targets, like accused targets, a constitutional right of access to the sealed packet, subject to the power of the judge to whom the application for access is made to edit the documents for reasons of public policy and public interest. The fact that for an accused target this right also arises from a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter* when the communications are adduced in evidence by the Crown at trial does not mean that such a target has greater rights than a non-accused target as far as access to the sealed packet is concerned. It therefore cannot be argued that a non-accused target's right of access is narrower in scope than that of an accused target. We are also of the opinion that in some cases an applicant in the appellant's position could be given access to the results of the wiretap, which may take the form of tapes or transcripts. In the case at bar, no evidence was submitted to this Court about the form in which the wiretap results were kept. To simplify matters, we shall refer to the "recordings".

Access to recordings is assessed differently than access to the sealed packet because for the former there is no legislative provision equivalent to s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. We have concluded, however, that a plaintiff who shows that his or her rights have been infringed should be given access to the results of an unlawful wiretap.

A. A Target's Right of Access to the Sealed Packet

It should be noted at the outset that the former version of s. 187 of the *Criminal Code* applies to this appeal, as the amendments since made by Parliament did not come into force until August 1, 1993 (*An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40). As will be seen below, however, these reasons are

tionnaire illimité, leur laissant le soin d'établir dans quelles circonstances l'accès au contenu du paquet scellé est justifié et dans quelle mesure il doit être autorisé. Or, tout comme à l'égard d'une cible qui a été accusée, l'art. 8 de la *Charte* confère aux cibles qui ne l'ont pas été le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir du juge saisi de la demande d'accès de réviser les documents pour des considérations d'ordre et d'intérêt publics. Le fait qu'à l'égard d'une cible qui a été accusée ce droit découle aussi d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, lorsque les communications sont mises en preuve au procès par le ministère public, ne signifie pas que celle-ci jouit de plus de droits en ce qui a trait à l'accès au contenu du paquet scellé qu'une cible qui n'a pas été accusée. On ne peut donc soutenir que l'étendue du droit d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée est moindre que celle du droit d'une cible qui a été accusée. Nous sommes aussi d'avis que, dans certains cas, un demandeur dans la situation de l'appelant pourrait avoir accès aux résultats de l'écoute électronique. Ces résultats peuvent prendre la forme de cassettes ou de transcriptions. En l'espèce, aucune preuve ne nous a été présentée quant à la forme sous laquelle ces résultats ont été préservés. Pour alléger le texte, nous ferons référence aux «enregistrements».

L'accès aux enregistrements s'apprécie différemment de l'accès au paquet scellé vu l'absence de disposition législative équivalente au sous-al. 187(1)a)(ii) du *Code criminel*. Néanmoins, nous avons conclu que le demandeur qui réussit à établir l'atteinte à ses droits devrait se voir octroyer l'accès aux résultats de l'écoute illégale.

A. Le droit d'accès de la cible de l'écoute électronique au contenu du paquet scellé

Il est d'abord utile de souligner que l'ancienne version de l'art. 187 du *Code criminel* s'applique au présent pourvoi, les modifications apportées par le législateur depuis n'étant entrées en vigueur que le 1^{er} août 1993 (*Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40). Cependant, comme

equally applicable to the provision as it is currently worded. At the relevant time, s. 187 of the *Criminal Code* read as follows:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) are confidential and, with the exception of the authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii).

(2) An order under subsection (1) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application was made for the authorization to which the order relates has been given an opportunity to be heard. [Emphasis added.]

nous le constaterons ultérieurement, les présents motifs sont tout aussi applicables à la formulation actuelle de cette disposition. L'article 187 du *Code criminel*, à l'époque pertinente, était libellé ainsi:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 185 ou des paragraphes 186(6) ou 196(2) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut:

a) être ouvert et son contenu ne peut être enlevé, si ce n'est:

(i) soit pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation,

(ii) soit en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge au sens de l'article 552;

b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii).

(2) Une ordonnance prévue au paragraphe (1) ne peut être rendue qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation à laquelle les documents visés par l'ordonnance se rapportent, ou sur l'ordre de qui cette demande a été faite, a eu la possibilité de se faire entendre. [Nous soulignons.]

80 In *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, this Court had to reassess the scope of an accused target's right of access to the sealed packet in light of the *Charter*. The majority found that s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* (s. 178.14(1)(a)(ii) at the time) conferred an unlimited discretion on the judges mentioned therein, thus reflecting Parliament's intention to leave it to the courts themselves to determine the circumstances in which access was justified and the extent to which it should be authorized (see p. 1510). Pre-*Charter* decisions subordinated the rights of accused persons to the needs of law enforcement by requiring such persons to show that there were exceptional circumstances that justified granting them access to the sealed packet. The courts thus

Dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, notre Cour était appelée à réévaluer l'étendue du droit d'une cible qui a été accusée d'avoir accès au contenu du paquet scellé eu égard aux exigences de la *Charte*. La majorité a précisé que le sous-al. 187(1)a)(ii) du *Code criminel* (alors le sous-al. 178.14(1)a)(ii)) conférait aux juges mentionnés un pouvoir discrétionnaire illimité, traduisant ainsi l'intention du législateur de laisser le soin aux tribunaux de déterminer eux-mêmes dans quelles circonstances l'accès était justifié et dans quelle mesure il devait être autorisé (voir p. 1510). La jurisprudence antérieure à la *Charte* subordonnait les droits des accusés aux exigences de l'application de la loi, en leur imposant le fardeau de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant que leur soit permis l'accès au contenu du paquet scellé.

exercised the unlimited discretion conferred on them by the legislation in a restrictive manner.

The advent of the *Charter* required that the exercise of this discretion be re-evaluated in light of the rights and freedoms guaranteed therein. In *Dersch*, the majority established that accused persons were now automatically entitled to access to the sealed packet, subject to the editing power of the judge to whom the application was made.

This right derived first from s. 8 of the *Charter*, which guarantees everyone the right to be secure against unreasonable search or seizure by the state. The following was stated at p. 1515:

Under s. 8 of the *Charter*, the accused has acquired a constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure. Because an unlawful search will be an unreasonable one, s. 8 also confers on the accused the right to challenge the lawfulness of a search or seizure of which the accused is the target. That right would be hollow if it did not permit access to the sealed packet. [Emphasis added.]

It was necessary to recognize that s. 8 of the *Charter* gave accused persons who had been under electronic surveillance a constitutional right of access to the sealed packet because of the impossible position in which such persons were placed: in practice, it could not be determined whether the authorization had been obtained in accordance with the provisions of the *Criminal Code* except by consulting the documents in the sealed packet. Without access to the sealed packet, their constitutional rights under s. 8 ultimately remained moot. The conclusion reached by the majority in *Dersch* is consistent with the spirit of this Court's decision in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30. In that case, this Court found that the electronic surveillance scheme established by Parliament in the *Criminal Code* was constitutionally valid under s. 8 of the *Charter*. According to the majority, since the measures adopted by Parliament made it possible for individuals whose communications had been intercepted by the state to call the state to account, the *Criminal Code* scheme struck an appropriate balance under s. 8 of the *Charter* between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its

Les tribunaux exerçaient ainsi le pouvoir illimité que leur conférait la loi d'une manière restrictive.

L'avènement de la *Charte* a exigé la réévaluation de l'exercice de ce pouvoir à la lumière des droits et libertés dorénavant garantis. Dans *Dersch*, la majorité a établi que toute personne accusée a maintenant un droit d'accès automatique au contenu du paquet scellé, sous réserve du pouvoir de révision du juge saisi de la demande.

Ce droit découle d'abord de l'art. 8 de la *Charte*, qui garantit à toute personne la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives par l'État. À la p. 1515, on y lit:

En vertu de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé a acquis un droit constitutionnel d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Comme une fouille illégale sera généralement une fouille abusive, l'art. 8 confère aussi à l'accusé le droit de contester la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie dirigée contre l'accusé. Ce droit serait vide de sens s'il ne permettait pas l'accès au paquet scellé. [Nous soulignons.]

Reconnaître que l'art. 8 de la *Charte* confère aux accusés ayant fait l'objet de surveillance électronique le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé s'imposait en raison de la situation impossible dans laquelle ils se trouvaient: en effet, on ne pouvait, en pratique, déterminer si l'autorisation avait été obtenue en conformité avec les dispositions du *Code criminel* qu'en consultant les documents contenus dans le paquet scellé. Sans accès au contenu du paquet scellé, leurs droits constitutionnels garantis à l'art. 8 demeuraient finalement théoriques. La conclusion à laquelle est arrivée la majorité dans l'arrêt *Dersch* est d'ailleurs conforme à l'esprit de la décision de notre Cour dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30. Dans cette affaire, notre Cour avait confirmé la validité constitutionnelle du régime de surveillance électronique établi par le législateur au *Code criminel* eu égard à l'art. 8 de la *Charte*. La majorité avait précisé que la possibilité que les citoyens dont les communications avaient été interceptées par l'État lui demandent des comptes, faisait partie des mesures adoptées par le législateur, de sorte que le régime établi au *Code criminel* constituait un juste équilibre, eu égard à l'art. 8 de la *Charte*, entre le

81

82

responsibilities for law enforcement. At pp. 45-46, the majority stated the following in this regard:

In proceeding in this fashion, Parliament has, in my view, succeeded in striking an appropriate balance. It meets the high standard of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure by subjecting the power of the state to record our private communications to external restraint and requiring it to be justified by application of an objective criterion. The reason this represents an acceptable balance is that the imposition of an external and objective criterion affords a measure of protection to any citizen whose private communications have been intercepted. It becomes possible for the individual to call the state to account if he can establish that a given interception was not authorized in accordance with the requisite standard. If privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself, a reasonable expectation of privacy would seem to demand that an individual may proceed on the assumption that the state may only violate this right by recording private communications on a clandestine basis when it has established to the satisfaction of a detached judicial officer that an offence has been or is being committed and that interception of private communications stands to afford evidence of the offence. [Emphasis added.]

83

Of course, in addition to the constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure, an accused target has the right to make full answer and defence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, one aspect of which, as noted by the majority in *Dersch, supra*, at pp. 1515-16, is that an accused is entitled to test the admissibility of a piece of evidence according to the ordinary rules governing admissibility. Since s. 189(1) of the *Criminal Code* (now repealed) provided that unlawfully intercepted conversations were inadmissible as evidence, the right of an accused target to make full answer and defence required that he or she be able to ensure that the interception the Crown wished to adduce in evidence was lawful, which in practice could be done only by consulting the documents in the sealed packet. As with their s. 8 right, this component of the right of accused

droit individuel des particuliers d'être laissés tranquilles et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée pour s'acquitter de ses responsabilités en matière d'application des lois. Aux pages 45 et 46, la majorité tient les propos suivants à cet égard:

Le Parlement, à mon avis, a donc réussi à établir un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet équilibre est acceptable parce que le recours à un critère externe objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont été interceptées. Il lui est alors possible de demander des comptes à l'État, s'il est en mesure d'établir qu'une interception donnée n'a pas été autorisée en conformité avec la norme prévue. Si la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant, il semblerait raisonnable en matière de respect de la vie privée de s'attendre qu'une personne puisse présumer que l'État ne peut porter atteinte à ce droit en enregistrant clandestinement des communications privées que s'il a convaincu un officier de justice impartial qu'une infraction a été commise ou est en train de l'être et que l'interception de communications privées fournira une preuve de la perpétration de l'infraction. [Nous soulignons.]

Évidemment, une cible qui a été accusée bénéficie, outre du droit constitutionnel à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, du droit à une défense pleine et entière en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* dont un des aspects, comme la majorité le rappelait dans *Dersch*, précité, aux pp. 1515 et 1516, est de permettre à une personne accusée de vérifier l'admissibilité d'une preuve conformément aux règles ordinaires en régissant l'admissibilité. Comme le par. 189(1) du *Code criminel* (maintenant abrogé) prévoit l'inadmissibilité en preuve de conversations interceptées illégalement, le droit d'une cible qui a été accusée à une défense pleine et entière commande qu'elle puisse s'assurer de la légalité de l'interception que le ministère public désire introduire en preuve. Cela ne peut se faire en pratique qu'en consultant les documents contenus dans le

targets to make full answer and defence was “hollow” if it did not enable them to have access to the sealed packet.

From a constitutional point of view, therefore, both ss. 7 and 11(d) and s. 8 provide accused targets with the means — and the right — to gain access to the sealed packet. At this stage of the analysis, it is important to recall that the reasons of the majority in *Dersch, supra*, clearly indicate that the nature of the right of access to documents in the sealed packet is the same whether it derives from s. 8 or from a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In both cases, the right arises from the fact that under either s. 8 or ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, an accused target has the constitutional right to determine whether the interception complies with the scheme established by Parliament in the *Criminal Code*. This finding is of some relevance to the instant appeal, as will be seen below.

Since *Dersch, supra*, judges to whom applications for access to a sealed packet are made must therefore exercise their discretion differently. Whereas at one time the person requesting access to the sealed packet had to show that there were exceptional circumstances, the *Charter* now requires that accused targets always be given complete access because of their constitutional rights under ss. 7, 11(d) and 8 of the *Charter*, although this remains subject to the power of the judge to whom the application is made to edit the documents in the public interest, as stated in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469.

What is the position of non-accused targets? It should be noted that Canadian courts do not seem to have ever had the opportunity to consider the right of non-accused targets to obtain access to the sealed packet since this Court's decisions dealing with the *Charter's* impact on the legislative electronic surveillance scheme.

paquet scellé. De la même manière qu'à l'égard de leur droit garanti par l'art. 8, cette composante du droit des cibles accusées à une défense pleine et entière est «vide de sens» si elle ne leur permet pas d'avoir accès au contenu du paquet scellé.

D'un point de vue constitutionnel donc, tant l'art. 7 et l'al. 11d) que l'art. 8 offrent aux cibles qui ont été accusées le moyen — et le droit — d'avoir accès au contenu du paquet scellé. À ce stade de l'analyse, il est important de rappeler que les motifs de la majorité dans *Dersch*, précité, indiquent clairement que la nature du droit d'accès aux documents contenus dans le paquet scellé est la même qu'il découle de l'art. 8 ou d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Dans les deux cas, ce droit découle du fait que, tant en vertu de l'art. 8 que de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, la cible qui a été accusée bénéficie du droit constitutionnel de vérifier la conformité de l'interception au régime établi par le législateur au *Code criminel*. Cette constatation revêt une certaine pertinence aux fins du présent pourvoi, comme nous le constaterons plus loin.

Depuis l'arrêt *Dersch*, précité, les juges saisis de demandes d'accès au contenu du paquet scellé doivent donc exercer différemment leur pouvoir discrétionnaire. Alors qu'auparavant l'existence de circonstances exceptionnelles devait être établie par la personne requérant l'accès au contenu du paquet scellé, la *Charte* exige dorénavant que l'accès intégral soit accordé dans chaque cas à une cible inculpée en raison des droits constitutionnels dont elle bénéficie en vertu de l'art. 7, de l'al. 11d) et de l'art. 8 de la *Charte*, sous réserve toujours du pouvoir du juge saisi de la demande de réviser les documents pour des motifs d'intérêt public comme cela est précisé dans *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469.

Qu'en est-il de la situation des cibles qui n'ont pas été accusées? Soulignons que les tribunaux canadiens ne semblent jamais avoir eu l'occasion de traiter du droit des cibles qui n'ont pas été accusées d'avoir accès au contenu du paquet scellé, depuis les arrêts de notre Cour traitant de l'impact de la *Charte* sur le régime législatif relatif à la surveillance électronique.

84

85

86

87

First of all, in light of this Court's previous decisions, it cannot be asserted that the wording of s. 187 of the *Criminal Code* limits access to the sealed packet to accused targets. As noted above, this Court interpreted s. 187(1)(a)(ii) very broadly in *Dersch, supra*, finding that Parliament intended to confer a discretion on the courts that was unlimited, in that it was not limited in any way by the legislation. This Court has suggested on several occasions that access to the sealed packet is not strictly limited — at least by the legislation — to accused targets:

The purpose of the confidentiality provision of this section is apparently to ensure that the investigation is kept secret during the currency of the authorization and to protect informers, police techniques and procedures once the authorization is spent. Different considerations would apply in the exercise of the discretion of the judge depending on whether the authorization is current or spent. Similarly, different factors would come into play if the applicant is an accused person, a target of an intercepted communication, or simply an interested citizen. The section does not distinguish, leaving it to the judge. Apparently, Parliament was content to leave it to the courts to decide what special considerations were applicable to protect the rights of accused persons in the exercise of the power to open.

The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. [Emphasis added.]

(*Dersch, supra*, at pp. 1510 and 1517.)

This Court also made similar statements in *Durette, supra*, at pp. 491-92:

Under s. 187, the material filed in support of an application for a wiretap authorization is placed in a sealed packet to which the public normally has no access. That section, however, also permits the packet to be opened and the contents removed pursuant to an order of a judge. The judge hearing an application under this sec-

D'abord, on ne peut soutenir, à la lumière de la jurisprudence antérieure de notre Cour, que le libellé de l'art. 187 du *Code criminel* restreint l'accès au paquet scellé aux seules cibles qui ont été accusées. Comme nous l'avons souligné, notre Cour a interprété le sous-al. 187(1)a(ii) dans l'arrêt *Dersch*, précité, de façon très large, précisant que le législateur avait voulu conférer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire illimité, en ce sens qu'il n'était aucunement limité par la loi. Notre Cour a laissé entendre à plusieurs reprises que l'accès au contenu du paquet scellé n'était pas strictement limité — du moins par la loi — aux cibles qui avaient été accusées:

La disposition relative à la confidentialité a apparemment pour objet d'assurer que l'enquête sera tenue secrète pendant la durée de l'autorisation et de protéger les informateurs, ainsi que les techniques et procédures policières quand l'autorisation est expirée. Différentes considérations s'appliquent dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge selon que l'autorisation est en vigueur ou est expirée. De même, différents facteurs entrent en jeu si le requérant est un accusé, une personne visée par l'écoute électronique ou simplement un citoyen intéressé. La disposition ne fait pas de distinction, laissant le tout à l'appréciation du juge. Apparemment, le Parlement s'est contenté de laisser aux tribunaux le soin de déterminer quelles considérations spéciales s'appliquent à la protection des droits des accusés dans l'exercice du pouvoir d'ouvrir le paquet.

Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. [Nous soulignons.]

(*Dersch*, précité, aux pp. 1510 et 1517.)

Notre Cour a aussi tenu des propos similaires dans l'arrêt *Durette*, précité, aux pp. 491 et 492:

Aux termes de l'art. 187, les documents déposés à l'appui d'une telle demande sont placés dans un paquet scellé auquel, normalement, le public n'a pas accès. Toutefois, cet article permet également l'ouverture du paquet et l'enlèvement de son contenu en application d'une ordonnance judiciaire. Le juge saisi d'une

tion has a broad discretion to decide whether or not to provide access to the packet. However, in the case of an accused, that discretion would not be exercised judicially or in conformity with the right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence unless access was provided; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. [Emphasis added.]

We note first that in light of this Court's previous decisions, it cannot be argued that the legislation limits the exercise of the discretion conferred on the judges mentioned in s. 187(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* to accused targets. The wording of the provision simply does not allow such a distinction to be made. This does not mean, of course, that everyone can have access to the sealed packet. A person with absolutely no interest in the packet's contents, for example, could not be given access, not because the *Code* precludes this but because in such circumstances there would be no justification for the judge hearing the application to exercise his or her discretion in the person's favour.

We should pause at this point to note that the respondent argues that s. 187, as it has been worded since August 1, 1993, entitles only the accused to have access to the sealed packet. The relevant parts of the newly worded section are as follows:

187. . . .

(1.2) The sealed packet may be opened and its contents removed for the purpose of dealing with an application for a further authorization or with an application for renewal of an authorization.

(1.3) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet.

(1.4) A judge or provincial court judge before whom a trial is to be held and who has jurisdiction in the province in which an authorization was given may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet if

demande d'accès présentée en vertu de cette disposition jouit, pour en disposer, d'un large pouvoir discrétionnaire. Dans le cas d'un accusé, toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'est exercé judiciairement et en conformité avec le droit de présenter une défense pleine et entière prévu à la *Charte canadienne des droits et libertés* que si l'accès est accordé; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. [Nous soulignons.]

Or, nous constatons premièrement qu'on ne peut soutenir que la loi limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré aux juges mentionnés au sous-al. 187(1)(a)(ii) du *Code criminel*, à la lumière de la jurisprudence de notre Cour, aux seules cibles qui ont été accusées. Le libellé de la disposition ne nous permet tout simplement pas de faire une telle distinction. Ce qui ne veut pas dire, bien évidemment, que tout le monde a accès au contenu du paquet scellé. Une personne n'ayant absolument aucun intérêt dans le contenu du paquet scellé ne pourrait, par exemple, se voir permettre l'accès non pas parce que le *Code* l'en empêcherait, mais bien parce que, dans de telles circonstances, aucune raison ne justifierait le juge saisi de la demande d'exercer son pouvoir discrétionnaire en sa faveur.

Il y a lieu à ce stade d'ouvrir une parenthèse. L'intimé soutient que l'art. 187, tel que libellé depuis le 1^{er} août 1993, permet à l'accusé seulement d'avoir accès au paquet scellé. Les dispositions pertinentes du nouveau libellé sont les suivantes:

187. . . .

(1.2) Le paquet scellé peut être ouvert et son contenu retiré pour qu'il soit traité d'une nouvelle demande d'autorisation ou d'une demande de renouvellement d'une autorisation.

(1.3) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent.

(1.4) S'il a compétence dans la province où l'autorisation a été donnée, le juge ou le juge de la cour provinciale devant lequel doit se tenir le procès peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent si les conditions suivantes sont réunies:

(a) any matter relevant to the authorization or any evidence obtained pursuant to the authorization is in issue in the trial; and

(b) the accused applies for such an order for the purpose of consulting the documents to prepare for trial.

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents pursuant to subsection (1.3) or (1.4), the judge shall not, notwithstanding those subsections, provide any copy of any document to the accused until the prosecutor has deleted any part of the copy of the document that the prosecutor believes would be prejudicial to the public interest, including any part that the prosecutor believes could

(a) compromise the identity of any confidential informant;

(b) compromise the nature and extent of ongoing investigations;

(c) endanger persons engaged in particular intelligence-gathering techniques and thereby prejudice future investigations in which similar techniques would be used; or

(d) prejudice the interests of innocent persons.

(5) After the prosecutor has deleted the parts of the copy of the document to be given to the accused under subsection (4), the accused shall be provided with an edited copy of the document.

(6) After the accused has received an edited copy of a document, the prosecutor shall keep a copy of the original document, and an edited copy of the document and the original document shall be returned to the packet and the packet resealed.

(7) An accused to whom an edited copy of a document has been provided pursuant to subsection (5) may request that the judge before whom the trial is to be held order that any part of the document deleted by the prosecutor be made available to the accused, and the judge shall order that a copy of any part that, in the opinion of the judge, is required in order for the accused to make full answer and defence and for which the provision of a judicial summary would not be sufficient, be made available to the accused.

a) une question en litige concerne l'autorisation ou les éléments de preuve obtenus grâce à celle-ci;

b) le prévenu fait une demande à cet effet afin de consulter les documents pour sa préparation au procès.

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents conformément aux paragraphes (1.3) ou (1.4), le juge ne peut, par dérogation à ces paragraphes, remettre une copie des documents au prévenu qu'après que le poursuivant a supprimé toute partie des copies qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l'intérêt public, notamment si le poursuivant croit, selon le cas, que cette partie:

a) pourrait compromettre la confidentialité de l'identité d'un informateur;

b) pourrait compromettre la nature et l'étendue des enquêtes en cours;

c) pourrait mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements et compromettre ainsi la tenue d'enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées;

d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

(5) Une copie des documents, après avoir été ainsi révisée par le poursuivant, est remise au prévenu.

(6) Une fois que le prévenu a reçu la copie, l'original est remplacé dans le paquet, qui est scellé, et le poursuivant conserve une copie révisée des documents et une copie de l'original.

(7) Le prévenu à qui une copie révisée a été remise peut demander au juge devant lequel se tient le procès de rendre une ordonnance lui permettant de prendre connaissance de toute partie supprimée par le poursuivant; le juge accède à la demande si, à son avis, la partie ainsi supprimée est nécessaire pour permettre au prévenu de présenter une réponse et défense pleine et entière lorsqu'un résumé judiciaire serait insuffisant.

According to the respondent, the references to the "judge before whom the trial is to be held", the

D'après l'intimé, les références aux expressions «juge [. . .] devant lequel doit se tenir le procès»,

“accused” and “[w]here a prosecution has been commenced”, as well as the rest of the provision, indicate that Parliament must have intended to limit access to the sealed packet to accused targets. This argument has only a very indirect impact on the outcome of this appeal, since, as stated earlier, the former s. 187 of the *Criminal Code* applies to this case and not the new provision, as the respondent suggested. In any event, the respondent’s interpretation cannot be accepted in our view.

The 1993 amendments to s. 187 of the *Code* were made by Parliament in response to certain judgments rendered by this Court beginning in 1990, which clarified the scope of an accused’s right to the sealed packet in light of the new *Charter* requirements. In making the amendments, Parliament chose to impose a legislative framework on the exercise of judicial discretion, which, as we have seen, was not previously limited by the legislation in any way. However, Parliament did so only with respect to applications for access made by accused targets, while opting to allow the judicial discretion conferred by the legislation with respect to applications by other persons. Based on a comparative analysis of the old and new wordings, we have no doubt that this was Parliament’s intention.

There is no substantive difference between the first subsection of each provision. The counterpart of subpara. (1)(a)(i) of the former version is subs. (1.2) of the new version. Paragraph (1)(b) of the former version corresponds to subs. (1.5) of the new section. Subsection (2) of the former provision corresponds to subs. (2) and (3) of the new version. There is no substantive difference between subs. (1.3) of the new section and subpara. (1)(a)(ii) of the former version. Both refer to the order that may be made by a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 552, although the new provision also allows a provincial court judge to make the order in question. The provisions that are actually new are therefore subs. (1.4) and (4) to (7). It is perfectly

«prévenu» («*accused*») et «cas où une poursuite a été intentée», de même que le reste de la disposition, indiquent que le législateur n’a pu avoir d’autre intention que de limiter l’accès au contenu du paquet scellé aux seules cibles qui ont été accusées. Cet argument n’a qu’une incidence fort indirecte quant à l’issue du présent pourvoi, puisque, comme nous l’avons mentionné, c’est l’ancien art. 187 du *Code criminel* qui s’applique en l’espèce, et non la nouvelle disposition comme le laissait entendre l’intimé. Quoi qu’il en soit, l’interprétation de l’intimé ne peut, à notre avis, être retenue.

Les modifications à l’art. 187 du *Code* ont été apportées par le législateur en 1993 en réponse à certains arrêts rendus par notre Cour à partir de 1990 qui précisaient l’étendue du droit d’un accusé au paquet scellé eu égard aux exigences nouvellement posées par la *Charte*. Ce faisant, le législateur a choisi d’encadrer législativement l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui n’était auparavant, nous l’avons vu, aucunement limité par la loi. Cependant, le législateur ne l’a fait qu’à l’égard de demandes d’accès présentées par des cibles accusées tout en choisissant de laisser intact le caractère illimité du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par la loi à l’égard de demandes présentées par d’autres personnes. Une analyse comparative de l’ancien et du nouveau libellé ne laissent aucun doute dans notre esprit quant à l’intention du législateur.

Le premier paragraphe de chacune des dispositions ne diffère aucunement quant au fond. Le sous-alinéa (1)a(i) de l’ancienne version a son pendant au par. (1.2) de la nouvelle version. L’alinéa (1)b de l’ancienne version correspond au par. (1.5) du nouvel article. Le paragraphe (2) de l’ancienne disposition correspond aux par. (2) et (3) de la nouvelle version. Il n’existe aucune différence de fond entre le par. (1.3) du nouvel article et le sous-al. (1)a(ii) de l’ancienne version. Les deux font référence à l’ordonnance que peut rendre un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l’art. 552, sauf quant à l’ajout fait à la nouvelle disposition permettant également à un juge d’une cour provinciale de prononcer l’ordonnance en question. Les dispositions

evident that through these provisions, Parliament intended, in response to the *Charter* requirements as interpreted in *Dersch, supra*, and *Garofoli, supra*, to guide the exercise of the judicial discretion to allow access to the sealed packet when an application is made by an accused target. It will be recalled that in those decisions, this Court established that not only under s. 8 of the *Charter* but also pursuant to the right to make full answer and defence guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, the accused was entitled to full disclosure of the contents of the sealed packet, subject “only to certain exceptions based upon overriding public interests” (see *Durette, supra*, at p. 495). The references in the new wording to the accused and the criminal process, on which the respondent based his textual argument, may therefore be interpreted differently than he suggested. It seems to us that Parliament instead intended to impose a legislative framework on judicial discretion with respect to applications by accused targets. Such an interpretation would be contrary to that proposed by the respondent, according to which Parliament clearly intended to enact legislation to confine access to accused targets.

véritablement nouvelles sont donc les par. (1.4) et (4) à (7). Or, il saute aux yeux que le Parlement a voulu, par ces dispositions, encadrer l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire de permettre l'accès au contenu du paquet scellé à la suite d'une demande présentée par une cible qui a été accusée, en réponse aux exigences de la *Charte* telles qu'interprétées dans les arrêts *Dersch* et *Garofoli*, précités. Dans ces décisions, rappelons-le, notre Cour a établi que l'accusé avait, non seulement en vertu de l'art. 8 de la *Charte* mais aussi en vertu de son droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, le droit à la divulgation intégrale du contenu du paquet scellé, sous réserve de «seulement quelques exceptions fondées sur des considérations prépondérantes d'intérêt public» (voir *Durette*, précité, à la p. 495). Les références à la personne qui a fait l'objet d'accusations ou au processus pénal dans la nouvelle formulation, sur lesquelles l'intimé fonde son argument de texte, peuvent donc s'interpréter autrement que de la manière proposée par ce dernier. Le législateur nous paraît plutôt avoir voulu fixer un cadre législatif au pouvoir discrétionnaire du juge à l'égard de demandes présentées par des cibles qui ont été accusées. Une telle interprétation irait à l'encontre de celle proposée par l'intimé, suivant laquelle le législateur a voulu carrément restreindre législativement l'accès aux seules cibles qui ont été accusées.

92

The immediate legislative context conflicts with the respondent's suggested interpretation. The first objection is Parliament's reference in subs. (4) of the new s. 187 of the *Code* to situations in which an application is made by an accused after a prosecution has been commenced:

(4) Where a prosecution has been commenced and an accused applies for an order for the copying and examination of documents. . . .

There would be absolutely no need for such a reference if the judge's discretion to grant access to the sealed packet could be exercised only in respect of applications made by accused targets. We are all the more convinced of this in light of the fact that subs. (4) is part of the 1993 amendments and that Parliament had the opportunity to

Une étude du contexte législatif immédiat s'oppose à l'interprétation proposée par l'intimé. On peut d'abord y opposer la référence faite par le législateur au par. (4) du nouvel art. 187 du *Code* aux situations où une demande est présentée par le prévenu et où une poursuite a été intentée:

(4) Dans le cas où une poursuite a été intentée et que le prévenu demande une ordonnance pour copie et examen des documents . . .

Une telle mention serait tout à fait inutile si le pouvoir discrétionnaire du juge de permettre l'accès au contenu du paquet scellé ne pouvait être exercé qu'à l'égard de demandes formulées par une cible qui a été accusée. Nous sommes d'autant plus convaincus que le par. (4) fait partie des modifications de 1993 et que le législateur avait l'occasion de

provide explicitly that only accused persons could have access to the sealed packet if it disagreed with the suggestions in *Dersch, supra*, about the possibility of a non-accused target being given such access. It did not do so.

A second consideration makes it clear to us that our conclusion is valid. As we explained earlier, the counterpart of subpara. (1)(a)(ii) of the former version of s. 187 of the *Criminal Code* — the legislative source of the judicial discretion to grant access to the sealed packet — is s. 187(1.3) of the new provision. To it, Parliament added subs. (1.4), which in our opinion became the legislative source of the judicial discretion to grant access to the sealed packet when the application is made by an accused target. In that subsection, Parliament saw fit to follow this Court's recommendation in *Dersch, supra*, that it was preferable in such circumstances for the application to be made to the trial judge. The majority stated the following (at p. 1517):

The application to open the sealed packet must be made in accordance with s. 178.14(1)(a)(ii). In some cases, the designated judge will not be the trial judge. It would be preferable to have the application before the trial judge and when the trial is before a judge referred to in s. 178.14(1)(a)(ii), the application should be to the trial judge. If not, the motion judge should simply make the order and refer the matter for editing (if necessary) and further disposition to the trial judge. The propriety of so doing is discussed in my reasons in *Garofoli*. It is to be hoped that this additional proceeding, which adds to the cost of litigation and serves no important purpose, will be eliminated by legislative amendment to enable the application in all cases to be made to the trial judge. No problem is presented in this case as the trial judge is a judge referred to in the section.

Clearly, there would be no need for subs. (1.3) if, as the respondent argued, only an accused target could have access to the sealed packet.

restreindre explicitement l'accès aux seules personnes qui avaient été accusées dans l'éventualité où il était en désaccord avec la possibilité évoquée dans *Dersch*, précité, qu'une cible non accusée puisse se voir permettre l'accès au contenu du paquet scellé. Or, il ne l'a pas fait.

Une seconde considération nous convainc du bien-fondé de notre conclusion. Comme nous l'avons expliqué, le sous-al. (1)a)(ii) de l'ancienne version de l'art. 187 du *Code criminel* — source législative du pouvoir discrétionnaire du juge de permettre l'accès au contenu du paquet scellé — trouve son pendant au par. 187(1.3) de la nouvelle disposition. Or, le législateur y a ajouté le par. (1.4), qui devient à nos yeux la source législative du pouvoir discrétionnaire du juge de permettre l'accès au contenu du paquet scellé lorsque la demande provient d'une cible qui a été accusée. À ce paragraphe, le législateur a cru bon de suivre la recommandation formulée par notre Cour dans *Dersch*, précité, suivant laquelle il était préférable que, dans de telles circonstances, la demande soit présentée au juge du procès. La majorité s'exprimait ainsi (à la p. 1517):

La demande d'ouverture du paquet scellé doit être faite en conformité avec le sous-al. 178.14(1)a)(ii). Dans certains cas, le juge désigné ne sera pas le juge du procès. Il serait préférable que la demande soit présentée au juge du procès et, lorsque le procès est présidé par un juge mentionné au sous-al. 178.14(1)a)(ii), la demande devrait être présentée au juge du procès. Sinon, le juge des requêtes devrait simplement rendre une ordonnance renvoyant l'affaire au juge du procès pour révision des textes (le cas échéant) et autres directives. Le bien-fondé de cette démarche est analysé dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*. Il est à souhaiter que cette procédure supplémentaire, qui ajoute aux frais de justice et ne sert aucune fin importante, sera éliminée par une modification législative qui permettra que la demande soit, dans tous les cas, présentée au juge du procès. Il n'y a aucun problème en l'espèce car le juge du procès est un juge mentionné dans le sous-alinéa.

De toute évidence, le par. (1.3) n'aurait aucune utilité si, comme l'intimé le soutient, seule une cible qui a été accusée pouvait avoir accès au contenu du paquet scellé.

94

We therefore conclude that the legislation does not limit access to the sealed packet to accused targets according to the wording of either the former or the new provision. Deciding whether a non-accused target may be granted access to the sealed packet is therefore within the judicial discretion that Parliament has conferred on the judges who have jurisdiction to deal with this question. The issue of how this discretion should be exercised when the application is made by a non-accused target must now be addressed.

95

Any discretion conferred on the courts by statute must be exercised in accordance with the *Charter*. It is precisely for this reason that in *Dersch, supra*, this Court had to change the rules governing the exercise of discretion by a judge hearing an application by an accused target for access to the sealed packet. Like an accused target, a non-accused target has the right to be secure against unreasonable search or seizure guaranteed to everyone by s. 8 of the *Charter*. Unlike some other *Charter* rights and freedoms, s. 8 applies to everyone. In *Duarte, supra*, this Court found that the interception of an individual's private communications by an agency of the state constitutes a search or seizure under s. 8 of the *Charter*. After analyzing the scheme established by Parliament in the *Criminal Code*, however, this Court decided that an interception duly authorized under those provisions was not "unreasonable" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Furthermore, it was in light of these comments that this Court decided in *Dersch* that s. 8 of the *Charter*, if it was not to be hollow, had to be interpreted as allowing the accused in that case to have access to the sealed packet to determine whether the interception complied with the *Criminal Code* scheme and therefore with s. 8 of the *Charter*. This reasoning can and must apply to a non-accused target. The very wording of s. 8 of the *Charter* does not allow any distinction to be made. Thus, if the right to be secure against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter* gives an accused target a constitutional right of access to the sealed packet, the same must be true for a non-accused target. The scope of the protection con-

Nous concluons donc que, tant en vertu du libellé de l'ancienne que de celui de la nouvelle disposition, la loi ne limite pas l'accès au contenu du paquet scellé aux seules cibles qui ont fait l'objet d'accusations. Décider si une cible qui n'a pas été accusée peut avoir accès au paquet scellé relève du pouvoir discrétionnaire que le législateur a conféré aux juges ayant juridiction pour traiter de cette question. Nous devons maintenant nous pencher sur la question de savoir de quelle manière ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé lorsque la demande est présentée par une cible qui n'a pas été accusée.

Tout pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par la loi doit s'exercer en conformité avec la *Charte*. C'est précisément pour cette raison que, dans *Dersch*, précité, notre Cour a dû modifier les règles encadrant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi d'une demande d'accès au contenu du paquet scellé présentée par une cible qui a été accusée. Or, tout comme une cible qui a été accusée, la cible qui n'a pas été accusée bénéficie de la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que l'art. 8 de la *Charte* garantit à chacun. Contrairement à d'autres droits et libertés garantis par la *Charte*, l'art. 8 s'applique à tous et toutes. Dans l'arrêt *Duarte*, précité, notre Cour a déterminé que l'interception de communications privées d'un particulier par un agent de l'État constituait à son égard une fouille, perquisition ou saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, après avoir analysé le régime mis en place par le législateur au *Code criminel*, notre Cour a décidé qu'une interception dûment autorisée en vertu de ces dispositions n'était pas «abusive» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. C'est d'ailleurs à la lumière de ces propos que notre Cour, dans *Dersch*, a établi que l'art. 8 de la *Charte* devait, pour ne pas être vide de sens, être interprété comme conférant à l'accusé dans cette affaire l'accès au contenu du paquet scellé pour vérifier la conformité de l'interception au régime établi au *Code criminel* et, conséquemment, à l'art. 8 de la *Charte*. Ce raisonnement peut et doit s'appliquer à l'égard d'une cible qui n'a pas été accusée. Le texte même de l'art. 8 de la *Charte* ne permet aucune distinction. Par conséquent, si la protection contre les fouilles, les

ferred on everyone by s. 8 cannot, in this context, vary depending on whether the person who has that protection is or is not an accused.

Finally, it is difficult to impose on a non-accused person the onus of proving the existence of exceptional circumstances — *prima facie* proof that the interception was unlawful — in order to gain access to the sealed packet. In *Dersch, supra*, this Court decided that requiring such proof would deny an accused target his or her right of access, since discharging such a burden would, in practice, be impossible in the vast majority of cases (see pp. 1513-14). The same dilemma exists whether this right of access derives from s. 8 or from the right to test the admissibility of evidence adduced at trial — a component of the right to make full answer and defence. The reasoning is therefore applicable to the right of access arising from either s. 8 or a combination of ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and thus applies to the right of access of both accused and non-accused targets.

Accordingly, because of the constitutional imperatives imposed by s. 8 of the *Charter*, a judge to whom an application for access to the sealed packet is made can exercise his or her discretion judicially only by granting a non-accused target access to the packet, subject to the judge's power to edit the documents in question. Something should now be said about that power.

B. *Scope of a Non-Accused Target's Right of Access to the Sealed Packet*

The law respecting electronic surveillance is the setting for a clash of values that are easily identified and just as distinct: the individual right of citizens to privacy on the one hand and the public interest in the sound administration of justice and

perquisitions et les saisies abusives accordée par l'art. 8 de la *Charte* confère à une cible qui a été accusée le droit constitutionnel d'avoir accès au contenu du paquet scellé, il doit en être de même à l'égard d'une cible qui n'a pas été accusée. L'étendue de la protection accordée à tous par l'art. 8 ne peut fluctuer, dans le présent contexte selon que le bénéficiaire de cette protection est accusé ou n'est pas accusé.

Enfin, on peut difficilement imposer à une personne non accusée le fardeau d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles — une preuve *prima facie* que l'interception était illégale — pour qu'elle puisse avoir accès au contenu du paquet scellé. Dans *Dersch*, précité, notre Cour a décidé qu'exiger une telle preuve revenait à nier à une cible qui a été accusée son droit d'accès puisque satisfaire à un tel fardeau était en pratique impossible dans la grande majorité des cas (voir aux pp. 1513 et 1514). Or, que ce droit d'accès découle de l'art. 8 ou encore du droit de vérifier l'admissibilité des preuves présentées au procès — composante du droit à une défense pleine et entière —, l'impasse demeure. Le raisonnement est ainsi applicable tant au droit d'accès découlant de l'art. 8 qu'à celui découlant d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* et donc autant au droit d'accès d'une cible qui a été accusée qu'à celui d'une cible qui ne l'a pas été.

Donc, en raison des impératifs constitutionnels de l'art. 8 de la *Charte*, le juge saisi d'une demande d'accès au contenu du paquet scellé ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire judiciairement qu'en permettant l'accès au contenu du paquet scellé à une cible qui n'a pas été accusée, sous réserve de son pouvoir de révision, sur lequel il y a maintenant lieu de formuler quelques commentaires.

B. *L'étendue du droit d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée au contenu du paquet scellé*

Le droit relatif à la surveillance électronique est le théâtre d'un conflit de valeurs bien identifiables et tout aussi distinctes: le droit individuel des justiciables à la vie privée, d'une part, et, de l'autre, l'intérêt du public dans la saine administration de

96

97

98

the effective suppression of crime on the other. In this regard, the right of access to the sealed packet is not absolute, even when considered from a constitutional perspective. This was recognized by this Court when it established that the right of access conferred on accused targets both by a combination of ss. 7 and 11(d) and by s. 8 of the *Charter* could be limited when it was in the public interest to do so. Thus, documents in the sealed packet can be edited in accordance with the criteria set out in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C.), at pp. 281-82, and approved in *Garofoli*, *supra*, at p. 1460, and with the procedure outlined in *Garofoli* at p. 1461 (see *Durette*, *supra*, at pp. 492-93).

la justice ainsi que dans la répression efficace de la criminalité. À cet égard, le droit à l'accès au contenu du paquet scellé, même dans sa dimension constitutionnelle, n'est pas absolu. Notre Cour l'a reconnu en établissant que le droit d'accès conféré aux cibles qui ont fait l'objet d'accusations, tant par une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) que de l'art. 8 de la *Charte*, pouvait être limité lorsque des considérations d'intérêt public le justifiaient. Ainsi, les documents contenus dans le paquet scellé peuvent être révisés suivant les critères énumérés dans *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont.), aux pp. 281 et 282, et approuvés dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1460, et conformément à la procédure énoncée dans l'arrêt *Garofoli*, à la p. 1461 (voir *Durette*, précité, aux pp. 492 et 493).

99 A non-accused target's right of access to the sealed packet will be limited by the same policy considerations as that of an accused target. Since such considerations relate to public interests rather than the individual interests of a target seeking access to the sealed packet, they cannot logically vary depending on whether that target is or is not an accused. Since a non-accused target's right does not differ in any way from that of an accused target, the documents in the sealed packet may be edited in accordance with the procedure outlined in *Garofoli*. There is no reason why the procedure should be different depending on whether the applicant is or is not an accused.

Le droit d'accès d'une cible qui n'a pas été accusée au contenu du paquet scellé sera limité par les mêmes considérations d'ordre public que dans le cas d'une cible qui a été accusée. Comme ces considérations ont justement trait aux intérêts du public par opposition aux intérêts individuels d'une cible requérant l'accès au contenu du paquet scellé, elles ne pourront logiquement varier selon que la personne qui le demande est accusée ou ne l'est pas. Comme le droit de la cible non accusée ne diffère aucunement de celle qui a été accusée, les documents contenus dans le paquet scellé pourront être révisés suivant la procédure énoncée dans l'arrêt *Garofoli*. Il n'y a aucune raison que la procédure soit différente selon que le demandeur est accusé ou ne l'est pas.

100 Finally, it should be noted that we do not believe that a non-accused target's right of access to the sealed packet can be narrower in scope than that of an accused target. It was argued in this Court that the position of accused targets was different because of the importance of their constitutional right to make full answer and defence. Such an argument implies that the position of accused targets is viewed differently because their right of access to the sealed packet derives not only from s. 8 of the *Charter* but also from a combination of ss. 7 and 11(d). In other words, accused targets would have more rights in relation to the contents

Enfin, il y a lieu de souligner que nous ne croyons pas que l'étendue du droit d'accès au contenu du paquet scellé d'une cible qui n'a pas été accusée puisse être moindre que celle du droit d'accès d'une cible qui a été accusée. On a soutenu devant notre Cour que la situation de la cible qui a été accusée était différente en raison de l'importance de son droit constitutionnel à une défense pleine et entière. Un tel argument implique que l'on conçoive différemment la situation de la cible qui a été accusée en raison du fait que son droit d'accès au contenu du paquet scellé découle, en plus de l'art. 8 de la *Charte*, d'une combinaison de

of the sealed packet than non-accused targets and, consequently, a broader right of access.

However, such a view is contrary to the conclusion we reached earlier that the right of access is the same whether it derives from s. 8 or from ss. 7 and 11(d). In the former case, the right of access is a necessary component of the right to ensure the lawfulness of a search or seizure under s. 8, which in an electronic surveillance context means ensuring that the interception complies with the *Criminal Code* scheme. In the latter case, the right of access is a necessary component of an accused's right to ensure that the evidence adduced by the Crown at trial is admissible, which in an electronic surveillance context also means ensuring that the interception complies with the *Criminal Code* scheme.

The fact that one person has a right flowing from two constitutional provisions while for another person the same right flows from only one of those two provisions does not necessarily mean that the scope of the former's right is broader. We do not see why that would be the case here. On the contrary, it would seem that the right of access flowing from s. 8 of the *Charter* is in some respects broader, inasmuch as the right flowing from a combination of ss. 7 and 11(d) can entitle an accused to have access to the sealed packet only in relation to communications that the Crown will actually be adducing in evidence against the accused at trial.

C. Access to Tapes and Transcripts

In addition to seeking access to the sealed packet, the appellant is asking for copies of the recordings resulting from the wiretap. In this regard, the appellant seems to believe that the recordings would be in the sealed packet. How-

l'art. 7 et de l'al. 11d). En d'autres mots, la cible qui a été accusée aurait à l'égard du contenu du paquet scellé plus de droits que celle qui ne l'a pas été et, conséquemment, un droit d'accès plus étendu.

Cependant, une telle conception se heurte à la conclusion à laquelle nous sommes parvenus précédemment suivant laquelle le droit d'accès est le même qu'il découle de l'art. 8 ou de l'art. 7 et de l'al. 11d). Le droit d'accès constitue dans un cas une composante nécessaire du droit de s'assurer de la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie selon l'art. 8, ce qui revient, dans un contexte de surveillance électronique, à s'assurer de la conformité de l'interception au régime établi au *Code criminel*. Dans l'autre, le droit d'accès constitue une composante nécessaire du droit d'un accusé de s'assurer de l'admissibilité des preuves présentées au procès par le ministère public, ce qui revient aussi dans un contexte de surveillance électronique, à s'assurer de la conformité de l'interception au régime établi au *Code criminel*.

Or, qu'une personne bénéficie d'un droit découlant de deux dispositions constitutionnelles alors qu'une autre bénéficie du même droit découlant cependant à son égard de seulement l'une de ces deux dispositions n'altère pas nécessairement l'étendue de ce droit en faveur de la première. Nous ne voyons pas pourquoi ce serait le cas en l'espèce. Au contraire, il semblerait que le droit d'accès découlant de l'art. 8 de la *Charte* est en quelque sorte plus étendu, dans la mesure où le droit d'accès découlant d'une combinaison de l'art. 7 et de l'al. 11d) ne permet à un accusé d'avoir accès au contenu d'un paquet scellé que relativement aux communications que le ministère public introduira effectivement en preuve contre l'accusé au procès.

C. L'accès aux bandes magnétiques et aux notes sténographiques

En plus de rechercher l'accès au paquet scellé, l'appelant demande que lui soient remises des copies des enregistrements résultant de l'écoute électronique. À cet égard, l'appelant semble croire que les enregistrements font partie du paquet

ever, s. 187 of the *Criminal Code* clearly states that only “documents relating to an application made pursuant to any provision of this Part . . . shall be placed in a packet and sealed”; this does not include recordings made pursuant to the authorization. Access to the sealed packet therefore does not entail access to the recordings. Nevertheless, since submissions were made by both sides on the issue of access to the recordings, it is appropriate for us to rule on this aspect of the case once the consequences of allowing access to the sealed packet have been clarified.

1. Consequences of an Unlawful Authorization

Once access is granted and the packet is opened by the judge, a copy of its contents — the authorization and the edited affidavit — will be given to the target. The target will then have the necessary information to challenge the authorization’s validity. The target may, for example, seek leave from the judge to cross-examine the affiant on the affidavit. Such leave, which is discretionary, will be granted only if the applicant shows that he or she has “[a] basis . . . for the view that the cross-examination will elicit testimony tending to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization, as for example the existence of reasonable and probable grounds”: *Garofoli, supra*, at p. 1465. See also *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490. The judge should then limit the cross-examination to questions designed to challenge the basis upon which the authorization was granted. Of course, the state — the respondent on the motion — will also have an opportunity to defend the authorization’s validity. This process is no different from the one applicable to an accused target.

If the authorization is declared invalid by the judge after the parties have been heard on the issue, the wiretap carried out pursuant to the authorization will be unlawful under the *Criminal Code*. It will also amount to an unreasonable search or seizure prohibited by s. 8 of the *Charter*, since it will not be authorized by law: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278, and *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1153. Such a violation will give rise to a remedy under s. 24(1).

scellé. Or l’article 187 du *Code criminel* indique bien que seuls «les documents relatifs à une demande faite en application de la présente partie [...] sont placés dans un paquet scellé», ce qui n’inclut pas les enregistrements obtenus en vertu de l’autorisation. L’accès au paquet scellé n’emporte donc pas l’accès aux enregistrements. Néanmoins, puisque la question de l’accès aux enregistrements a fait l’objet de prétentions de part et d’autre, il est approprié que nous nous prononcions sur cet aspect du litige, après avoir précisé les conséquences de l’accès au paquet scellé.

1. Les conséquences d’une autorisation illégale

Une fois l’accès accordé et le paquet ouvert par le juge, une copie de son contenu — soit l’autorisation et l’affidavit révisé — sera remise à la cible. La cible aura alors en main l’information nécessaire pour contester la validité de l’autorisation. Elle pourra par exemple demander au juge la permission de contre-interroger l’auteur de l’affidavit. Une telle autorisation, de nature discrétionnaire, ne sera accordée que si le demandeur démontre qu’il a «des motifs de penser que le contre-interrogatoire apportera un témoignage tendant à réfuter la présence d’une des conditions préalables à l’autorisation, dont par exemple l’existence de motifs raisonnables et probables»: *Garofoli*, précité, à la p. 1465. Voir aussi *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490. Le juge devrait alors limiter le contre-interrogatoire aux seules questions permettant d’attaquer le fondement de l’autorisation. Évidemment, l’État, intimé dans la requête, aura aussi l’occasion de défendre le bien-fondé de l’autorisation. Ce processus ne se distingue aucunement de celui qui s’applique à une cible accusée.

Si, après le débat sur la question, l’autorisation est déclarée invalide par le juge, l’écoute électronique réalisée en vertu de l’autorisation sera par le fait même illégale aux termes du *Code criminel*. De plus, elle équivaudra à une fouille, une perquisition ou une saisie abusive interdite par l’art. 8 de la *Charte*, puisque non autorisée par la loi: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278, et *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1153. Cette violation donnera ouverture à une demande de réparation en vertu du par. 24(1).

In the case at bar, the appellant is seeking copies of the recordings. In his motion in the Superior Court for access to the sealed packet — the Superior Court's decision is the subject of this appeal — he sought those copies as a remedy for the alleged violation of his constitutional rights. Clearly, it would be premature to rule on whether such an order should be made. The appellant's motion is directed only at obtaining access to the documents needed to show that the wiretap of which he was the target infringed his constitutional rights. Since such an infringement has not yet been shown, the appellant is not entitled to any remedy at this stage of the proceedings.

We would nevertheless like to note that the general principle of confidentiality applicable to wiretaps ceases to take precedence when the state fails to meet the strict conditions that ensure the wiretap complies with the *Charter*, as set out by this Court in *Duarte*. In such circumstances, we feel that it would be appropriate and fair to grant access to the recordings either as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* for violation of the target's rights or to enable the target to prove the extent of the damage suffered in order to support an application for damages. Once the target shows to the court's satisfaction that the wiretap was unauthorized, he or she should be given access to any communications unlawfully intercepted by the state, by way of access to the recordings themselves, to transcripts or to any other equivalent source. Such access would, of course, be limited to conversations in which the target took part. Moreover, the state should be required to destroy any trace of such unlawful interceptions in its possession.

2. Access to Recordings to Determine the Lawfulness of the Wiretap

What happens if the court finds that the authorization fully complied with the provisions of the *Criminal Code* and that the appellant's arguments based on the contents of the sealed packet do not disclose any other cause of unlawfulness? The constitutionality of the wiretap could still be chal-

En l'espèce, l'appellant demande des copies des enregistrements. Dans sa requête d'accès au paquet scellé devant la Cour supérieure, dont la décision est en appel devant notre Cour, les copies des enregistrements étaient demandées en réparation de la prétendue violation des droits constitutionnels de l'appellant. De toute évidence, il serait prématuré de se prononcer sur l'opportunité d'une telle ordonnance. La requête de l'appellant ne vise que l'accès aux documents nécessaires pour établir que l'écoute électronique dont il a été la cible a porté atteinte à ses droits constitutionnels. Cette atteinte n'ayant pas encore été démontrée, aucune réparation n'est due à l'appellant à ce stade des procédures.

Nous tenons tout de même à préciser que le principe général de confidentialité applicable à l'écoute électronique n'a plus préséance lorsque l'État ne respecte pas les conditions strictes de l'écoute électronique qui la rendent conforme à la *Charte*, selon l'arrêt *Duarte* de notre Cour. Dans ces circonstances, nous considérons qu'il serait convenable et juste d'accorder l'accès aux enregistrements soit en réparation de la violation des droits de la cible, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, soit pour permettre à la cible de faire la preuve de l'étendue du préjudice subi en vue d'appuyer une demande de dommages-intérêts. Ayant démontré, à la satisfaction du tribunal, que l'écoute a été faite sans autorisation, la cible devrait avoir accès à toute communication illégalement interceptée par l'État, que ce soit par voie d'accès aux enregistrements eux-mêmes, à des transcriptions ou à toute autre source équivalente. Cet accès serait évidemment limité aux seules conversations auxquelles la cible aurait été partie. De plus, l'État devrait être tenu de détruire toute trace de ces interceptions illégales en sa possession.

2. L'accès aux enregistrements pour vérifier la légalité de l'écoute

Qu'en est-il si le tribunal juge que l'autorisation était en tout conforme aux dispositions du *Code criminel* et que les prétentions de l'appellant basées sur le contenu du paquet scellé ne dévoilent aucune autre cause d'illégalité? La constitutionnalité de l'écoute n'en demeurera pas moins vulnérable à

lenged on the ground that it failed to comply with the authorization that the court found to be valid and lawful. Such an interception would be unauthorized and would be just as unconstitutional as an interception made in accordance with an authorization that was later declared invalid. Full protection of the rights guaranteed by s. 8 of the *Charter* then requires a further examination of whether the wiretap complied with the authorization that the judge declared valid. It must now be determined what scope such an examination should have in order to allow the target to ascertain whether the wiretap was valid.

une contestation de sa conformité avec l'autorisation déclarée valide et légale par le tribunal. En effet, l'absence de conformité en ferait alors une interception non autorisée, tout aussi inconstitutionnelle que celle faite conformément à une autorisation subséquemment déclarée invalide. La pleine protection des droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* exige alors un examen additionnel de la conformité de l'écoute avec l'autorisation déclarée valide par le juge. Reste à déterminer la portée que devra avoir cet examen pour permettre à la cible de vérifier la validité de l'écoute.

109 In our view, once an authorization has been declared valid by the court, the rights guaranteed in s. 8 of the *Charter* will be adequately protected if the non-accused target is granted indirect access to the recordings. The strict confidentiality applicable to wiretaps requires that the courts be cautious and exercise restraint when the issue of going beyond the sealed packet arises. While access to the sealed packet is a relatively simple procedure involving only a few documents that may be edited by the court, access to recordings is an entirely different matter. A wiretap may result in dozens or even hundreds of hours of conversation recorded on a number of tapes. Moreover, the tapes may include conversations that did not involve the target, for example where the telephone in question was used by a number of people. The danger of violating the rights of third parties is clear. In such a context, if it can be determined whether the target's constitutional rights were respected without incurring the risks and difficulties associated with direct access to the recordings, it is entirely justified in limiting such access to the minimum necessary to meet the *Charter* requirements.

À notre avis, en présence d'une autorisation déclarée valide par le tribunal, les droits garantis à l'art. 8 de la *Charte* seront suffisamment sauvegardés si on accorde un accès indirect aux enregistrements à la cible qui n'a pas été accusée. La stricte confidentialité entourant l'écoute électronique exige que les tribunaux fassent preuve de prudence et de retenue lorsqu'il est question d'aller au-delà du paquet scellé. Alors que l'accès au contenu du paquet scellé est une procédure relativement simple qui n'implique que quelques documents qui peuvent être révisés par le tribunal, l'accès aux enregistrements est d'un tout autre ordre. En effet, une écoute électronique peut donner lieu à des dizaines, voire des centaines, d'heures de conversation enregistrées sur nombre de cassettes. De plus, les cassettes pourraient inclure des conversations n'impliquant pas la cible si, par exemple, le téléphone en question était utilisé par plusieurs personnes. Le danger d'empiéter sur les droits des tiers est manifeste. Dans ce contexte, si le respect des droits constitutionnels de la cible peut s'évaluer sans encourir les risques et les difficultés associés à l'accès direct aux enregistrements, il est tout à fait justifié de circonscrire cet accès au minimum nécessaire pour satisfaire aux exigences de la *Charte*.

110 The following procedure meets these criteria. The target may ask the court to determine the lawfulness of a wiretap carried out pursuant to a valid authorization. Although a higher threshold for review could be imposed, it would be difficult to justify given that it is impossible for the target to

La procédure suivante répond à ces critères. La cible peut demander que la légalité de l'écoute électronique effectuée en vertu d'une autorisation valide soit examinée par le tribunal. Bien qu'un seuil de révision plus élevé pourrait être imposé, il serait difficile à justifier étant donné l'impossibilité

know what electronic surveillance methods were used by the state.

The target must have the necessary information to determine whether the wiretap complied with the authorization. For this purpose, the respondent will have to file one or more affidavits prepared by individuals with personal knowledge of the circumstances surrounding the wiretap. The affidavits will have to be precise enough so that it can be determined whether each of the conditions set out in the authorization was met. The affiant can, of course, refer to certain relevant documents that will themselves be filed in support of the affidavit. A copy of the affidavits and related documents will be provided to the target.

Armed with this information, the target will be able to make submissions to show that the wiretap was not carried out in accordance with the authorization and that his or her rights were therefore violated. As when determining whether the authorization was lawful, as described above, the judge may grant the target leave to cross-examine the affiant or affiants if the conditions set out in *Garofoli* (with the necessary adaptations) are met. The cross-examination itself will have to be conducted in accordance with the criteria established in *Garofoli*. In exceptional cases, the judge may, at his or her discretion, order that the target be given direct access to the recordings, if that is the only possible way to determine the lawfulness of the wiretap. Thus, unless an exception is made, direct access to the recordings will not be granted to a target who is seeking to show the unlawfulness of a wiretap carried out pursuant to a valid authorization.

If the court declares after these submissions that the wiretap is unlawful because it did not comply with the authorization, the target may then be granted access to the recordings, as in the case of an unlawful authorization. Access will, of course, be limited to unlawful interceptions to which the target was a party.

In mapping out this procedure, we must address a practical aspect of wiretapping that does not

pour la cible de connaître les méthodes de surveillance électronique utilisées par l'État.

Pour permettre à la cible de vérifier la conformité de l'écoute avec l'autorisation, elle devra posséder les renseignements nécessaires. Pour ce faire, un ou plusieurs affidavits, préparés par les personnes ayant une connaissance personnelle des circonstances de l'écoute en question devront être déposés par l'intimé. Ces affidavits devront être suffisamment précis pour permettre de vérifier si chacune des conditions énumérées dans l'autorisation a été respectée. L'auteur de l'affidavit pourra évidemment faire référence à certains documents pertinents qui seront eux-mêmes déposés à l'appui de l'affidavit. Une copie de ces affidavits et des documents y afférents seront remis à la cible.

Armée de ces renseignements, la cible sera en mesure de contester la conformité de l'écoute avec l'autorisation et ainsi de faire valoir la violation de ses droits. Tout comme dans le cadre de la vérification de la légalité de l'autorisation, décrit ci-dessus, le juge pourra accorder la permission à la cible de contre-interroger le ou les auteurs des affidavits, si les conditions précisées dans l'arrêt *Garofoli* (avec les adaptations nécessaires) sont remplies. Le contre-interrogatoire lui-même devra se dérouler conformément aux critères établis dans l'arrêt *Garofoli*. Dans des cas exceptionnels, le juge pourra, à sa discrétion, ordonner l'accès direct de la cible aux enregistrements, si cela s'avère le seul moyen possible de vérifier la légalité de l'écoute. Ainsi, sauf exception, l'accès direct aux enregistrements n'est pas octroyé à la cible qui cherche à démontrer l'illégalité d'une écoute en présence d'une autorisation valide.

Si, après les plaidoiries, le tribunal déclare l'écoute illégale pour cause de non-conformité avec l'autorisation, l'accès aux enregistrements pourra alors être octroyé à la cible, tout comme dans le cas d'une autorisation illégale. Évidemment, l'accès se limitera aux seules interceptions illégales auxquelles la cible était partie.

L'élaboration de cette procédure nécessite que nous nous prononcions sur un aspect pratique de

111

112

113

114

seem to have been provided for by Parliament. There is no provision of general application in the *Criminal Code* stating by what means or for what length of time the recordings resulting from the wiretap are to be kept. There is therefore nothing to prevent the destruction of the recordings once an investigation is completed. (On the contrary, such destruction is required in the specific context of s. 184.1 of the *Criminal Code*.) Although destruction might be justified by the state's obligation of confidentiality in relation to intercepted communications, it could result in the state being immune from any challenge to the wiretap's validity. It would therefore be appropriate to provide that in the absence of any legislative provision in this regard, such recordings should be kept for a sufficient period of time after the notification is sent to the target to enable the target to challenge the wiretap. (See S. A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), at p. 209.) Of course, the duration of this reasonable period may be specified by Parliament following this judgment.

l'écoute électronique qui ne semble pas avoir été prévu par le législateur. En effet, on note l'absence de disposition d'application générale dans le *Code criminel* précisant le mode ou le temps de conservation des enregistrements résultant de l'écoute électronique. Rien donc ne vient empêcher la destruction de ces enregistrements à la clôture d'une enquête. (Au contraire, cette destruction est mandatée dans le contexte particulier de l'art. 184.1 du *Code criminel*.) Même si la destruction se justifierait au vu de l'obligation de confidentialité imposée à l'État pour les communications interceptées, un tel geste risquerait d'empêcher toute contestation de la validité de l'écoute électronique contre l'État. Il serait donc justifié de prévoir qu'en l'absence de disposition législative à cet égard, de tels enregistrements devraient être conservés pour une période de temps suffisante, après l'envoi de l'avis à la cible, pour permettre à celle-ci de contester l'écoute. (Voir, à ce sujet, S. A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), à la p. 209.) Évidemment, la durée de cette période raisonnable pourra être fixée par le législateur après notre jugement.

115 Moreover, a distinction should be drawn between access to recordings for the purpose of challenging the validity of a wiretap, which is assessed in the same manner whether the target is or is not an accused, and access deriving from the accused's right to make full answer and defence. That right is provided for in s. 189(5) of the *Criminal Code*, which states that the prosecution must give the accused notice that it intends to adduce the result of a wiretap in evidence, together with the following information:

(a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting out full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and

(b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

In addition to this statutory right, the prosecution may have broader disclosure obligations where an application for production is made by the accused based on *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

De plus, il y a lieu de distinguer entre l'accès aux enregistrements pour les fins d'une contestation de la validité de l'écoute électronique, qui est apprécié de la même façon qu'il s'agisse d'une cible accusée ou non accusée, et l'accès découlant du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Ce dernier est prévu au par. 189(5) du *Code criminel* qui précise que la poursuite doit aviser l'accusé qu'elle entend présenter en preuve le résultat d'une écoute électronique; cet avis doit être accompagné des détails suivants:

a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix;

b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

En plus de ce droit légal, la poursuite pourrait avoir des obligations de divulgation plus étendues dans le cadre d'une demande de production de l'accusé basée sur *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3

This type of disclosure respects the accused's right to make full answer and defence, a right that obviously cannot be claimed by an accused or non-accused target challenging the lawfulness of a wiretap under s. 8 of the *Charter* in civil proceedings.

In the present case, the appellant is seeking both to gain access to the sealed packet and to obtain copies of the recordings made during the wiretap of which he was the target. However, access to the recordings is not necessary to prove that his s. 8 right was infringed, since such an infringement may result from the unlawfulness of the authorization itself, which can be determined by means of access to the sealed packet. The recordings do not come into play until after the authorization is declared valid, when the issue becomes whether the wiretap complied with the authorization. Even at that stage, however, a non-accused target will only rarely be given access to the recordings, since it is only through affidavits and relevant documents and by cross-examining the affiants that the target will obtain the information needed to challenge the wiretap's validity. With certain exceptions, therefore, the target will not be given access to the recordings to show that his or her constitutional rights were violated.

We do not wish to rule out completely the possibility of a target being given access to wiretap results where a violation of his or her rights has not been shown. However, only proof of serious harm to the target's interests could be the basis for such an application. In any event, it is not necessary for the purposes of this appeal to define in any greater detail the specific circumstances that would justify making such an access order.

We would also like to note that this appeal does not raise the issue of the rights of individuals involved in conversations with the target or of third parties who are neither accused persons nor targets whose communications have been intercepted but who have not been notified under s. 196 of the *Criminal Code*. Nothing we have said should be interpreted as addressing this issue.

R.C.S. 326. Ce genre de divulgation sert à respecter le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, droit auquel ne peut évidemment prétendre une cible accusée ou non accusée qui, dans le cadre de procédures civiles, attaque la légalité de l'écoute électronique en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

En l'espèce, l'appelant cherche à la fois l'accès au paquet scellé et la remise des copies des enregistrements obtenus durant l'écoute électronique dont il a été l'objet. Or, l'accès aux enregistrements n'est pas nécessaire pour prouver l'atteinte au droit garanti par l'art. 8 puisque celle-ci peut découler de l'illégalité de l'autorisation elle-même, vérifiable par voie d'accès au paquet scellé. Les enregistrements n'entrent en jeu qu'à la suite de la déclaration de validité de l'autorisation, lorsqu'il est question de vérifier la conformité de l'écoute avec l'autorisation. Même à ce stade, toutefois, la cible non accusée ne se verra qu'exceptionnellement accorder l'accès aux enregistrements puisque ce n'est que par l'entremise d'affidavits et de documents pertinents et de contre-interrogatoires des auteurs des affidavits qu'elle obtiendra les renseignements nécessaires pour contester la validité de l'écoute. Sauf exception, donc, la cible n'aura pas accès aux enregistrements pour démontrer la violation de ses droits constitutionnels.

Nous ne voudrions pas exclure absolument la possibilité que la cible puisse se voir accorder l'accès aux résultats d'une écoute électronique en l'absence d'une démonstration de la violation de ses droits. Toutefois, seule la preuve d'un préjudice sérieux aux intérêts de la cible pourrait fonder une telle demande. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire, pour les fins de ce pourvoi, de définir plus précisément les circonstances particulières qui justifieraient une telle ordonnance d'accès.

De plus, nous tenons à souligner que ce pourvoi ne soulève pas la question des droits des interlocuteurs de la cible ou d'un tiers non accusé et non ciblé dont la communication a été interceptée mais qui ne reçoit pas d'avis en vertu de l'art. 196 du *Code criminel*. Rien de ce qui précède ne devrait être interprété comme ayant trait à cette question.

116

117

118

119 Lastly, a few remarks should be made about the potential costs of the procedures outlined above. In general, it will be within the discretion of the judge hearing the motion to determine how the costs incurred by the respondent in preparing the documents requested by the court and the other costs relating to the proceedings should be divided between the parties. If the court concludes that the target's rights were indeed violated, however, it would be surprising for the target to be ordered to pay such costs. The same would not be true where the wiretap is found to be completely lawful and consistent with constitutional requirements.

D. *The Appellant's Standing*

120 Finally, the respondent argued in this Court that the settlement of the civil proceedings brought by the appellant had deprived him of the necessary standing to be granted access to the sealed packet. Since we do not know the substance and scope of the agreement entered into on September 30, 1994, we cannot decide this question. It would be more appropriate for it to be left to the discretion of the judge who will deal with the appellant's application for access.

III. Conclusion

121 We are of the opinion that the appeal should be allowed and the matter referred back to the trial court to be decided in accordance with these reasons.

The following are the reasons delivered by

122 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the benefit of my colleagues' reasons. I am in complete agreement with the Chief Justice and the conclusion he reaches. I only wish to add that the rationale underlying the minority opinions in *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, and *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, should also apply *a fortiori* to target who is not an accused.

Appeal allowed.

En dernier lieu, il convient de faire quelques remarques sur les frais que risquent d'entraîner les procédures établies ci-dessus. De façon générale, le juge entendant la requête déterminera à sa discrétion comment les frais engagés par l'intimé pour préparer les documents requis par le tribunal et les autres frais se rapportant aux procédures devront être répartis entre les parties au litige. Toutefois, si le tribunal conclut qu'il y a bel et bien eu violation des droits de la cible, il serait surprenant que celle-ci se voit imposer de tels frais. Il en sera autrement si l'écoute s'avère en tous points légale et conforme aux exigences constitutionnelles.

D. *L'intérêt de l'appelant*

Enfin, l'intimé a soutenu devant notre Cour que le règlement survenu à l'égard de la poursuite civile intentée par l'appellant l'avait dépourvu de l'intérêt nécessaire pour se voir autoriser l'accès au contenu du paquet scellé. Comme nous ignorons la substance et la portée de l'entente intervenue le 30 septembre 1994, nous ne pouvons nous prononcer sur cette question. Il serait plus approprié qu'elle soit laissée à la discrétion du juge qui sera appelé à traiter de la demande d'accès de l'appellant.

III. Conclusion

Nous sommes d'avis que l'appel devrait être accueilli et le dossier renvoyé en première instance pour que le litige soit tranché conformément aux présents motifs.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je suis tout à fait d'accord avec le Juge en chef et avec sa conclusion. Je désire seulement ajouter que le raisonnement qui sous-tend les opinions de la minorité dans les arrêts *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, et *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, devrait s'appliquer *a fortiori* à une cible qui n'est pas un accusé.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant: Desrosiers, Groulx, Turcotte, Latulippe, Marchand, Montréal.

Solicitor for the respondent: Stella Gabbino, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'appelant: Desrosiers, Groulx, Turcotte, Latulippe, Marchand, Montréal.

Procureur de l'intimé: Stella Gabbino, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.