

**Jean-Claude Garofoli** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GAROFOLI

File No.: 21099.

1989: October 3, 4; 1990: November 22.

Present: Dickson C.J.\* and Lamer C.J.\*\* and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Validity of wiretap authorizations — Grounds for challenging authorizations and appropriate remedies — Protection of identity of informers — Editing of affidavits — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1.*

*Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Relationship between s. 178.16 of Criminal Code and s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Interception of private communications — Judge failing to include minimization clause in wiretap authorizations — Whether authorizations violate s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

Appellant was charged with conspiring to import a narcotic. The evidence against him was derived largely from private communications intercepted pursuant to wiretap authorizations. At the conclusion of a *voir dire* to determine the admissibility of the intercepted communications, the trial judge refused to order the opening of the sealed packets containing the affidavits upon which the authorizations were granted and found the wiretap evidence to be admissible. He convicted appellant. Relying on its decision in *Playford*, released after the trial judge's ruling, the Court of Appeal found that appellant was entitled to have access to the sealed packets. The affidavits were edited to protect confidential informants and then released to him. The court found that the editing did not impair counsel's ability to determine the facial validity of the affidavits, that the

**Jean-Claude Garofoli** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. GAROFOLI

Nº du greffe: 21099.

1989: 3, 4 octobre; 1990: 22 novembre.

b

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

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

c

*Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — Validité d'autorisations d'écoute électronique — Motifs de contestation des autorisations et recours appropriés — Protection de l'identité des informateurs — Révision des affidavits — Droit de l'accusé de contre-interroger au sujet des affidavits — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1.*

d

*Droit criminel — Interception de communications privées — Recevabilité de la preuve — Rapports entre l'art. 178.16 du Code criminel et l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.*

e

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Interception de communications privées — Omission du juge d'inclure une clause de minimisation dans les autorisations d'écoute électronique — Les autorisations violent-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

f

L'appelant a été accusé de complot en vue d'importer un stupéfiant. La preuve contre lui provenait en grande partie de communications privées interceptées en vertu d'autorisations d'écoute électronique. À la fin d'un voir-dire sur la recevabilité des communications interceptées, le juge du procès a refusé d'ordonner l'ouverture des paquets scellés contenant les affidavits sur la foi desquels les autorisations avaient été accordées et il a statué que la preuve obtenue par écoute électronique était recevable. Il a déclaré l'appelant coupable. Se fondant sur larrêt *Playford*, qu'elle avait rendu après la décision du juge de première instance, la Cour d'appel a jugé que l'appelant avait droit d'accès aux paquets scellés. Les affidavits ont été révisés pour protéger des informateurs et communiqués à l'appelant. La cour a conclu que la révision ne compromettait pas la capacité de l'avocat

g

à l'appelant de faire valoir ses droits et libertés. La Cour d'appel a donc confirmé la décision du juge de première instance. L'appelant a été condamné à une peine de prison de deux ans et à une amende de 10 000 dollars. Il a été également condamné à verser des dépens au procureur général. L'appelant a été libéré sous caution de 10 000 dollars.

h

Le juge en chef a déclaré que l'appelant avait droit d'accès aux paquets scellés. Les affidavits ont été révisés pour protéger des informateurs et communiqués à l'appelant. La cour a conclu que la révision ne compromettait pas la capacité de l'avocat à l'appelant de faire valoir ses droits et libertés. La Cour d'appel a donc confirmé la décision du juge de première instance. L'appelant a été condamné à une peine de prison de deux ans et à une amende de 10 000 dollars. Il a été également condamné à verser des dépens au procureur général. L'appelant a été libéré sous caution de 10 000 dollars.

\* Chief Justice at the time of hearing.

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

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

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

affidavits set out sufficient indicia of reliability of the informant involved, and that they set out ample facts to meet constitutional requirements for a reasonable search and seizure. Since appellant had not shown that the affiant had made a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth, he was not entitled to cross-examine him. The court concluded that the trial judge's refusal to permit appellant to have access to the affidavits did not result in a miscarriage of justice and upheld the conviction. The main issues on this appeal are whether the accused is entitled to access to the material in the sealed packet; on what terms an accused may challenge an authorization for wiretap; special requirements relating to informants; the procedure for editing affidavits in the sealed packet; whether the accused is entitled to cross-examine on the affidavits; and whether the authorizing judge's failure to include a minimization clause resulted in authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: The Court of Appeal was right to open the sealed packets since the accused is entitled, subject to editing, to have their contents produced in order to enable him to make full answer and defence.

Since wiretaps constitute a search or seizure, the statutory provisions authorizing them must conform to the minimum constitutional requirements demanded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issuing judge must be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been or is being committed, and that the authorization sought will afford evidence of that offence.

The procedures available for challenging a wiretap authorization are: (1) a *Parsons voir dire* before the trial judge to determine whether the authorization is valid on its face, the remedy being exclusion under s. 178.16 of the *Code*; (2) a *Wilson* application before the issuing court to determine the substantive or subfacial validity of the affidavit, the remedy being the setting aside of the authorization; (3) a *Garofoli* hearing before the trial judge to determine whether the authorization complies with s. 8 of the *Charter*, the remedy being a determination of whether the evidence should be exclud-

d'évaluer la validité apparente des affidavits, que les affidavits donnaient suffisamment d'indications de la fiabilité de l'informateur en cause et qu'ils présentaient largement assez de faits pour satisfaire aux exigences constitutionnelles d'une perquisition et d'une saisie raisonnables. Puisque l'appelant n'avait pas démontré que le déposant avait fait volontairement, intentionnellement ou inconsidérément une fausse déclaration, il n'avait pas le droit de le contre-interroger. La cour a conclu que le refus du juge du procès de permettre à l'appelant d'avoir accès aux affidavits ne constituait pas une erreur judiciaire grave et elle a confirmé la déclaration de culpabilité. Les questions principales en l'espèce sont de savoir si l'accusé a droit d'avoir accès aux documents du paquet scellé; de quelle manière un accusé peut contester une autorisation d'écoute; quelles exigences spéciales s'appliquent aux informateurs; quelle procédure s'applique à la révision des affidavits du paquet scellé; si l'accusé a le droit de contre-interroger au sujet des affidavits; et si l'omission du juge qui a accordé l'autorisation d'inclure une clause de minimisation a donné lieu à une perquisition et saisie abusives en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt* (Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

*Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: La Cour d'appel a eu raison d'ouvrir les paquets scellés puisque l'accusé a droit à ce que le paquet soit ouvert et, sous réserve d'une révision, à ce que son contenu soit produit pour lui permettre de préparer une défense pleine et entière.*

Puisque l'écoute électronique constitue une perquisition ou une saisie, les dispositions législatives en vertu desquelles elle est autorisée doivent se conformer aux exigences constitutionnelles minimales de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge qui accorde l'autorisation doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise, ou est en train de l'être, et que l'autorisation demandée fournira des éléments de preuve de la perpétration de cette infraction.

Les procédures auxquelles on peut avoir recours pour contester une autorisation d'écoute électronique sont: (1) un voir-dire de type *Parsons*, devant le juge du procès pour examiner la validité apparente de l'autorisation, la réparation étant l'exclusion en vertu de l'art. 178.16 du *Code*; (2) une demande de type *Wilson* devant le tribunal qui a accordé l'autorisation pour déterminer si l'affidavit est valide quant au fond, la réparation étant l'annulation de l'autorisation; (3) une audience de type *Garofoli* devant le juge du procès pour déterminer si l'autorisation est conforme à l'art. 8 de la

ed under s. 24(2) of the *Charter*; and (4) a *Vanveen* hearing before the trial judge to determine whether the authorization names all "known" persons as required by ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c) of the *Code*, the remedy being exclusion under s. 178.16.

When it is asserted by an accused that a wiretap infringes s. 8 of the *Charter*, the application for review should be made to the trial judge, even though applications to open the sealed packed must be made to a judge designated in s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Code*, who in some cases will not be the trial judge. In determining whether a search is reasonable under s. 8 of the *Charter*, the reviewing judge must determine whether the *Code* requirements have been satisfied, since the statutory conditions are identical to the requirements of s. 8. Whereas *Wilson* precluded a review of the authorizing judge's decision that the statutory conditions had been complied with, unless some ground such as fraud or new evidence was established, the application of s. 8 requires review as a step in determining the reasonableness of the search and seizure. If, based on the record, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he should not interfere. A finding that the interception is unlawful attracts the peremptory language of s. 178.16 and the evidence is inadmissible. Section 24(2) of the *Charter* cannot have the effect of making the evidence admissible even if its admission would not bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, an accused who has invoked s. 24 and established that an interception was unlawfully obtained is entitled to have the evidence excluded under s. 178.16.

Hearsay statements of an informant can provide reasonable and probable grounds to justify a search, but evidence of an informer's tip, by itself, is insufficient to establish reasonable and probable grounds. The reliability of a tip is to be assessed by having regard to the totality of the circumstances. The results of the search cannot, *ex post facto*, provide evidence of the reliability of the information.

The courts clearly have a power to edit derived from the supervising and protecting power they have over their own records. In determining what to edit, the judge will have regard for the rule against disclosure of police informers, subject to the "innocence at stake" exception. The determination in each case will require a balancing of the relevance of the identity of the informer to the

*Charte*, la réparation étant une décision, rendue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, concernant l'exclusion de la preuve; et (4) une audience de type *Vanveen* tenue devant le juge du procès en vue de déterminer si l'autorisation identifie toutes les personnes «connues» comme l'exigent les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c) du *Code*, la réparation étant l'exclusion en vertu de l'art. 178.16.

Quand un accusé soutient que l'écoute électronique enfreint l'art. 8 de la *Charte*, la demande d'examen doit être présentée au juge du procès, même si les demandes d'ouverture du paquet scellé doivent être soumises à un juge désigné à l'al. 178.14(1)a)(ii) du *Code*, qui dans certains cas ne sera pas le juge du procès. Pour déterminer si la perquisition ou fouille est raisonnable en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, le juge qui siège en révision doit déterminer si les dispositions du *Code* ont été respectées; puisque les conditions légales sont identiques aux exigences de l'art. 8. Alors que l'arrêt *Wilson* empêchait la révision de la décision du juge qui a accordé l'autorisation selon laquelle les conditions imposées par la loi avaient été respectées, sauf s'il y avait eu fraude ou découverte de nouveaux éléments de preuve, l'application de l'art. 8 exige de réviser cette décision comme étape de la décision relative au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition et de la saisie. Si, compte tenu du dossier, le juge siégeant en révision conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. La conclusion que l'interception est illégale fait intervenir les termes péremptoires de l'art. 178.16 et la preuve est irrecevable. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne peut avoir l'effet de rendre la preuve recevable même si son utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, un accusé qui invoque l'art. 24 et établit que l'interception a été faite illégalement est fondé à bénéficier des dispositions de l'art. 178.16.

Les déclarations d'informateurs qui sont du oui-dire peuvent fournir des motifs raisonnables et probables justifiant une fouille, mais la preuve d'un renseignement provenant d'un informateur est insuffisante en soi pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables. La fiabilité du renseignement doit être évaluée en fonction de l'ensemble des circonstances. Les résultats d'une fouille ne peuvent *ex post facto* apporter la preuve de la fiabilité des renseignements.

Les cours ont manifestement le pouvoir de réviser les documents en vertu du pouvoir de contrôle et de protection qu'elles possèdent à l'égard de leurs propres dossiers. Pour déterminer ce qu'il doit écarter, le juge tiendra compte de la règle interdisant la divulgation de l'identité des indicateurs de police, sous réserve de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de

accused's case against the prejudice to the informer and to the public interest in law enforcement which disclosure would occasion.

The preconditions for cross-examination of the affiant imposed by the Court of Appeal, based largely on the American case of *Franks v. Delaware*, are too restrictive. This Court has consistently protected the right to cross-examine. The concerns regarding protection of the identity of informers and prolongation of proceedings can be accommodated without such a drastic curtailment of the right. There is no right to cross-examine informers, since they are not witnesses and cannot be identified unless the accused brings himself within the "innocence at stake" exception. Leave to cross-examine should be granted at the discretion of the trial judge, who may impose limitations on its scope, when he is satisfied that cross-examination is necessary to enable the accused to make full answer and defence. The accused must establish a basis for the view that cross-examination will oppugn the existence of one of the preconditions for the authorization.

Appellant has shown a basis for cross-examination here. In view of the degree of reliance by the police on the informer in this case, if the informer is discredited then the factual basis for the authorization is undermined. Since appellant was not permitted to cross-examine the affiant, there should be a new trial.

The failure of the authorizing judge to impose conditions minimizing the interception of irrelevant communications does not result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Charter*. An absolute requirement of live monitoring in all cases would impose too heavy a burden on Canadian law enforcement officials. While a requirement of live monitoring or visual confirmation would generally be appropriate when telephone calls are to be intercepted at public pay telephones, the same considerations do not apply with respect to the private residence of a person named in an authorization unless there are special circumstances calling for live monitoring, and appellant has not satisfied the Court that any special considerations are involved here.

*Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting):* Since the power of a judge to grant a wiretap authorization subject to the preconditions set out in s. 178.13(1) of the *Code* must be exercised in conformity with the *Charter*, the section should be read so as to require that the judge be satisfied that there are reasonable grounds

l'accusé. Dans chaque cas, cette décision exige qu'on soupèse l'importance de l'identité de l'informateur pour la thèse de l'accusé et le préjudice que la divulgation causerait à l'informateur et à l'intérêt public en matière d'application de la loi.

Les conditions préalables au contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit imposée par la Cour d'appel, largement fondées sur l'arrêt américain *Franks v. Delaware*, sont trop restrictives. Notre Cour a pour principe b de maintenir le droit au contre-interrogatoire. On peut tenir compte des préoccupations relatives à la protection de l'identité des informateurs et à la prolongation des procédures sans restreindre le droit si sévèrement. Il n'existe aucun droit de contre-interroger les informateurs puisqu'ils ne sont pas des témoins et ils ne peuvent être identifiés à moins que l'accusé n'invoque l'exception relative à la démonstration de son innocence. Le juge du procès devrait accorder l'autorisation de contre-interroger, conformément au pouvoir discrétionnaire qu'il possède, s'il est convaincu que le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. L'accusé doit démontrer qu'il y a des raisons de penser que le contre-interrogatoire mettra en doute l'existence d'une des conditions préalables à l'autorisation.

e En l'espèce, l'appelant a justifié son droit au contre-interrogatoire. Compte tenu de l'importance donnée par les policiers à l'informateur en l'espèce, si celui-ci est discredited, le fondement factuel de l'autorisation est f vicié. Le contre-interrogatoire ayant été refusé, il doit y avoir un nouveau procès.

g L'omission du juge qui a accordé l'autorisation d'imposer des conditions minimisant l'interception de communications non pertinentes n'a pas donné lieu à une perquisition et à une saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte*. L'obligation d'une surveillance réelle dans tous les cas imposerait un fardeau trop lourd aux responsables de l'application des lois canadiennes. L'imposition d'une surveillance réelle ou visuelle h viendrait d'ordinaire à l'interception des appels de téléphones publics payants, mais les mêmes considérations ne s'appliquent pas à l'égard de la résidence privée de personnes nommées dans une autorisation à moins qu'il existe des circonstances particulières exigeant une surveillance réelle. L'appelant n'a pas convaincu la Cour i qu'il existait des circonstances particulières en l'espèce.

j Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): Puisque le pouvoir que possède un juge d'autoriser l'interception de communications aux conditions fixées par le par. 178.13(1) du *Code* doit être exercé conformément à la *Charter*, il faut voir dans cet article la condition que le juge soit convaincu qu'il y a des motifs

to believe that the specified offence has been or is being committed, and that evidence of the offence will be obtained by the interception sought. Apart from this limitation on a judge's ability to authorize a wiretap, the direct protection for individuals comes from two sources: s. 178.16(1)(a) of the *Code*, which states that to be admissible in evidence an electronic interception must have been "lawfully made", and s. 24(2) of the *Charter*, which provides for the exclusion of evidence where the evidence was obtained in a manner that infringed a *Charter* right and it is established that its admission would bring the administration of justice into disrepute. An accused seeking to exclude evidence of an interception has two remedies: (1) a *Wilson* application to a superior court to set aside the authorization, thereby rendering the interception not "lawfully made" within the terms of s. 178.16(1)(a); and (2) a *Garofoli* application before the trial judge (often a provincial court judge) for exclusion of the intercepted evidence on the ground that it constitutes an unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* and its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2).

The question of whether the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application, who must balance the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. Given the importance of the accused's right to make full answer and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. Here the Court of Appeal held that the packet should have been opened, subject to editing, and the balance in this case mandates that conclusion.

In deciding whether the accused may cross-examine on the affidavit, the judge must again balance the interests of the accused with the public interest in the administration of justice. Given that cross-examination may present greater problems for the administration of justice and less importance, from the point of view of ensuring a fair trial, than does access to the packet, the balance will generally favour denial unless the accused is able to make a preliminary showing establishing the special relevance of the cross-examination. In this case appellant has not established that cross-examination was likely to assist him in presenting a full answer and

raisonnables de croire que l'infraction précisée a été commise ou qu'elle est en train de l'être et que l'interception demandée en fournira une preuve. Outre cette restriction à la capacité d'un juge d'autoriser la surveillance électronique, la protection directe des personnes découlent de deux sources: l'al. 178.16(1)a) du *Code* qui précise que, pour que la communication soit recevable, il faut que l'interception ait été «faite légalement», et le par. 24(2) de la *Charte*, qui prescrit l'exclusion de la preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte* et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Un accusé qui cherche à faire exclure des preuves obtenues par écoute électronique a deux recours: (1) une demande de type *Wilson* à une cour supérieure pour faire annuler l'autorisation, de sorte que l'autorisation n'est plus «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a); et (2) une demande de type *Garofoli* au juge du procès (souvent un juge d'une cour provinciale) pour faire exclure les éléments de preuve pour le motif que leur interception est une fouille ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*.

La question de savoir si le paquet devrait être ouvert relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, qui doit soupeser, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Vu l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu qu'il aurait fallu ouvrir le paquet, sous réserve de la révision de son contenu, et l'évaluation relative des intérêts en jeu impose cette conclusion.

En décidant si l'accusé peut contre-interroger l'auteur de l'affidavit, le juge doit de nouveau soupeser les droits de l'accusé et l'intérêt du public dans l'administration de la justice. Vu que le contre-interrogatoire, par rapport à l'accès au paquet, peut présenter des problèmes plus grands en matière d'administration de la justice et avoir moins d'importance, du point de vue de la tenue d'un procès équitable, la balance penchera généralement en faveur du rejet de la demande à moins que l'accusé puisse prouver au préalable la pertinence particulière du contre-interrogatoire. En l'espèce, l'appelant n'a pas réussi à démontrer que le contre-interrogatoire était

defence, and it posed risks of disclosure of confidential police information and of lengthening the proceedings to no purpose. In these circumstances the balance clearly favours rejection of the right to cross-examine.

## Cases Cited

By Sopinka J.

**Considered:** *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; **not followed:** *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); **referred to:** *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (1983); *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, aff'd [1980] 1 S.C.R. 785 (*sub nom. Charette v. The Queen*); *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *R. v. Debott* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North America (Canadian District)* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, rev'd (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

By McLachlin J. (dissenting)

*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, rev'd (1987),

susceptible de l'aider à présenter une défense pleine et entière et, par ailleurs, le contre-interrogatoire risquait de provoquer la révélation de renseignements policiers confidentiels et de prolonger inutilement les procédures.

*a* Dans ces circonstances, l'évaluation des intérêts en jeu favorise nettement le refus du droit de contre-interroger.

## Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts considérés:** *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; **arrêt non suivi:** *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); **arrêts mentionnés:** *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *c United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (1983); *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, conf. par [1980] 1 R.C.S. 785 (*sub nom. Charette c. La Reine*); *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983); *e R. v. Debott* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1140; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *f g Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North America (Canadian District)* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; *R. c. h Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, inf. (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

*i* Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, inf. (1987), 17 B.C.L.R. (2d)

17 B.C.L.R. (2d) 145; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 24(1), (2).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1973-74, c. 50, s. 2], ss. 178.1 [am. 1976-77, c. 53, s. 7; 1980-81-82-83, c. 125, s. 10; 1984, c. 21, s. 76], 178.11, 178.12 [am. 1976-77, c. 53, s. 8], 178.13 [am. *idem*, s. 9], 178.14 [am. 1985, c. 19, s. 24], 178.16 [am. 1976-77, c. 53, s. 10], 178.17, 178.18, 178.19, 178.2, 178.21, 178.22 [am. 1976-77, c. 53, s. 11.1; 1985, c. 19, s. 27], 178.23 [am. 1976-77, c. 53, s. 12], 431.1 [ad. 1974-75-76, c. 93, s. 39], 577(3), 610(1)(a), (b).

18 U.S.C. §§ 2510-20 (1988).

### Authors Cited

*McCormick on Evidence*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 27 O.A.C. 1, 41 C.C.C. (3d) 97, 64 C.R. (3d) 193, 43 C.R.R. 252, dismissing appellant's appeal from his conviction on a charge of conspiring to import a narcotic. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*Keith E. Wright* and *Marc Rosenberg*, for the appellant.

*J. E. Thompson* and *R. W. Hubbard*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is part of a series of appeals heard together by the Court dealing with various aspects of the law relating to the interception of private communications (hereinafter "wiretaps"). The other cases in the series are *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520. This appeal addresses a number of issues consequent upon the opening of the sealed packet. Principal among them are the grounds for challenges to the validity of authorizations, what is the appropriate editing of wiretap

145; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 24(1), (2).

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [mod. 1973-74, ch. 50, art. 2], art. 178.1 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 7; 1980-81-82-83, ch. 125, art. 10; 1984, ch. 21, art. 76], 178.11, 178.12 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 8], 178.13 [mod. *idem*, art. 9], 178.14 [mod. 1985, ch. 19, art. 24], 178.16 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 10], 178.17, 178.18, 178.19, 178.2, 178.21, 178.22 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 11.1; 1985, ch. 19, art. 27], 178.23 [mod. 1976-77, ch. 53, art. 12], 431.1 [ad. 1974-75-76, ch. 93, art. 39], 577(3), 610(1)(a), (b).

18 U.S.C. §§ 2510 à 2520 (1988).

### Doctrine citée

*McCormick on Evidence*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 27 O.A.C. 1, 41 C.C.C. (3d) 97, 64 C.R. (3d) 193, 43 C.R.R. 252, rejetant l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité sur une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*Keith E. Wright* et *Marc Rosenberg*, pour l'appelant.

*J. E. Thompson* et *R. W. Hubbard*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi s'inscrit dans une série de pourvois que la Cour a entendus ensemble et qui portent sur divers aspects du droit applicable à l'interception de communications privées (ci-après l'«écoute électronique»). Les autres affaires sont les pourvois *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. Le présent pourvoi tranche plusieurs questions découlant de l'ouverture du paquet scellé. Les principales visent les moyens de contestation de la validité des autorisations, la

affidavits, and cross-examination on the affidavit relied on in support of an authorization.

### Facts

The appellant was convicted with four others (Scibetta, Criminisi, Vanderkooy, and Allen) of conspiring to import a narcotic (cocaine). The principal evidence consisted of: (a) intercepted private communications, many of which were between Garofoli in Hamilton and Frank Savasta in Florida; (b) the evidence of Earl Smith, who was employed by Savasta to transport three kilograms of cocaine from Florida to Hamilton in November 1983; (c) the evidence of Biebuyck, as to the purchase by Vanderkooy of a quantity of cocaine in November or December 1983, and the subsequent sale and the delivery of certain of the proceeds to Scibetta; and (d) evidence confirming the presence of Smith in Hamilton in November 1983 and Savasta in Hamilton in January 1984.

The Court of Appeal held that the jury would be warranted in finding the following facts. Garofoli in Hamilton arranged with Savasta in Florida to purchase three kilograms of cocaine. On November 20, 1983, Criminisi and Allen flew to Florida and paid Savasta \$20,000 of a total price of \$61,000 for three kilograms of cocaine. Criminisi rented a car, and the cocaine was placed in its spare tire. Smith and Allen drove the car to Buffalo where Smith was to collect the balance of the purchase price. Smith and Allen registered at a hotel in Buffalo, and were joined by Scibetta. It was decided that Smith would drive the car across the border. After crossing the border, Smith and Allen drove to a hotel in Hamilton where they registered as guests early in the morning of November 23. Later that morning, Criminisi and Scibetta joined them at the hotel. Scibetta removed the spare tire from the rental car's trunk, put it in his car, and drove away. Smith, Criminisi and Allen went to the M & R Auto Body Shop, and met Garofoli and others. The car was stored there, with the Florida licence plates removed.

Smith remained in Hamilton, attempting to collect the balance of the purchase price. Around

révision convenable des affidavits en matière d'écoute électronique et le contre-interrogatoire sur l'affidavit invoqué à l'appui d'une autorisation.

### a Les faits

L'appelant et quatre autres personnes (Scibetta, Criminisi, Vanderkooy et Allen) ont été accusés de complot en vue d'importer un stupéfiant (cocaïne). b Les principaux éléments de preuve étaient les suivants: a) l'interception de communications privées, dont plusieurs entre Garofoli à Hamilton et Frank Savasta en Floride; b) le témoignage d'Earl Smith, embauché par Savasta pour transporter trois kilos c de cocaïne de la Floride à Hamilton en novembre 1983; c) le témoignage de Biebuyck, concernant l'achat d'une quantité de cocaïne par Vanderkooy en novembre ou décembre 1983, sa vente ultérieure et la remise d'une partie des profits à Scibetta; et d) la preuve confirmant la présence de Smith à Hamilton en novembre 1983 et de Savasta en janvier 1984.

La Cour d'appel a décidé que le jury serait e justifié de conclure à l'existence des faits suivants. À Hamilton, Garofoli s'est entendu avec Savasta, en Floride, pour acheter trois kilos de cocaïne. Le 20 novembre 1983, Criminisi et Allen sont allés en Floride en avion et ont versé à Savasta 20 000 \$ du prix total de 61 000 \$ pour trois kilos de cocaïne. Criminisi a loué une voiture et la cocaïne a été placée dans la roue de secours. Smith et Allen se f sont rendus en voiture à Buffalo où Smith devait g recevoir le solde du prix d'achat. Smith et Allen ont pris une chambre d'hôtel à Buffalo et Scibetta est venu les rejoindre. Il a été décidé que Smith traverserait la frontière avec la voiture. Après h avoir passé la frontière, Smith et Allen ont pris une chambre à un hôtel de Hamilton tôt le matin du 23 novembre. Plus tard dans la matinée, Criminisi et Scibetta les ont rejoints à l'hôtel. Scibetta a i retiré la roue de secours du coffre arrière de la voiture louée, l'a mise dans sa voiture et est parti. Smith, Criminisi et Allen sont allés au M & R Auto Body Shop et y ont retrouvé Garofoli et d'autres. Ils ont remisé la voiture à cet endroit et ont retiré les plaques de la Floride.

j Smith est resté à Hamilton pour tenter de percevoir le solde du prix d'achat. Vers le 27 novembre,

November 27 Criminisi paid him a further \$10,000. A few days later, Smith, Criminisi and Allen went to Garofoli's home to discuss the balance. They telephoned Savasta at his office in Florida from a nearby pay telephone. Criminisi spoke first to Savasta. Then Garofoli spoke to Savasta, telling him he could be trusted to pay the balance. While speaking to Savasta, he gave \$4,790 to Criminisi which he gave to Smith. Then Smith spoke to Savasta who told him to return to Florida.

In late November or in early December 1983, Vanderkooy and Biebuyck drove to the M & R Body Shop. Vanderkooy went in, returned with Scibetta, and pointed to his car. Vanderkooy and Biebuyck left, and returned about one half-hour later. Vanderkooy again went into the shop. He returned and drove to Biebuyck's home, where he removed a package containing a kilogram of cocaine from the trunk of his car. The cocaine was divided into one-ounce packages. Most of it was sold, with certain of the proceeds being turned over to Scibetta.

After Smith returned to Florida, there were several telephone calls from Savasta to Garofoli concerning payment of the money. In January 1984 Savasta came to Hamilton where he met with Garofoli.

During the investigation, there were four orders authorizing the interception of the private communications. They were granted September 26, September 29, November 21 and December 30, 1983, by judges of the High Court of Justice of the Supreme Court of Ontario. The evidence of Garofoli's involvement in the conspiracy is derived in large measure from private communications intercepted under these authorizations. These included telephone conversations which ostensibly referred to the importing of various automobiles and jewelry, but which the jury were invited to interpret as referring to cocaine.

At the conclusion of a *voir dire* to determine the admissibility of the intercepted communications,

Criminisi lui a versé 10 000 \$ de plus. Quelques jours plus tard, Smith, Criminisi et Allen sont allés au domicile de Garofoli pour discuter du solde. Ils ont téléphoné au bureau de Savasta en Floride d'une cabine téléphonique voisine. Criminisi s'est d'abord entretenu avec Savasta. Garofoli a ensuite parlé à Savasta, lui disant qu'on pouvait lui faire confiance qu'il paierait le solde. Alors qu'il parlait à Savasta, il a remis 4 790 \$ à Criminisi qui les a remis à Smith. Smith a ensuite parlé à Savasta qui lui a dit de revenir en Floride.

À la fin du mois de novembre ou au début du mois de décembre 1983, Vanderkooy et Biebuyck se sont rendus en voiture au M & R Body Shop. Vanderkooy est entré dans l'établissement, en est sorti avec Scibetta et a montré sa voiture du doigt. Vanderkooy et Biebuyck sont repartis et revenus environ une demi-heure plus tard. Vanderkooy est encore entré dans l'établissement, il en est ressorti et s'est rendu en voiture au domicile de Biebuyck où il a retiré du coffre de sa voiture un paquet contenant un kilo de cocaïne. La cocaïne a été partagée en paquets d'une once chacun. La plupart ont été vendus et une partie des profits a été remise à Scibetta.

Après le retour de Smith en Floride, Savasta a téléphoné plusieurs fois à Garofoli concernant le paiement de la somme. En janvier 1984, Savasta est venu à Hamilton où il a rencontré Garofoli.

Au cours de l'enquête, quatre ordonnances autorisant l'interception de communications privées ont été rendues. Elles ont été accordées les 26 septembre, 29 septembre, 21 novembre et 30 décembre 1983 par des juges de la Haute Cour de justice de la Cour suprême de l'Ontario. La preuve de la participation de Garofoli dans le complot provient en grande partie des communications privées interceptées en vertu de ces autorisations. Il s'agit notamment de conversations téléphoniques au cours desquelles il était ostensiblement question de l'importation de diverses automobiles et de bijoux, qu'on a demandé au jury de considérer comme des références à la cocaïne.

À la fin d'un *voir-dire* sur la recevabilité des communications interceptées, le juge du procès a

the trial judge refused to order the opening of the sealed packets containing the affidavits upon which the orders were obtained and ordered that the wiretap evidence was admissible. The appellant did not appear for the next day of the trial. The trial was adjourned while inquiries were made as to his whereabouts. When it appeared that there was no explanation for his absence, a bench warrant was issued for his arrest. Pursuant to s. 431.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the trial judge made a finding that he had absconded and ordered that the trial continue in his absence. The appellant's counsel was permitted to withdraw at that point.

The appellant appealed to the Court of Appeal of Ontario against his conviction and sentence on numerous grounds. It dismissed the appeal against conviction but allowed the appeal against sentence.

#### Courts Below

*Court of Appeal* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97

Martin J.A., Cory J.A. Concurring

The first ground of appeal considered by the court was whether the trial judge erred in refusing the appellant access to the affidavits upon which the authorizations were granted. The trial judge had held that the appellant had not provided the necessary evidentiary basis for being granted access, nor established that denial of access contravened s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The trial judge's ruling was made before the release of *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142 (Ont. C.A.), which held that an accused is entitled to access to the sealed packet, generally speaking, as of right. The Court of Appeal itself opened the sealed packets, pursuant to s. 610(1)(a) of the *Criminal Code*, to determine whether any substantial miscarriage of justice had occurred. The affidavits were edited as proposed by Crown counsel to protect confidential informants and then released to the appellant.

refusé d'ordonner l'ouverture des paquets scellés contenant les affidavits sur la foi desquels les ordonnances avaient été rendues et il a statué que la preuve obtenue par écoute électronique était recevable. L'appelant n'a pas comparu à l'audience le jour suivant. On a ajourné le procès pour tenter de savoir où il se trouvait. Lorsqu'on a compris qu'aucune explication ne justifiait son absence, le juge saisi de l'affaire a décerné un mandat d'arrestation. Conformément à l'art. 431.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le juge du procès a conclu qu'il s'était esquivé et il a ordonné que le procès se poursuive en son absence. On a permis alors à l'avocat de l'appelant de se retirer du dossier.

L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de la sentence en invoquant de multiples moyens en Cour d'appel de l'Ontario. Celle-ci a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité mais a accueilli l'appel de la sentence.

#### Les décisions des juridictions inférieures

*e La Cour d'appel* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97

Le juge Martin avec l'appui du juge Cory

Le premier moyen d'appel examiné par la cour était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en refusant à l'appelant l'accès aux affidavits en vertu desquels les autorisations avaient été accordées. Le juge du procès avait décidé que l'appelant n'avait pas présenté les éléments de preuve nécessaires pour obtenir un droit d'accès, ni établi que le refus de l'accès contrvenait à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le juge du procès a rendu sa décision avant le dépôt de l'arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142 (C.A. Ont.), qui décidait qu'un accusé peut généralement avoir accès, de plein droit, au paquet scellé. La Cour d'appel a elle-même ouvert les paquets scellés en application de l'al. 610(1)a) du *Code criminel* pour déterminer s'il y avait eu erreur judiciaire grave. Les affidavits ont été révisés comme le demandait le substitut du procureur général pour protéger les informateurs et ont ensuite été remis à l'appelant.

There was inconsistency among the dates contained in the documents for the November 21 authorization. The Court of Appeal, pursuant to s. 610(1)(b) of the *Criminal Code*, heard evidence from Roderick Flaherty, the agent designated by the Solicitor General to apply for the authorization and the commissioner who had sworn the affidavit. Flaherty was cross-examined by the appellant's counsel. The Court of Appeal was satisfied that the inconsistent dates were the result of a clerical error.

Martin J.A. then reviewed the law with respect to the review of orders authorizing the interception of private communications. The Supreme Court of Canada, in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, held that an authorization which has not been set aside is not subject to collateral attack and must receive full effect according to its terms. An authorization may be set aside on the grounds of fraud, material non-disclosure, misleading disclosure or the discovery of new evidence that shows that the actual facts are different from those upon which the authorization was granted. The application to set aside the authorization (a "Wilson application") must be made to the same court, though not necessarily the same judge, that authorized the interceptions. Martin J.A. noted that there is no appeal directly from a ruling on a *Wilson* application. He suggested, however, that a record of a *Wilson* application should be kept, which can be filed before the trial judge. The Crown or the accused could then appeal the *Wilson* ruling on an appeal from acquittal or conviction.

Martin J.A. then examined the effect of the *Charter* on the review of wiretap authorizations. In his view, the *Charter* does not expand the grounds, set out in *Wilson*, upon which an order to set aside an authorization may be based. However, the *Charter* does alter the power of a trial judge to go behind an authorization. If, at the trial, the accused alleges that the authorization constitutes an unreasonable search or seizure and thereby infringes s. 8 of the *Charter*, the trial judge has a

Il y avait une contradiction dans les dates contenues dans les documents relatifs à l'autorisation du 21 novembre. La Cour d'appel, conformément à l'al. 610(1)b) du *Code criminel*, a entendu le témoignage de Roderick Flaherty, le fonctionnaire désigné par le solliciteur général pour demander l'autorisation, et du commissaire à l'assermentation. Flaherty a été contre-interrogé par l'avocat de l'appelant. La Cour d'appel était convaincue que cette contradiction dans les dates résultait d'une erreur d'écriture.

Le juge Martin a ensuite examiné le droit applicable à la révision des ordonnances autorisant l'interception de communications privées. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, a décidé qu'une autorisation qui n'a pas été infirmée ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte, mais doit recevoir son plein effet. Une autorisation peut être annulée s'il y a fraude, non-divulgation importante, déclaration trompeuse ou découverte de nouveaux éléments de preuve qui démontrent que les faits réels sont différents de ceux en vertu desquels l'autorisation a été accordée. La demande d'annulation de l'autorisation (une «demande de type *Wilson*») doit être présentée devant le tribunal qui a autorisé les interceptions, mais pas nécessairement devant le même juge. Le juge Martin a souligné que la décision rendue en vertu d'une demande de type *Wilson* ne peut faire l'objet d'un appel direct. Il a cependant indiqué qu'il y aurait lieu de conserver un dossier concernant la demande de type *Wilson* qui pourrait être produit devant le juge du procès. Le ministère public ou l'accusé pourrait alors porter en appel la décision rendue sur la demande de type *Wilson* dans le cadre d'un appel de l'acquittement ou de la déclaration de culpabilité.

Le juge Martin a ensuite examiné l'effet de la *Charte* sur la révision des autorisations d'écoute électronique. À son avis, la *Charte* n'étend pas les moyens, formulés dans l'arrêt *Wilson*, qui peuvent fonder une ordonnance portant annulation d'une autorisation. Cependant, la *Charte* modifie le pouvoir d'un juge du procès de vérifier le bien fondé de l'autorisation. Si, au procès, l'accusé allègue que l'autorisation constitue une perquisition ou une saisie abusive et contrevient donc à l'art. 8 de la

duty to hear submissions or evidence on this point and to rule on the lawfulness of the interception. The trial judge may not necessarily have the power to set aside the authorization, where, for instance, the conditions outlined in *Wilson* are not met. But he or she may, without setting aside the order, hold that the necessary statutory conditions for the granting of the authorization were not met and that the interception constitutes an unreasonable search and seizure in violation of s. 8.

A finding that the interception constituted an unreasonable search, however, will not necessarily result in the exclusion of the evidence. If the authorization has not been set aside on a *Wilson* application, the evidence can only be excluded if the trial judge decides, under s. 24(2) of the *Charter*, that the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute. Martin J.A. leaves open the issue whether s. 24(1) could be employed to quash an authorization.

Martin J.A. then reviewed American law with respect to applications for orders authorizing electronic surveillance. Under Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1988), a trial judge may suppress the contents of any intercepted wire or oral communication, among other things, on the ground that the communication was unlawfully intercepted. With respect to examining affidavits for conformity with the *Criminal Code* in order to judge the reasonableness of a search and seizure under s. 8 of the *Charter*, he approved of two American cases in particular. First, *United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (S.D.N.Y. 1983), held that an interception order carries a presumption of validity. Deference is given to the determination of the issuing judge by demanding only that a "substantial basis" for finding probable cause existed. Second, *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572 (A.D. 4 Dept. 1986), held that in showing the necessity of electronic surveillance (similar to the requirement in ss. 178.12(1)(g) and 178.13(1)(b)) a common sense approach must be taken whereby eavesdrop-

*Charte*, le juge du procès doit entendre les arguments ou recevoir les éléments de preuve sur ce point et se prononcer sur la légalité de l'interception. Le juge du procès n'a pas nécessairement le pouvoir d'annuler une autorisation lorsque, par exemple, les conditions formulées dans l'arrêt *Wilson* ne sont pas respectées. Mais il peut, sans annuler l'ordonnance, décider que les conditions légales nécessaires pour accorder l'autorisation n'ont pas été respectées et que l'interception constitue une perquisition ou une saisie abusive en violation de l'art. 8.

Toutefois la conclusion que l'interception constitue une perquisition abusive n'aura pas nécessairement pour effet l'exclusion des éléments de preuve. Si l'autorisation n'a pas été annulée par suite d'une demande de type *Wilson*, les éléments de preuve ne peuvent être écartés que si le juge du procès décide, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, que l'utilisation de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Martin ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le par. 24(1) pourrait être invoqué pour annuler une autorisation.

Le juge Martin a ensuite examiné le droit américain en matière de demandes d'autorisation de surveillance électronique. En vertu du titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 à 2520 (1988), un juge du procès peut supprimer le contenu de toute communication électronique ou orale interceptée pour le motif notamment que la communication a été interceptée illégalement. Quant à l'examen de la conformité des affidavits avec le *Code criminel* pour déterminer le caractère raisonnable d'une perquisition et d'une saisie en vertu de l'art. 8 de la *Charte*, il a exprimé son accord sur deux décisions américaines en particulier. Premièrement, l'arrêt *United States v. Tufaro*, 593 F. Supp. 476 (S.D.N.Y. 1983) a décidé qu'une ordonnance d'interception comporte une présomption de validité. On en défère à la décision du juge qui a ordonné l'interception en ce qu'on exige seulement un [TRADUCTION] «fondement solide» à la conclusion qu'il existe un motif probable. Deuxièmement, l'arrêt *People v. Baris*, 500 N.Y.S. 2d 572 (A.D. 4 Dept. 1986), a décidé que, pour démontrer la

ping should not be used routinely as a first investigative step but neither should the police be required to show that it is a last resort.

Martin J.A. also approved of U.S. law with respect to going behind the face of the affidavit to attack the truth of the statements contained in it. The U.S. Supreme Court in *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), held that the Fourth Amendment demands an evidentiary hearing if the accused makes a substantial preliminary showing that a false statement was included by the affiant intentionally or with reckless disregard for the truth and that the false statement is necessary to the finding of probable cause. If at the hearing the allegation of perjury or reckless disregard for the truth is established by a preponderance of evidence, and the remaining content of the affidavit is insufficient to establish probable cause, then the warrant is to be treated as a nullity and the fruits of the search excluded. Martin J.A. noted that the U.S. Supreme Court held that truthfulness in this context is not equivalent to correctness. A warrant can be based on hearsay, statements from informers, etc. The affidavit must only be truthful in the sense that the information put forth is believed or appropriately accepted by the affiant as true.

Applying these conclusions to the facts of the case, Martin J.A. held with respect to the facial sufficiency of the affidavits that: (1) the editing of the affidavits did not impair counsel's ability to assess their content to determine their facial validity; (2) the affidavits set out sufficient indicia of reliability of an informant, whose statements form some of the facts included in the affidavit; and (3) the affidavits set out ample facts to meet constitutional requirements for a reasonable search and seizure.

nécessité de la surveillance électronique (semblable à l'exigence des al. 178.12(1)*g*) et 178.13(1)*b*)), il faut partir du principe, inspiré par le bon sens, que l'écoute de communications privées ne devrait pas devenir une première étape de routine dans les enquêtes de police mais que les policiers ne devraient pas non plus être tenus d'établir qu'il s'agit d'un moyen de dernier ressort.

*b* Le juge Martin s'est également dit d'accord avec le droit américain quant à la vérification de l'affidavit pour contester la véracité des affirmations qu'il contient. La Cour suprême des États-Unis dans *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), a décidé que le Quatrième amendement exige une audition de la preuve si l'accusé apporte une solide démonstration préliminaire que le déposant a fait une fausse déclaration volontairement ou inconsidérément sans aucun égard à la vérité et que cette déclaration était nécessaire pour conclure à l'existence d'un motif probable. Si à l'audition on fait la preuve du parjure ou du caractère inconsidéré de la déclaration, par la prépondérance de la preuve, et que le reste de l'affidavit est insuffisant pour établir un motif probable, le mandat doit alors être jugé nul et les résultats de la recherche doivent être écartés. Le juge Martin a souligné que la Cour suprême des États-Unis a statué que, dans ce contexte, la véracité n'est pas équivalente à l'exactitude. Un mandat peut être fondé sur du oui-dire, des déclarations d'informateurs, etc. L'affidavit doit seulement être véridique en ce sens que le déposant a cru ou a correctement accepté comme vrais les renseignements présentés.

*h* Appliquant ces conclusions aux faits en l'espèce, le juge Martin a décidé quant à la suffisance apparente des affidavits que (1) la révision des affidavits n'avait pas compromis la capacité de l'avocat d'évaluer leur contenu pour se prononcer sur leur validité apparente; (2) les affidavits donnaient suffisamment d'indications de la fiabilité d'un informateur dont les déclarations constituaient certains des faits exposés dans l'affidavit; et (3) les affidavits présentaient largement assez de faits pour satisfaire aux exigences constitutionnelles d'une perquisition et d'une saisie raisonnables.

With respect to the truthfulness of the affidavits, Martin J.A. held that the appellant made no preliminary showing that the affiant knowingly, intentionally, or recklessly made a false statement in his affidavit in support of the authorizations. In his application to cross-examine the affiant, the appellant had attacked the truthfulness of assertions in the affidavits provided by an informant. This will be described below in greater detail. Martin J.A. held that the appellant had not made the requisite showing to justify an evidentiary hearing. Even if the informant was mistaken or had lied, there was no showing that Constable Campbell had made a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth. The appellant therefore was not entitled to cross-examine Constable Campbell.

Martin J.A. therefore concluded that the refusal of the trial judge to permit the appellant to have access to the affidavits did not result in a miscarriage of justice.

Other issues raised by the appellant included an argument that the judge's instructions were insufficient with respect to accepting the evidence of witnesses Smith and Biebuyck. The trial judge noted that they had criminal records which were relevant to assessing their credibility, that they were co-conspirators, and that it would be prudent to look for confirmatory evidence. He later said that their credibility was crucial for the Crown's case, and that while their motivation to testify was self-serving he was of the opinion that they were not lying. He then went on to detail the independent evidence which confirmed much of Smith's testimony.

Martin J.A. concluded that it would have been preferable had the trial judge not baldly stated that in his opinion Smith and Biebuyck were not lying. But, he found that this did not amount to reversible error, in light of the abundance of independent confirmatory evidence.

Another issue raised was whether there had been sufficient proof that the appellant absconded

Quant à la véracité des affidavits, le juge Martin a décidé que l'appelant n'avait aucunement démontré de façon préliminaire que le déposant avait fait volontairement, intentionnellement ou *a* inconsidérément, une fausse déclaration dans son affidavit à l'appui des autorisations. Dans sa demande de contre-interrogatoire du déposant, l'appelant avait contesté dans les affidavits la véracité des déclarations fournies par un informateur. *b* Nous y reviendrons plus en détail ci-après. Le juge Martin a décidé que l'appelant n'avait pas établi les éléments nécessaires pour donner ouverture à enquête. Même si l'informateur avait fait erreur ou menti, rien n'indiquait que l'agent Campbell avait fait une fausse déclaration sciemment et intentionnellement ou inconsidérément sans égard à la vérité. L'appelant n'a donc pu contre-interroger l'agent Campbell.

*d* Le juge Martin a conclu que le refus du juge du procès de permettre à l'appelant d'avoir accès aux affidavits ne constituait pas une erreur judiciaire grave.

*e* Parmi les autres questions soulevées par l'appelant, on trouve l'argument selon lequel les directives du juge étaient insuffisantes quant à l'appréciation du témoignage des témoins Smith et Biebuyck. Le juge du procès a souligné qu'il était pertinent de tenir compte de leur casier judiciaire pour évaluer leur crédibilité, qu'ils étaient coauteurs de complots et qu'il serait prudent d'avoir des éléments de preuve confirmatifs. Il a dit plus tard *g* que leur crédibilité était cruciale à la thèse du ministère public et que même s'ils témoignaient dans leur propre intérêt il était d'avis qu'ils ne mentaient pas. Il a ensuite détaillé les éléments de preuve indépendants qui confirmaient la majeure partie du témoignage de Smith.

*i* Le juge Martin a conclu qu'il aurait été préférable que le juge du procès n'affirme pas catégoriquement qu'à son avis Smith et Biebuyck ne mentaient pas. Mais il a décidé que cela ne constituait pas une erreur donnant lieu à révision compte tenu de l'abondance des éléments de preuve indépendants et confirmatifs.

*j* Une autre question soulevée était de savoir s'il y avait suffisamment de preuve que l'appelant s'était

within the meaning of s. 431.1 of the *Criminal Code*. Martin J.A. held that "absconds" means voluntarily absenting oneself from a trial for the purpose of frustrating a trial or avoiding its consequences. He further held that the trial judge did not misdirect himself in this respect. It was evident that the onus was on the Crown to prove that the appellant had absconded although it was unclear whether this was on a balance of probabilities or reasonable doubt. Martin J.A. held that even assuming the onus was reasonable doubt, there was abundant unchallenged evidence to meet the onus. Martin J.A. noted the significance of the timing of the appellant's disappearance (immediately after the wiretap evidence was held admissible), and that his counsel admitted at sentencing that he had absconded.

Martin J.A. rejected the submission that much of the evidence of absconding was hearsay, and that therefore there was no evidential basis for the trial judge's finding. Citing *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at pp. 743-44, he held that negative results of inquiries such as were conducted in this case are regarded as non-hearsay, and, in any event, there was ample admissible evidence to find that the appellant had absconded. Having properly determined that the appellant had absconded, Martin J.A. held that the trial judge did not err by inviting the jury to draw an adverse inference against the accused. Nor did the trial judge err by exercising his discretion to continue the trial in the absence of the appellant or his counsel, who had properly withdrawn.

I omit Martin J.A.'s discussion of the other nine grounds of appeal.

Finlayson J.A. (Concurring)

Finlayson J.A. added some comments with regard to *Wilson* applications. In his view, *Wilson* adds little to the inherent jurisdiction of a court to

esquivé au sens de l'art. 431.1 du *Code criminel*. Le juge Martin a décidé que s'«esquerir» signifie s'absenter volontairement d'un procès en vue d'en retarder le déroulement ou d'en éviter les conséquences. Il a décidé en outre que le juge du procès ne s'était pas trompé à cet égard. Il était évident qu'il appartenait au ministère public d'établir que l'appelant s'était esquivé bien qu'il n'ait pas été clair s'il fallait en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités ou hors de tout doute raisonnable. Le juge Martin a décidé que, même en supposant qu'il faille en faire la preuve hors de tout doute raisonnable, la preuve non contestée était largement suffisante pour satisfaire à ce critère. Le juge Martin a souligné l'importance du moment précis de la disparition de l'appelant (immédiatement après que la preuve de l'écoute électronique eut été jugée recevable) et le fait que, au moment de la détermination de la peine, son avocat avait reconnu que l'appelant s'était esquivé.

Le juge Martin a rejeté l'argument que la majeure partie de la preuve à cet égard était du oui-dire et qu'il n'y avait donc aucun fondement en preuve à la conclusion du juge du procès. Citant *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1984), aux pp. 743 et 744, il a conclu que les résultats négatifs des enquêtes comme celles menées en l'espèce sont considérés ne pas constituer du oui-dire et que, quoi qu'il en soit, la preuve recevable était largement suffisante pour conclure que l'appelant s'était esquivé. Le juge Martin a décidé que, ayant correctement conclu que l'appelant s'était esquivé, le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en invitant le jury à tirer une conclusion préjudiciable à l'accusé. Le juge du procès n'avait pas commis d'erreur non plus en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour continuer le procès en l'absence de l'appelant ou de son avocat, qui s'était régulièrement retiré du dossier.

Je ne traite pas de l'analyse qu'a faite le juge Martin des neuf autres moyens d'appel.

Le juge Finlayson (souscrivant aux motifs du juge Martin)

Le juge Finlayson a ajouté quelques commentaires sur les demandes de type *Wilson*. À son avis, l'arrêt *Wilson* ajoute peu à la compétence inhé-

review its *ex parte* orders to protect itself from becoming an instrument of fraud or abuse of process. The question, then, is whether it is appropriate to exercise this inherent jurisdiction when an accused person affected by wiretaps has a remedy at trial by reason of ss. 8 and 24(2) of the *Charter*.

In virtually all litigated cases, the only issue of practical concern is the admissibility of intercepted private communications at trial. In the interest of avoiding duplicative judicial supervision and conflicting decisions, the best course is for the motions judge to adjourn a *Wilson* application to the trial judge. The practice in civil cases is to direct the trial of an issue on an application or motion where material facts are controverted. Likewise with wiretaps, the trial is the appropriate forum to hear all matters relating to the interception of private communications, so that these matters can be dealt with fully and with finality.

### Relevant Legislation

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 24(1) and 24(2):

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

rente d'un tribunal de réviser ses ordonnances *ex parte* pour éviter d'être mis au service d'une fraude ou d'un abus de procédures judiciaires. La question est donc de savoir s'il est approprié d'exercer à cette compétence inhérente lorsqu'un accusé visé par les communications interceptées dispose d'une réparation au procès en vertu de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*.

*b* Dans presque tous les litiges, la seule question d'intérêt pratique est la recevabilité au procès des communications privées interceptées. Pour éviter une double révision judiciaire et des décisions contradictoires, il est préférable que le juge qui entend les requêtes renvoie la demande de type *Wilson* au juge du procès. En matière civile, la pratique est d'ordonner enquête et audition de la question dans le cadre d'une requête quand des faits importants sont controversés. De même, en matière d'écoute électronique, le procès est le forum approprié pour l'audition de toutes les questions relatives à l'interception de communications privées, pour que ces questions puissent être pleinement traitées et décidées de façon définitive.

### La législation pertinente

*f* *La Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7 et 8 et par. 24(1) et 24(2):

*g* 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

*h* 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négligence des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

*i* (2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

*Criminal Code*

Part IV.1 of the *Criminal Code* is entitled "Invasion of Privacy". Section 178.1 is the definition section. The definition of "offence" for Part IV.1 is limited to enumerated offences of a serious nature created by the *Criminal Code*, the *Food and Drugs Act*, the *Narcotic Control Act*, the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Bankruptcy Act*, and the *Official Secrets Act*. Also included are offences under the *Criminal Code* which are punishable by five or more years imprisonment, and offences under ss. 3 to 20 of the *Small Loans Act*, for which there are grounds to believe there is a pattern of criminal activity carried on by persons in concert. The relevant *Code* sections read as follows:

**178.11** [now 184] (1) Every one who, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

(2) Subsection (1) does not apply

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

(b) a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or any person who in good faith aids in any way a person whom he has reasonable and probable grounds to believe is acting with any such authorization;

**178.12** [now 185] (1) An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing to a judge of a superior court of criminal jurisdiction, or a judge as defined in section 482 [now 552] and shall be signed by the Attorney General of the province in which the application is made or the Solicitor General of Canada or an agent specially designated in writing for the purposes of this section by

(a) the Solicitor General of Canada personally, if the offence under investigation is one in respect of which proceedings, if any, may be instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on the behalf of the Attorney General of Canada, or

*Le Code criminel*

La partie IV.1 du *Code criminel* s'intitule «Atteintes à la vie privée». L'article 178.1 définit certains termes. Aux fins de la Partie IV.1, la définition du terme «infraction» est restreinte à une liste d'infractions graves prévues par le *Code criminel*, la *Loi sur les aliments et drogues*, la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur la faillite*, et la *Loi sur les secrets officiels*. Sont également visées les infractions prévues au *Code criminel* qui comportent une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus et les infractions prévues aux art. 3 à 20 de la *Loi sur les prêts aux petites entreprises*, lorsqu'il y a des motifs de croire que des activités criminelles d'un type particulier sont pratiquées de concert par des personnes. Les dispositions pertinentes du *Code* sont les suivantes:

**178.11** [maintenant 184] (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

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

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

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

**178.12** [maintenant 185] (1) Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle, ou à un juge défini à l'article 482 [maintenant 552], et être signée par le procureur général de la province où la demande est présentée ou par le solliciteur général du Canada ou par un mandataire spécialement désigné par écrit aux fins du présent article par

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

(b) the Attorney General of a province personally, in respect of any other offence in that province,

and shall be accompanied by an affidavit which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

(c) the facts relied upon to justify the belief that an authorization should be given together with particulars of the offence;

(d) the type of private communication proposed to be intercepted;

(e) the names, addresses and occupations, if known, of all persons, the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence, a general description of the nature and location of the place, if known, at which private communications are proposed to be intercepted and a general description of the manner of interception proposed to be used;

(e.1) [now 185(1)(f)] the number of instances, if any, on which an application has been made under this section in relation to the offence and a person named in the affidavit pursuant to paragraph (e) and on which the application was withdrawn or no authorization was given, the date on which each such application was made and the name of the judge to whom each such application was made;

(f) [now 185(1)(g)] the period for which the authorization is requested; and

(g) whether other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears they are unlikely to succeed or that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

**178.13** [now 186] (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

(a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

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

et il doit y être joint une déclaration assermentée d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être faite sur la foi de renseignements tenus pour vérifiés et indiquant ce qui suit:

c) les faits sur lesquels le déclarant se fonde pour justifier qu'à son avis il y a lieu d'accorder une autorisation, ainsi que les détails relatifs à l'infraction;

d) le genre de communication privée que l'on se propose d'intercepter;

e) les noms, adresses et professions, s'ils sont connus de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction et une description générale de la nature et de la situation du lieu, s'il est connu, où l'on se propose d'intercepter des communications privées et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à cette interception;

e.1) [maintenant 185(1)f] le nombre de cas, s'il y a lieu, où une demande a été faite en vertu du présent article au sujet de l'infraction ou de la personne nommée dans la déclaration assermentée conformément à l'alinéa e) et où la demande a été retirée ou aucune autorisation n'a été accordée, la date de chacune de ces demandes et le nom du juge auquel chacune a été présentée;

f) [maintenant 185(1)g] la période pour laquelle l'autorisation est demandée; et

g) si d'autres méthodes d'enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant donné l'urgence de l'affaire, il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

h

**178.13** [maintenant 186] (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

i) a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et

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

(1.1) [now 186(2)] No authorization may be given to intercept a private communication at the office or residence of a solicitor, or at any other place ordinarily used by a solicitor and by other solicitors for the purpose of consultation with clients, unless the judge to whom the application is made is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the solicitor, any other solicitor practising with him, any person employed by him or any other such solicitor or a member of the solicitor's household has been or is about to become a party to an offence.

(1.2) [now 186(3)] Where an authorization is given in relation to the interception of private communications at a place described in subsection (1.1), the judge by whom the authorization is given shall include therein such terms and conditions as he considers advisable to protect privileged communications between solicitors and clients.

(2) [now 186(4)] An authorization shall

- (a) state the offence in respect of which private communications may be intercepted;
- (b) state the type of private communication that may be intercepted;
- (c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

- (d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest; and

- (e) be valid for the period, not exceeding sixty days, set forth therein.

(2.1) [now 186(5)] The Solicitor General of Canada or the Attorney General, as the case may be, may designate a person or persons who may intercept private communications under authorizations.

Subsections (3) and (4) (now 185(6) and (7)) concern renewals of authorizations.

**178.14** [now 187] (1) All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) or 178.23(3) 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 upon determination of such application, and such packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access

(1.1) [maintenant 186(2)] Le juge auquel est faite une demande d'autorisation en vue d'intercepter des communications privées au bureau ou à la résidence d'un avocat, ou à tout autre endroit qui sert ordinairement à l'avocat ou à d'autres avocats pour la tenue de consultations avec des clients, doit refuser de l'accorder à moins qu'il ne soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'avocat, un autre avocat qui exerce le droit avec lui, un de ses employés, un employé de cet autre avocat ou une personne qui habite sa résidence est partie à l'infraction ou s'apprête à le devenir.

(1.2) [maintenant 186(3)] Le juge qui accorde l'autorisation d'intercepter des communications privées à un endroit décrit au paragraphe (1.1) doit y inclure les modalités qu'il estime opportunes pour protéger les communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client.

d (2) [maintenant 186(4)] Une autorisation doit

- a indiquer l'infraction relativement à laquelle des communications privées pourront être interceptées;
- b indiquer le genre de communication privée qui pourra être interceptée;
- c indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

- d énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public; et

- e) être valide pour la période de soixante jours au plus qui y est indiquée.

(2.1) [maintenant 186(5)] Le solliciteur général du Canada ou le procureur général, selon le cas, peut désigner une ou plusieurs personnes qui pourront intercepter des communications privées aux termes d'autorisations.

Les paragraphes (3) et (4) [maintenant 185(6) et (7)] traitent du renouvellement des autorisations.

**178.14** [maintenant 187] (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou des paragraphes 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être 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 doit être gardé par le

or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the content 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 482; 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.

Section 178.15 (now 188) deals with authorizations granted in emergency situations.

**178.16** [now 189] (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

(a) the interception was lawfully made; or

(b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or magistrate presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute.

(3) Where the judge or magistrate presiding at any proceedings is of the opinion that a private communication that, by virtue of subsection (1), is inadmissible as evidence in the proceedings

(a) is relevant to a matter at issue in the proceedings, and

(b) is inadmissible as evidence therein by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure, not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization

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

a) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est

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

(ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ni

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.

L'article 178.15 [maintenant 188] traite des autorisations accordées en cas d'urgence.

**178.16** [maintenant 189] (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

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

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

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

h) (3) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou magistrat qui préside à une instance quelconque peut déclarer admissible en preuve une communication privée qui serait irrecevable en vertu du paragraphe (1), s'il estime

i) a) qu'elle concerne un des points en litige; et

j) b) que l'irrecevabilité tient non pas au fond mais uniquement à un vice de forme ou de procédure dans

under which such private communication was intercepted,

he may, notwithstanding subsection (1), admit such private communication as evidence in the proceedings.

(3.1) [now 189(4)] A private communication that has been intercepted and that is admissible as evidence may be admitted in any criminal proceeding or in any civil proceeding or other matter whatever respecting which the Parliament of Canada has jurisdiction, whether or not the criminal proceeding or the civil proceeding or other matter relates to the offence specified in the authorization pursuant to which the communication was intercepted.

(4) [now 189(5)] A private communication that has been lawfully intercepted shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of his intention together with

(a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting forth 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.

(5) [now 189(6)] Any information obtained by an interception that, but for the interception would have been privileged, remains privileged and inadmissible as evidence without the consent of the person enjoying the privilege.

Section 178.17 (now 190) provides that a judge of the court in which a trial is being or is to be held may order further particulars of the private communication intended to be adduced. Section 178.18 (now 191) creates an offence for possessing, selling, or purchasing a device which is primarily useful for surreptitious interception of private communications, and creates exceptions for use of such devices in law enforcement. Section 178.19 (now 192) provides for the forfeiture of the interception devices in addition to any punishment imposed for a conviction under ss. 178.11 or 178.18. Section 178.2 (now 192) creates an offence for the wilful use or disclosure of contents of intercepted communications without the consent of the originator or the intended receiver, except in specified situations in legal proceedings and law

la demande d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet.

a (3.1) [maintenant 189(4)] Les communications privées qui ont été interceptées et qui sont admissibles en preuve peuvent être admises dans toutes procédures civiles ou criminelles ou dans toute autre affaire qui relève de la compétence du Parlement du Canada que b ces procédures ou affaires soient reliées ou non à l'infraction décrite dans l'autorisation qui a donné lieu à l'interception.

(4) [maintenant 189(5)] Une communication privée c qui a été légalement interceptée ne doit être admise en preuve que si la partie qui a l'intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné

d 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; et

e 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.

(5) [maintenant 189(6)] Tout renseignement obtenu par une interception et pour lequel, si ce n'était l'interception, il y aurait eu exemption de communication, demeure couvert par cette exemption et n'est pas admissible en preuve sans le consentement de la personne jouissant de l'exemption.

L'article 178.17 [maintenant 190] prévoit qu'un g juge du tribunal devant lequel se tient ou doit se tenir le procès peut ordonner que des détails complémentaires soient fournis de la communication privée à mettre en preuve. L'article 178.18 [maintenant 191] prévoit que quiconque possède, vend ou achète un dispositif principalement utile à l'interception clandestine de communications privées h est coupable d'une infraction, et prévoit des exceptions i à l'utilisation de ces dispositifs en matière d'application de la loi. L'article 178.19 [maintenant 192] prévoit la confiscation du dispositif d'interception en plus de toute peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité en vertu des art. 178.11 ou 178.18. L'article 178.2 [maintenant 192] prévoit que l'utilisation ou la divulgation volontaire du contenu des communications inter-

enforcement. Section 178.21 (now 194) empowers a court to exact punitive damages, upon application of the person aggrieved, from a person convicted under s. 178.11 or 178.2. Section 178.22 provides that the Solicitor General of Canada shall prepare each year a statistical report of authorizations obtained for the year. Section 178.23 (now 196) sets out notice requirements above and beyond s. 178.16(4), such that after a certain period after an authorization or renewal is granted or after an investigation is over, persons subject to interception are informed of the interception of their private communications.

ceptées sans le consentement de l'auteur ou de la personne à qui l'auteur les destinait constitue une infraction, sauf dans des situations précises en matière de procédure judiciaire et d'application de la loi. L'article 178.21 [maintenant 194] permet au tribunal qui a déclaré un accusé coupable en vertu des art. 178.11 ou 178.2 de payer des dommages-intérêts punitifs à la personne lésée qui en fait la demande. L'article 178.22 prévoit que le solliciteur général du Canada établit chaque année un rapport statistique des autorisations obtenues pour l'année. L'article 178.23 [maintenant 196] établit des exigences en matière d'avis qui s'ajoutent à celles du par. 178.16(4), de sorte qu'à l'intérieur d'une certaine période qui suit celle pour laquelle l'autorisation a été donnée ou renouvelée ou après qu'une enquête est terminée, les personnes dont les communications privées ont été interceptées sont avisées de cette interception.

### Points in Issue

The appellant lists 12 points in issue but they may be summarized as follows:

1. What is the entitlement of an accused person to the sealed packet?
2. Upon what grounds may an accused challenge an authorization for wiretap and before what court?
3. What remedy is appropriate?
4. What special requirements apply when information from informants is relied on to obtain an authorization? *g*
5. What principles and procedures apply to the editing of the contents of the sealed packet? *h*
6. Is the accused entitled to cross-examination on the affidavit filed with the authorizing judge? *i*
7. Did the failure of the authorizing judge to include a minimization clause result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the *Charter*? *j*

### Les questions en litige

L'appelant formule 12 questions mais elles peuvent être résumées de la façon suivante:

1. Quels sont les droits d'un accusé à l'égard du paquet scellé?
2. Quels moyens un accusé peut-il invoquer pour contester une autorisation d'écoute électronique et devant quel tribunal?
3. Quelle est la réparation appropriée?
4. Quelles exigences spéciales sont applicables lorsqu'on se fonde sur des renseignements d'informateurs pour obtenir une autorisation?
5. Quels sont les principes et les procédures applicables à la révision du contenu d'un paquet scellé?
6. L'accusé peut-il contre-interroger l'auteur de l'affidavit produit auprès du juge qui a accordé l'autorisation?
7. L'omission du juge qui a accordé l'autorisation de prévoir une clause de minimisation a-t-elle donné lieu à une perquisition et saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la *Charte*?

8. Did the accused abscond?
9. Did the trial judge properly caution the jury with respect to the evidence of accomplices?

- a 8. L'accusé s'est-il esquivé?
9. Le juge du procès a-t-il fait au jury une mise en garde appropriée concernant le témoignage des complices?

Points 2, 3 and 4 all relate to the sufficiency of the affidavits in satisfying the prerequisites to a valid authorization.

b Les questions 2, 3 et 4 portent toutes sur le caractère suffisant des affidavits par rapport aux exigences requises pour obtenir une autorisation valide.

1. *What is the entitlement of an accused person to the sealed packet?*

- c 1. *Quels sont les droits d'un accusé à l'égard du paquet scellé?*

The trial judge refused to order access based on the restricted access cases. For the reasons that I gave in *Dersch*, those cases no longer apply in view of ss. 7 and 8 of the *Charter*. The accused is entitled to have the packet opened and, subject to editing, to have its contents produced in order to enable him or her to make full answer and defence. The Court of Appeal was, therefore, right in opening the sealed packets.

d Le juge du procès a refusé d'ordonner l'accès compte tenu des décisions qui restreignent l'accès. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Dersch*, ces décisions ne s'appliquent plus en raison des art. 7 et 8 de la *Charte*. L'accusé a droit à ce que le paquet soit ouvert et, sous réserve d'une révision, à ce que son contenu soit produit pour lui permettre de préparer une défense pleine et entière. La Cour d'appel a donc eu raison d'ouvrir les paquets scellés.

2. *Upon what grounds may an accused challenge an authorization for wiretap and before what court?*

- e 2. *Quels moyens un accusé peut-il invoquer pour contester une autorisation d'écoute électronique et devant quel tribunal?*

#### Minimum Statutory and Constitutional Requirements

#### Les exigences légales et constitutionnelles minimales

Section 178.13(1) sets out the statutory conditions of which a judge must be satisfied before an authorization is issued:

f Le paragraphe 178.13(1) énonce les conditions légales qui doivent être établies avant qu'un juge accorde une autorisation:

**178.13 (1)** An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

g **178.13 (1)** Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

(a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

h a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

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

In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, a majority of this Court held that wiretaps constitute a search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The statutory provisions authorizing them must, therefore, conform to the minimum constitutional requirements demanded by s. 8 of the *Charter*. These are set out by Dickson J. (as he

i Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, notre Cour à la majorité a décidé que l'écoute électronique constitue une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Les dispositions législatives qui les autorisent doivent donc se conformer aux exigences constitutionnelles minimales de l'art. 8 de la *Charte*. Le juge Dickson

then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, as "reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search" (p. 168). Since wiretaps are considered to be more intrusive on the privacy of individuals than searches of premises, there is no reason to consider applying lesser minimum requirements to them. In addition, the applicant must meet the requirements of para. (b) of s. 178.13(1) with respect to other investigative procedures.

In *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), s. 178.13 was attacked on the ground that its prerequisites did not comply with the dictates of s. 8. Martin J.A., of the Ontario Court of Appeal, held that the section was constitutional and met the requirements of s. 8 of the *Charter*.

This conclusion was affirmed by La Forest J. in *R. v. Duarte, supra*. Speaking for the majority, he stated, at p. 45:

A judge must be satisfied that other investigative methods would fail, or have little likelihood of success, and that the granting of the authorization is in the best interest of the administration of justice. I share the approach of Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, at pp. 70 *et seq.*, that this latter prerequisite imports as a minimum requirement that the issuing judge must be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been, or is being, committed and that the authorization sought will afford evidence of that offence. It can, I think, be seen that the provisions and safeguards of Part IV.1 of the *Code* have been designed to prevent the agencies of the state from intercepting private communications on the basis of mere suspicion.

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.

(avant d'être Juge en chef) les a formulées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, comme «l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition» (p. 168). Puisque l'écoute électronique est considérée porter davantage atteinte à la vie privée des personnes que la perquisition des lieux, il n'y a aucune raison d'envisager de lui appliquer des exigences moins sévères. En outre, le requérant doit satisfaire aux exigences de l'al. 178.13(1)b) quant aux autres méthodes d'enquête.

Dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), l'art. 178.13 a été contesté parce que ses conditions préalables n'étaient pas conformes aux exigences de l'art. 8. Le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'article était constitutionnel et satisfaisait aux exigences de l'art. 8 de la *Charte*.

Cette conclusion a été confirmée par le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité. Voici ce qu'il dit au nom de la majorité, à la p. 45:

En effet, le juge doit être convaincu que d'autres méthodes d'enquête échoueraient certainement ou vraisemblablement et que l'autorisation est le meilleur moyen de servir l'administration de la justice. Comme le juge Martin dans l'affaire *R. v. Finlay and Grellette*, précitée, aux pp. 70 et suiv., j'estime que cette dernière condition comporte tout au moins l'exigence que le juge donnant l'autorisation soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être et que l'autorisation sollicitée permettra d'obtenir une preuve de sa perpétration. Je tiens pour évident que les dispositions et les sauvegardes que comporte la Partie IV.1 du *Code* ont été conçues pour empêcher les organes de l'État d'intercepter des communications privées sur la foi d'un simple soupçon.

Le Parlement, à mon avis, a donc réussi à établir un juste équilibre. En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

The result is that the statutory requirements of s. 178.13(1)(a) are identical to the constitutional requirements. An authorizing judge must, therefore, be satisfied on the basis of the affidavit evidence that these conditions have been met.

### Challenging the Authorization

The current state of the law with respect to testing the admissibility of wiretap evidence is a procedural quagmire. The various procedures that are available have come to be known by the names of the cases that initiated them.

First there is a "Parsons voir dire," named after *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 785, *sub nom. Charette v. The Queen*. The function of this hearing before the trial judge is to determine such issues as whether the authorization is valid on its face, whether the police executed the interception within the terms of the authorization, and whether statutory requirements such as reasonable notice were complied with. The remedy is exclusion under s. 178.16. The second is the "Wilson application". This hearing takes place before the issuing court, to determine the substantive or subsocial validity of the affidavit. The remedy is the setting aside of the authorization. The third is a "Garofoli hearing". This is a hearing before the trial judge to determine the compliance of the authorization with s. 8 of the *Charter*. The remedy is a determination under s. 24(2) of the *Charter*. The fourth, and last, procedure is a "Vanveenan hearing", so-called after one of the appellants in *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148. This again is a *voir dire* before the trial judge, but with the object of determining whether the authorization names all "known" persons as required by ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c). The remedy again is exclusion under s. 178.16.

Consolidation of the *Parsons*, *Garofoli* and *Vanveenan* hearings presents no difficulty, and is in keeping with the view of this Court that all matters that relate to the conduct of the trial

Il en résulte que les exigences de l'al. 178.13(1)a sont identiques aux exigences constitutionnelles. Le juge qui accorde l'autorisation doit donc être convaincu, au vu de la preuve par affidavit, que ces conditions ont été remplies.

### La contestation de l'autorisation

L'état actuel du droit en matière de contestation de la recevabilité d'une preuve recueillie par écoute électronique est un fouillis procédural. Les diverses procédures existantes ont fini par prendre le nom de l'affaire dans laquelle elles ont été invoquées.

Il y a d'abord le «voir-dire de type *Parsons*», selon l'arrêt *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.); conf. par [1980] 1 R.C.S. 785, *sub nom. Charette c. La Reine*. Le but de cette audience tenue devant le juge du procès est de répondre à des questions tels la validité apparente de l'autorisation, le respect par les policiers qui ont pratiqué l'interception des conditions de l'autorisation et le respect des exigences légales, comme l'avis raisonnable. La réparation est l'exclusion en vertu de l'art. 178.16. Le deuxième moyen de contestation est la «demande de type *Wilson*». Cette audience se tient devant le tribunal qui a accordé l'autorisation pour déterminer si l'affidavit est valide quant au fond. La réparation est l'annulation de l'autorisation. Le troisième moyen est une «audience de type *Garofoli*». Il s'agit d'une audience devant le juge du procès, qui a pour objet de déterminer si l'autorisation est conforme à l'art. 8 de la *Charte*. La réparation est une décision en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le quatrième et dernier moyen est une «audience de type *Vanveenan*», selon le nom d'un des appellants dans l'arrêt *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148. Il s'agit encore d'un voir-dire tenu devant le juge du procès, mais en vue de déterminer si l'autorisation identifie toutes les personnes «connu[es]» comme l'exigent les al. 178.12(1)e et 178.13(2)c. La réparation est encore une fois l'exclusion en vertu de l'art. 178.16.

La réunion des audiences de type *Parsons*, *Garofoli* et *Vanveenan* ne présente aucune difficulté et est conforme à l'opinion de notre Cour que toutes les questions qui portent sur la conduite du

should be dealt with by the trial judge. A more difficult question arises with respect to the *Wilson* and *Garofoli* applications. It would be highly desirable if they could be dealt with by the trial judge so that all aspects of the admissibility of evidence obtained pursuant to an authorization could be dealt with at one time and at trial. Whether this can be done requires an examination of this Court's judgment in *Wilson v. The Queen, supra*, and the effects of s. 8 of the *Charter* on its application.

*Wilson, supra*, concerned authorizations, granted by the Manitoba Court of Queen's Bench, which were valid on their face and for which the sealed packets were not opened. The trial judge (Provincial Court) held wiretap evidence inadmissible on the basis of evidence, brought out in cross-examination of the deponent of the affidavit, which conflicted with the statutory requirement of showing that other investigative methods had failed or were likely to fail. The Court of Appeal ordered a new trial. This decision was upheld by the Supreme Court of Canada. The Court was unanimous in the result, but McIntyre J. (Laskin C.J. and Estey J. concurring) and Dickson J. (as he then was, Chouinard J. concurring) gave rather different reasons.

McIntyre J. held that a court order stands unless it is set aside on appeal, or is lawfully quashed. In the case of wiretaps the *Criminal Code* gives no right of appeal, and there is no possibility of quashing by writ of *certiorari* because there is no issue of jurisdiction. The general rule is that a court order is immune from collateral attack, that is, an attack in proceedings other than those the object of which is the variation of the court order. In this case, the trial judge's ruling amounted to a collateral attack on the order of a (superior) court. The trial judge's ruling should be limited to defects or irregularities on the face of the authorization. Any substantive review of an authorization must be undertaken by the judge (or court) which issued the order. McIntyre J. supported this view by analogy to civil

procès devraient relever du juge du procès. Une question plus difficile se pose quant aux demandes de type *Wilson* et *Garofoli*. Il serait très souhaitable qu'elles puissent relever du juge du procès de sorte que toutes les questions relatives à la recevabilité de la preuve recueillie en application d'une autorisation pourraient être traitées en même temps et au procès. Pour en déterminer la possibilité, il faut examiner larrêt *Wilson c. La Reine*, précité, de notre Cour et les effets de l'art. 8 de la *Charte* sur son application.

L'arrêt *Wilson* précité, portait sur des autorisations accordées par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en apparence valides et pour lesquelles les paquets scellés n'avaient pas été ouverts. Le juge du procès (la Cour provinciale) avait décidé que les éléments de preuve recueillis par écoute électronique étaient irrecevables compte tenu du témoignage donné par l'auteur de l'affidavit en contre-interrogatoire, qui entrait en conflit avec l'exigence légale d'établir que d'autres méthodes d'enquête avaient échoué ou avaient peu de chance de succès. La Cour d'appel avait ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour suprême du Canada a confirmé cette décision. Notre Cour était unanime quant au résultat, mais le juge McIntyre (avec l'appui du juge en chef Laskin et du juge Estey) et le juge Dickson (avant d'être Juge en chef; avec l'appui du juge Chouinard) ont présenté des motifs assez différents.

Le juge McIntyre a conclu qu'une ordonnance judiciaire demeure valide à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. En matière d'écoute électronique, le *Code criminel* n'accorde aucun droit d'appel et il n'y a aucune possibilité d'annuler l'ordonnance au moyen d'un bref de *certiorari* parce qu'il n'est pas question de la compétence. La règle générale est qu'une ordonnance judiciaire ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte, c'est-à-dire une attaque dans une procédure autre que celle dont l'objet est de modifier l'ordonnance judiciaire. Dans cette affaire, la décision du juge du procès équivalait à une attaque indirecte contre l'ordonnance d'une cour (supérieure). La décision du juge du procès devrait se limiter aux vices ou irrégularités apparents de l'autorisation. Le contrôle de l'autorisation quant au fond doit

cases holding that an issuing court has power to conduct *inter partes* review of its *ex parte* orders. In such a case the court may rescind the order if the facts upon which the authorization was granted are different from the facts as proved on an *inter partes* review.

Dickson J. held that a trial judge can look behind a facially valid authorization, but in this case did so improperly because he did not have access to the sealed packet in making his determination as to the lawfulness of the authorization. Dickson J. accepted the general rule against collateral attack, but held that Parliament had altered it in this case by legislation. Section 178.16(1) provides that, absent consent, evidence of a private communication can only be admitted if lawful. Section 178.16(3)(b) gives the trial judge discretion to admit unlawful interceptions if there is a non-substantive defect in the authorization process. The corollary is that there is no discretion with respect to substantive defects. If the court order were conclusive, there would be no need for the curative provision of 178.16(3)(b); the trial judge is thus bound by the legislation to consider if the authorization is substantively valid. In so holding, Dickson J. refuted the policy reasons given for limiting the trial judge to facial review. He reasoned that the order of another court could be held unlawful and this would not show disrespect to that court, but would merely question the evidence upon which that court based its decision. He further opined that concern about breaches of confidentiality could be dealt with by judicial editing.

Because the trial judge must go behind the face of an authorization, Dickson J. held that in most cases it will be necessary to open the sealed packet. Dickson J. made no comment on the cases which create a high barrier before the packet will be

être fait par le juge (ou le tribunal) qui a accordé l'ordonnance. Le juge McIntyre a justifié cette opinion en affirmant qu'en matière civile le tribunal qui a rendu l'ordonnance peut procéder à une révision *inter partes* de ses ordonnances *ex parte*. Dans un tel cas, le tribunal peut annuler l'ordonnance si les faits à l'appui desquels l'autorisation a été accordée sont différents des faits prouvés à l'occasion d'une révision *inter partes*.

Le juge Dickson a décidé que le juge du procès peut vérifier une autorisation en apparence valide, mais qu'en l'espèce le juge était intervenu de manière irrégulière parce qu'il n'avait pas accès au paquet scellé pour se prononcer sur la légalité de l'autorisation. Le juge Dickson a accepté la règle générale contre les attaques indirectes, mais a décidé que le Parlement l'avait modifiée en l'espèce par une disposition législative. Le paragraphe 178.16(1) prévoit qu'en l'absence de consentement la preuve d'une communication privée ne peut être admise que si elle est légale. L'alinéa 178.16(3)b confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'admettre des interceptions illégales si le processus d'autorisation ne comporte pas de vice de fond. Le corollaire de cette affirmation est qu'il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire quant aux vices de fond. Si l'ordonnance judiciaire était définitive, la disposition réparatrice de l'al. 178.16(3)b ne serait pas nécessaire; le juge du procès est donc légalement tenu d'examiner la validité de l'autorisation quant au fond. En statuant ainsi, le juge Dickson a réfuté les raisons de principe données pour restreindre l'examen du juge du procès à la validité apparente de l'autorisation. Il a soutenu que l'ordonnance d'une autre cour pourrait être déclarée illégale, sans manquer de respect envers cette cour, mais en mettant simplement en doute la preuve ayant servi de fondement à la décision de cette cour. Il a en outre exprimé l'avis que les préoccupations quant aux violations du caractère confidentiel des documents pouvaient être réglées par révision judiciaire des textes.

Le juge Dickson a conclu que, puisque le juge du procès doit vérifier le fond de l'autorisation, il sera nécessaire dans la plupart des cas d'ouvrir le paquet scellé. Le juge Dickson n'a fait aucune remarque sur les décisions qui imposent des condi-

opened, for in this case there was ample evidence of misleading disclosure. He concluded that the trial judge could not properly decide whether the interceptions were lawfully made without examining the contents of the packets. Dickson J. also held that in keeping with a substantive review of the authorization, the accused must have the opportunity to cross-examine the affiant. The questioning must be directed to whether the authorization was properly obtained, without the disclosure of information that ought to be kept confidential.

Dickson J. noted that in this case, the trial judge was not among the categories specified in s. 178.14 and therefore was not himself authorized to open the packet. In such a case, the trial must be adjourned for the accused to apply to the proper court to open the packet, which it may or may not do in its discretion. Substantive review of the authorization, though, lies with the trial judge.

This Court was recently asked, *inter alia*, to reconsider *Wilson, supra*, in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. McIntyre J., for the Court, made the following observation, at p. 1771:

It has been said that this has led to a confusion and delay and that the trial judge should, in his capacity as trial judge, have full power to open the sealed packet and review the High Court order, regardless of the status of the trial judge, and make any necessary rulings. That this procedure would probably expedite matters and remove some confusion may well be true. It is not, however, a procedure provided by Parliament, and subject to arguments relating to the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* it is not, in my opinion, open to the courts to disregard the statutory provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. If there is confusion and delay in this matter it arises from the *Criminal Code* itself and, subject as aforesaid, it will be for Parliament to change. [Emphasis added.]

In the passage cited above, McIntyre J. acknowledged that the application of the *Charter* might have an effect on the conclusion reached in *Wilson*. In my opinion, when it is asserted by an

tions sévères à l'ouverture du paquet, car en l'espèce la preuve était largement suffisante pour établir l'existence de déclarations trompeuses. Il a conclu que le juge du procès ne pouvait convenablement décider si les interceptions avaient été faites légalement sans examiner le contenu des paquets. Le juge Dickson a également conclu que, conformément à un examen de fond de l'autorisation, l'accusé doit avoir la possibilité de contre-interroger le déposant. L'interrogatoire doit porter sur la question de savoir si l'autorisation a été régulièrement obtenue, sans divulguer les renseignements qui doivent demeurer confidentiels.

*c* Le juge Dickson a souligné que, dans cette affaire, le juge du procès ne faisait pas partie des catégories définies à l'art. 178.14 et n'était donc pas lui-même autorisé à ouvrir le paquet. Dans un tel cas, le procès doit être ajourné pour permettre à l'accusé de demander au tribunal compétent d'ouvrir le paquet, ce qu'il peut à son tour accepter ou refuser de faire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. L'examen au fond de l'autorisation relève toutefois du juge du procès.

*f* Dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, on a récemment demandé à notre Cour de réexaminer l'arrêt *Wilson*, précité. Le juge McIntyre, au nom de notre Cour, a fait les remarques suivantes, à la p. 1771:

On a dit que cela avait suscité de la confusion et des retards et que le juge du procès, à titre de juge du procès et indépendamment de son statut, devrait avoir pleins pouvoirs pour ouvrir le paquet scellé et réviser l'ordonnance de la Haute Cour, et rendre toutes les décisions nécessaires. Il peut bien être exact que cette procédure accélérerait le processus et dissiperait une certaine confusion. Ce n'est cependant pas une procédure prescrite par le Parlement et, sous réserve d'arguments relatifs à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'estime qu'il n'est pas loisible aux tribunaux de passer outre aux dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel*. S'il y a confusion et retards dans ce domaine, ils résultent du *Code criminel* lui-même et, sous réserve de ce que j'ai déjà dit, c'est au Parlement qu'il appartient d'apporter des modifications. [Je souligne.]

*j* Dans l'extrait précité, le juge McIntyre reconnaît que l'application de la *Charte* peut avoir un effet sur la conclusion de l'arrêt *Wilson*. À mon avis, lorsqu'un accusé fait valoir qu'une écoute

accused that a wiretap infringes s. 8, an appropriate review is incompatible with the restrictions of *Wilson*. The judge conducting the review must hear evidence and submissions as to whether the interception constitutes an unreasonable search or seizure. Inasmuch as it is an issue as to the admissibility of evidence, it may be raised at trial. Under s. 24 of the *Charter*, the trial judge is a court of competent jurisdiction. In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, McIntyre J., speaking of trial courts exercising criminal jurisdiction other than superior courts, stated, at p. 955:

These courts will be courts of competent jurisdiction, where they have jurisdiction conferred by statute over the offences and persons and power to make the orders sought. It is to be hoped that trial judges will devise, as the circumstances arise, imaginative remedies to serve the needs of individual cases. Such remedies must remain, however, subject to constitutional restraint, that is, they must remain within the ambit of criminal powers. A claim for a remedy under s. 24(1) arising in the course of the trial will fall within the jurisdiction of these courts as a necessary incident of the trial process.

An objection to the reception of evidence is very much a necessary incident of the trial process. A trial judge before whom wiretap evidence is tendered is obliged to rule on an objection based on an alleged breach of the accused's constitutional rights. He or she has jurisdiction and it cannot be declined.

It is true that the procedure on a *Wilson* application was to combine an application to open the packet with an application for review of its contents to determine the legal validity of the authorization. This procedure was suggested as the appropriate one in *Wilson*. Nothing in s. 178.14(1)(a)(ii), however, requires that the review of the contents of the sealed packet be made by the judge designated therein. It deals exclusively with the unsealing of the packet and does not purport to provide for a review of its contents. The source of review under *Wilson* was the general jurisdiction of the courts to set aside their own orders, either by action in the High Court or by a motion to set aside an *ex parte* order. Resort to this jurisdiction

électronique contrevient à l'art. 8, une révision adéquate devient incompatible avec les restrictions apportées par l'arrêt *Wilson*. Le juge siégeant en révision doit entendre les témoins et les arguments

- a* pour déterminer si l'interception constitue une perquisition ou saisie abusive. Dans la mesure où la question porte sur la recevabilité de la preuve, elle peut être soulevée au procès. En vertu de l'art. 24 de la *Charte*, le juge du procès est un tribunal compétent. Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McIntyre, parlant des tribunaux ayant compétence en matière pénale autres que les cours supérieures, a affirmé, à la p. 955:
- b* Ces tribunaux constitueront des tribunaux compétents chaque fois que la loi leur confère compétence à l'égard des infractions et des personnes en question et les autorise à rendre les ordonnances demandées. Il est à espérer que les juges du procès sauront, le cas échéant, faire preuve d'imagination en inventant des réparations adaptées aux besoins de chaque cas. Toutefois, ces réparations n'en demeurent pas moins assujetties aux restrictions imposées par la Constitution, c'est-à-dire qu'elles doivent relever du pouvoir en matière criminelle. Une demande de réparation en vertu du par. 24(1) présentée au cours du procès sera du ressort de ces tribunaux en tant qu'accessoire nécessaire du procès.

Une opposition à l'utilisation de la preuve constitue très certainement un accessoire nécessaire du procès. Le juge du procès devant qui une preuve recueillie par écoute électronique est présentée doit se prononcer sur une opposition qui allègue la violation des droits constitutionnels de l'accusé. Il a compétence et il ne peut refuser de statuer.

Il est vrai que la procédure d'une demande de type *Wilson* visait à combiner une demande d'ouverture du paquet et une demande de révision de son contenu pour établir la validité légale de l'autorisation. On a laissé entendre qu'il s'agissait de la procédure appropriée dans l'arrêt *Wilson*. Cependant, rien dans le sous-al. 178.14(1)a)(ii) n'exige que l'examen du contenu du paquet scellé soit fait par le juge mentionné dans cette disposition. Celle-ci porte exclusivement sur l'ouverture du paquet et ne vise pas à permettre la révision de son contenu. Le fondement de la révision dans l'arrêt *Wilson* était la compétence générale des tribunaux d'annuler leurs propres ordonnances, soit au moyen d'une action devant la Haute Cour

attracted the restrictions inherent in the exercise of this jurisdiction both with respect to the available grounds and with respect to collateral attacks on court orders. These restrictions are fully explained in *Wilson*. The *Charter* provides a clear alternative basis for resort to the court and with it the appropriate grounds for a determination as to whether there has been a breach of s. 8.

Accordingly, while applications to open the packet must, by reason of the explicit language of the section, be made to a judge designated therein, applications for review should be made to the trial judge. This will achieve the desirable objective of leaving all matters relating to the admissibility of wiretap evidence to the trial judge.

Further, it would remove any doubts as to the right to appeal a decision rejecting or admitting the evidence. Martin J.A., in his reasons in this case, expressed concern about the lack of appeal where an authorization is set aside during a preliminary hearing. I would go further and question the right of appeal from the judgment of the trial judge who admits or rejects the evidence pursuant to the order of a *Wilson* judge. Since the trial judge cannot question the decision made on the *Wilson* application, I fail to see how it can be shown that the trial judge committed any error in accepting it. Martin J.A. refers to *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), and *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (Ont. C.A.), for the proposition that an appeal lies from an acquittal. Those cases did not involve a *Wilson* application, and in each case there was a decision made by the trial judge with respect to the admissibility of evidence which could be the subject of attack on the basis of an error of law. In *R. v. Bailey*, *supra*, Morden J.A. stated the test for an appeal from an acquittal as follows, at p. 24:

soit au moyen d'une requête en annulation d'une ordonnance *ex parte*. Le recours à cette compétence comporte les restrictions inhérentes à son exercice tant en ce qui concerne les moyens disponibles qu'en ce qui concerne les attaques indirectes des ordonnances judiciaires. Ces restrictions sont expliquées en détail dans l'arrêt *Wilson*. La *Charte* présente clairement un autre fondement au recours judiciaire ainsi que les moyens appropriés pour déterminer s'il y a eu violation de l'art. 8.

Par conséquent, bien que les demandes d'ouverture du paquet doivent, en raison des termes explicites de l'article, être présentées à un juge mentionné dans la disposition, les demandes de révision devraient être présentées au juge du procès. Cela permettrait d'atteindre l'objectif souhaitable de laisser toutes les questions concernant la recevabilité de la preuve d'écoute électronique au juge du procès.

En outre, cela écarterait toute incertitude quant au droit d'appel contre une décision qui a écarté ou admis la preuve. Le juge Martin, dans ses motifs en l'espèce, s'est dit inquiet de l'absence de droit d'appel lorsque l'autorisation est annulée au cours d'une audience préliminaire. J'irais plus loin et je mettrais en doute le droit d'interjeter appel de la décision du juge du procès qui a admis ou écarté la preuve à la suite de l'ordonnance d'un juge dans le cadre d'une demande de type *Wilson*. Puisque le juge du procès ne peut remettre en question la décision rendue dans une demande de type *Wilson*, je ne vois pas comment on peut démontrer que le juge du procès a commis une erreur en l'acceptant. Le juge Martin mentionne les arrêts *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.), et *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 65 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Ont.), pour justifier qu'un appel puisse être interjeté d'un acquittement. Ces arrêts ne portaient pas sur une demande de type *Wilson* et, dans chaque cas, le juge du procès avait rendu une décision quant à la recevabilité de la preuve qui était susceptible de contestation en raison d'une erreur de droit. Dans l'arrêt *R. v. Bailey*, précité, le juge Morden a formulé le critère applicable à l'appel d'un acquittement de la façon suivante, à la p. 24:

To succeed on an appeal from an acquittal under s. 613(4) of the *Criminal Code* the Crown must satisfy the appellate court that the trial judge erred and that the result would not necessarily have been the same if he had not so erred: *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, 7 O.R. (2d) 750, 20 C.R.N.S. 191, and *Vezeau v. The Queen* (1976), 28 C.C.C. (2d) 81, 66 D.L.R. (3d) 418, [1977] 2 S.C.R. 277.

The language of s. 178.14 (now s. 187) will continue to require an application to open before a judge referred to therein. In some cases, this will not be the trial judge. I have referred in *Dersch* to the desirability of a legislative amendment to enable the trial judge to order the opening of the packet.

#### Grounds for Review

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. (as he then was) set out the basic test for determining the reasonableness of a search under s. 8 of the *Charter*. He stated, at p. 278:

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

In *Hunter v. Southam, supra*, this Court set out the basic requirements with respect to prior authorizations. In *Duarte, supra*, this Court decided that s. 178.13(1)(a) complies with these standards, and that before granting an authorization, a judge must be satisfied by affidavit that there are reasonable and probable grounds to believe that:

- (a) a specified crime has been or is being committed; and,
- (b) the interception of the private communication in question will afford evidence of the crime.

To arrive at the conclusion that the search is authorized by law, the reviewing judge must therefore conclude that these conditions were complied with. If he concludes that they were not, then the

[TRADUCTION] Pour avoir gain de cause dans un appel interjeté contre l'acquittement en vertu du par. 613(4) du *Code criminel*, le ministère public doit convaincre la cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur et que le résultat n'aurait pas nécessairement été le même s'il n'avait pas commis cette erreur: *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, 7 O.R. (2d) 750, 20 C.R.N.S. 191, et *Vezeau v. The Queen* (1976), 28 C.C.C. (2d) 81, 66 D.L.R. (3d) 418, [1977] 2 R.C.S. 277.

b

Les termes de l'art. 178.14 (maintenant l'art. 187) vont continuer à exiger qu'une demande d'ouverture du paquet soit présentée devant un juge mentionné dans cette disposition. Dans certains cas, il ne s'agira pas du juge du procès. J'ai mentionné dans l'arrêt *Dersch* qu'il est souhaitable qu'une modification législative soit apportée pour permettre au juge du procès d'ordonner l'ouverture du paquet.

#### Les moyens de révision

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer (aujourd'hui Juge en chef) a formulé le critère fondamental pour déterminer le caractère raisonnable d'une perquisition ou d'une fouille en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Il a affirmé, à la p. 278:

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, notre Cour a formulé les exigences fondamentales quant aux autorisations préalables. Dans l'arrêt *Duarte*, précité, notre Cour a décidé que l'al. 178.13(1)a) est conforme à ces normes et qu'avant d'accorder une autorisation un juge doit être convaincu par affidavit qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que:

- a) un crime particulier a été commis ou est commis;
- b) l'interception de la communication privée en question en procurera une preuve.

Pour conclure que la perquisition ou la fouille est permise par la loi, le juge qui siège en révision doit donc conclure que ces conditions ont été respectées. S'il conclut qu'elles ne l'ont pas été, la

j

search is not authorized by law and is unlawful. Consequently, in order to discharge the duty cast upon the reviewing judge to determine whether there has been a breach of s. 8, he or she must determine whether the *Code* provisions have been satisfied. This is the inevitable result of the statutory conditions being identical to the requirements of s. 8. Whereas *Wilson* precluded a review of the authorizing judge's decision that the statutory conditions had been complied with, unless some ground such as fraud or new evidence was established, the application of s. 8 requires review as a step in determining the reasonableness of the search and seizure.

While a judge exercising this relatively new power need not comply with the *Wilson* criteria, he should not review the authorization *de novo*. The correct approach is set out in the reasons of Martin J.A. in this appeal. He states, at p. 119:

If the *trial judge* concludes that, on the material before the authorizing judge, there was no basis upon which he could be satisfied that the pre-conditions for the granting of the authorization exist, then, it seems to me that the trial judge is required to find that the search or seizure contravened s. 8 of the Charter.

The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere. In this process, the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence are all relevant, but, rather than being a prerequisite to review, their sole impact is to determine whether there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge.

### 3. What remedy is appropriate?

Once the reviewing judge determines that the interception was not lawfully made, he or she has made a determination in the very language of s. 178.16(1)(a), which provides:

perquisition ou la fouille n'est donc pas autorisée par la loi et elle est illégale. Par conséquent, pour que le juge qui siège en révision détermine, comme il est tenu de le faire, s'il y a eu violation de l'art.

*a* 8, il doit déterminer si les dispositions du *Code* ont été respectées. Cela résulte inévitablement de ce que les conditions légales sont identiques aux exigences de l'art. 8. L'arrêt *Wilson* ne permettait pas de réviser la décision du juge ayant accordé l'autorisation selon laquelle les conditions légales avaient été respectées, sauf lorsque étaient établis des moyens telles la fraude ou la découverte de nouveaux éléments de preuve; par contre, l'application de l'art. 8 exige la révision comme étape de la décision relative au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition et de la saisie.

*b* Bien que le juge qui exerce ce pouvoir relativement nouveau ne soit pas tenu de se conformer au critère de l'arrêt *Wilson*, il ne devrait pas réviser l'autorisation *de novo*. La façon appropriée est établie dans les motifs du juge Martin en l'espèce. Il affirme, à la p. 119:

*c* [TRADUCTION] Si le *juge du procès* conclut, d'après les documents dont disposait le juge ayant accordé l'autorisation, qu'il n'existe aucun élément susceptible de le convaincre que les conditions préalables pour accorder l'autorisation existaient, il me semble alors que le juge *d* du procès doit conclure que la fouille, la perquisition ou la saisie contrevient à l'art. 8 de la Charte.

*e* Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge *g* qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision, conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il *h* ne devrait pas intervenir. Dans ce processus, la fraude, la non-divulgation, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve sont tous des aspects pertinents, mais au lieu d'être nécessaires à la révision leur seul effet est d'aider à décider s'il existe encore un fondement quelconque à la *i* décision du juge qui a accordé l'autorisation.

### 3. Quelle est la réparation appropriée?

Lorsque le juge siégeant en révision décide que l'interception n'a pas été faite légalement, il rend une décision selon les termes mêmes de l'al. 178.16(1)a, qui prévoit:

**178.16** (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made . . .

I must respectfully disagree with Martin J.A. that the mere fact that the authorization is not set aside precludes a determination that the interception is not lawfully made. In his reasons, he describes the determination of the reviewing judge as follows, at p. 119:

The trial judge, whether or not he or she is a Supreme Court judge, may, however, without setting aside the authorization, hold that the statutory pre-conditions for the granting of the authorization were not met, and hence the interception was unlawful and resulted in an unreasonable search or seizure within s. 8 of the Charter. [Emphasis added.]

The mere fact that, technically, the authorization has not been set aside can have little significance where its legal underpinnings have been removed. This degree of respect for the sanctity of a court order cannot be maintained. A determination that the *Charter* has been breached and that perhaps admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute will have already discredited the authorization to such an extent that I see no reason for preserving its formal validity purely for the purpose of showing deference for court orders. To maintain the validity of orders that have been undermined by a declaration of illegality by a court would only engender disrespect for court orders.

In the result, a finding that the interception is unlawful attracts the peremptory language of s. 178.16 and the evidence is inadmissible. Section 24(2) cannot have the effect of making the evidence admissible even if to do so would not bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2) is an exclusionary and not an inclusionary rule. It operates to exclude evidence that would otherwise be admissible where to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Evidence that is inadmissible by reason of some other exclusionary rule cannot be admitted by invoking s. 24(2). Accordingly, an accused who has invoked the jurisdiction of s. 24

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

- a) que l'interception n'ait été faite légalement . . .

Avec égards, je ne partage pas l'opinion du juge Martin que le simple fait que l'autorisation ne soit pas annulée empêche la décision que l'interception b n'a pas été faite légalement. Dans ses motifs, il décrit de la façon suivante la décision du juge qui siège en révision, à la p. 119:

[TRADUCTION] Le juge du procès, qu'il soit ou non un juge d'une cour supérieure, peut cependant, sans annuler l'autorisation, décider que les conditions légales préalables pour accorder l'autorisation n'ont pas été respectées et, par conséquent, que l'interception était illégale et a donné lieu à une perquisition ou saisie abusives au sens de l'art. 8 de la Charte. [Je souligne.]

Le simple fait que, techniquement, l'autorisation d n'ait pas été annulée a peu d'importance lorsque son fondement juridique a disparu. Ce degré de respect envers le caractère sacré d'une ordonnance e judiciaire ne peut être maintenu. La conclusion f que la *Charte* a été violée et que l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aura déjà assez discrédiété l'autorisation pour enlever toute raison de préserver g sa validité formelle uniquement par déférence envers les ordonnances judiciaires. Maintenir la validité d'ordonnances touchées par une déclaration judiciaire d'illégalité entraînerait le discrédit des ordonnances judiciaires.

En conclusion, la décision que l'interception est illégale fait intervenir les termes péremptoires de h l'art. 178.16 et la preuve est irrecevable. Le paragraphe 24(2) ne peut avoir l'effet de rendre la preuve recevable même si son utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le paragraphe 24(2) est une règle d'exclusion i et non d'inclusion. Il vise à écarter des éléments de preuve, qui seraient par ailleurs recevables, lorsque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. On ne peut utiliser une preuve irrecevable en raison d'une j autre règle d'exclusion en invoquant le par. 24(2). Par conséquent, un accusé qui invoque l'art. 24 et

and who establishes as part of the necessary operation of *Charter* review that an interception was unlawfully obtained is entitled to the benefit of the provisions of s. 178.16 to have the evidence excluded.

4. *What special requirements apply when information from informants is relied on to obtain an authorization?*

The appellant submitted that in order to establish reasonable and probable grounds to justify a search, a detailed set of requirements was necessary in respect of the use of informants' information. He contends that in coming to the conclusion that the affidavits in this case were sufficient, the Court of Appeal must have applied the "totality of the circumstances" test set out in *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). The pertinent passage from that judgment reads as follows, at p. 238:

The task of the issuing magistrate is simply to make a practical, common-sense decision whether, given all the circumstances set forth in the affidavit before him, including the "veracity" and "basis of knowledge" of persons supplying hearsay information, there is a fair probability that contraband or evidence of a crime will be found in a particular place.

The general requirement with which the authorizing judge must comply has already been referred to in these reasons. He or she must be satisfied that the statutory conditions have been established. The reviewing judge should not set aside this decision unless he or she is satisfied on the whole of the material presented that there was no basis for the authorization. While this is the general instruction that each judge should apply, special problems arise with respect to the use of information of informants. It is therefore desirable to examine what special requirements, if any, should be developed to enable judges to apply the general instruction in a way that strikes a just balance between the needs of law enforcement and the protection of the rights of privacy.

établit, comme l'exige un examen en vertu de la *Charte*, que l'interception a été faite illégalement est fondé à bénéficier des dispositions de l'art. 178.16 pour que les éléments de preuve soient écartés.

4. *Quelles exigences spéciales sont applicables lorsqu'on se fonde sur des renseignements d'informateurs pour obtenir une autorisation?*

b

L'appelant soutient que pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant une perquisition, il faut respecter une série de conditions détaillées relatives à l'utilisation des renseignements obtenus d'informateurs. Il prétend que pour conclure que les affidavits en l'espèce étaient suffisants, la Cour d'appel a dû appliquer le critère de «l'ensemble des circonstances» établi dans l'arrêt *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). Le passage pertinent de cet arrêt se lit ainsi, à la p. 238:

[TRADUCTION] La tâche du magistrat qui accorde l'autorisation est simplement de rendre une décision pratique et logique quant à savoir si, compte tenu de toutes les circonstances établies dans l'affidavit qui lui est présenté, y compris la «fiabilité» et «des sources» des personnes qui présentent des renseignements par ouï-dire, il existe une probabilité raisonnable que des preuves relatives à la contrebande ou à un crime seront trouvées en un lieu particulier.

g

La condition générale à laquelle doit se conformer le juge qui accorde l'autorisation a déjà été mentionnée dans ces motifs. Il doit être convaincu que les conditions légales ont été respectées. Le juge qui siège en révision ne devrait pas annuler cette décision à moins d'être convaincu, vu l'ensemble des renseignements présentés, qu'il n'y avait aucun fondement justifiant l'autorisation. Il s'agit de la directive générale donnée aux juges mais des problèmes particuliers se présentent quant à l'utilisation des renseignements fournis par les informateurs. Il est donc souhaitable d'examiner les exigences particulières, s'il en est, qu'il faudrait formuler pour permettre aux juges d'appliquer la directive générale de manière à trouver un équilibre juste entre les nécessités de l'application de la loi et la protection des droits à la vie privée.

h

i

j

This issue has been addressed by this Court in connection with the use of informant information to support a warrantless search.

In *R. v. Debott*, [1989] 2 S.C.R. 1140, police officers acting on the information of an informer stopped and detained the appellant's motor vehicle and conducted, without warrant, a search of the vehicle and the persons of the appellant and others. In assessing the weight to be given to the evidence relied on by the police officer, Wilson J. applied "the totality of the circumstances" standard which had been applied by Martin J.A. in the Court of Appeal. On this basis, Wilson J. found that there were reasonable and probable grounds to justify the search. This conclusion was concurred in by the other members of the Court.

In *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, the Crown conceded that in conducting a rectal search, there had been a violation of ss. 8 and 10 of the *Charter*. The parties differed, however, in characterizing the seriousness of the violation for the purpose of determining admissibility under s. 24(2). Lamer J. (as he then was) considered that "the core difference centres on whether the police had reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession, and therefore trying to import into Canada, an illegal narcotic" (p. 788).

The only evidence on the record was testimony that on the basis of "confidential information received and background investigation" the officer had "grounds to believe . . . that he [Greffe] was going to be in possession of an unknown amount of heroin". Lamer J. held that the trial judge erred in concluding that the police had confidential and reliable information by reason of the eventual recovery of the heroin. He wrote, at p. 790:

It was incumbent upon the Crown to establish at trial, if it could, the basis upon which the police claimed to have reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin. This would have been done through an inquiry into the source and reliability of the "confidential information" in the possession of the police.

Notre Cour a déjà examiné cette question en ce qui concerne l'utilisation des renseignements d'un informateur pour justifier une perquisition ou une saisie sans mandat.

<sup>a</sup> Dans l'affaire *R. c. Debott*, [1989] 2 R.C.S. 1140, des policiers, agissant sur la foi des renseignements d'un informateur, ont intercepté le véhicule de l'appelant et, sans mandat, fouillé le véhicule ainsi que l'appelant et des tiers. Pour évaluer l'importance à accorder à la preuve invoquée par le policier, le juge Wilson a utilisé la norme de «l'ensemble des circonstances» appliquée par le juge Martin en Cour d'appel. Le juge Wilson a ainsi conclu qu'il existait des motifs raisonnables et probables justifiant la fouille. Les autres membres de la Cour ont souscrit à cette conclusion.

<sup>d</sup> Dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le ministère public a reconnu que l'examen rectal pratiqué dans cette affaire constituait une violation des art. 8 et 10 de la *Charte*. Les parties ne s'accordaient pas sur la gravité de la violation aux fins d'une décision sur la recevabilité en vertu du par. 24(2). Selon le juge Lamer (maintenant Juge en chef), «la différence fondamentale tient à savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait un stupéfiant illégal en sa possession et qu'il tentait, en conséquence, de l'importer au Canada» (p. 788).

<sup>g</sup> La seule preuve au dossier était le témoignage selon lequel en raison des «renseignements confidentiels reçus et d'une enquête sur les antécédents», le policier avait «des motifs de croire qu'il [Greffe] serait en possession d'une quantité indéterminée d'héroïne». Le juge Lamer a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en décider que les policiers disposaient de renseignements confidentiels et dignes de foi en raison de la découverte ultérieure de l'héroïne. Il écrit, à la p. 790:

<sup>j</sup> Le ministère public avait l'obligation de prouver au procès, s'il le pouvait, la raison pour laquelle les policiers soutenaient avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession. Cette preuve aurait été faite sous forme d'examen de la source et de la fiabilité des «renseignements confidentiels» que la police détenait.

What should have happened is that the police should have been asked at trial about the confidential information to determine if, in the totality of the circumstances, there existed reasonable and probable grounds to believe the accused was carrying the heroin. [Emphasis added.]

Lamer J. also referred with approval to the following passage from Martin J.A.'s judgment in *R. v. Debott* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), at pp. 218-19, as the test for assessing confidential informer's information:

I am of the view that such a mere conclusory statement made by an informer to a police officer would not constitute reasonable grounds for conducting a warrantless search.... Highly relevant ... are whether the informer's "tip" contains sufficient detail to ensure it is based on more than mere rumour or gossip, whether the informer discloses his or her source or means of knowledge and whether there are any *indicia* of his or her reliability, such as the supplying of reliable information in the past or confirmation of part of his or her story by police surveillance.

Although *Greffé* concerns admissibility under s. 24(2), in my opinion the discussion has a bearing on the sort of information that must be put before a judge issuing an authorization for electronic surveillance. I see no difference between evidence of reliability of an informant tendered to establish reasonable and probable grounds to justify a warrantless search (the issue in the cases cited by Lamer J.) and evidence of reliability of an informant tendered to establish similar grounds in respect of a wiretap authorization. Moreover, I conclude that the following propositions can be regarded as having been accepted by this Court in *Debot* and *Greffé*.

(i) Hearsay statements of an informant can provide reasonable and probable grounds to justify a search. However, evidence of a tip from an informer, by itself, is insufficient to establish reasonable and probable grounds.

Ce qui aurait dû se produire c'est que les policiers auraient dû être interrogés, lors du procès, au sujet des renseignements confidentiels afin de déterminer si, à compte tenu de l'ensemble des circonstances, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé transportait l'héroïne. [Je souligne.]

Le juge Lamer a également cité en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Debott* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), aux pp. 218 et 219, quant au critère d'évaluation des renseignements confidentiels de l'informateur:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la simple affirmation non étayée par un informateur à un agent de police ne constitue pas un motif raisonnable de procéder à une fouille sans mandat [...] Parmi les questions très pertinentes [...] il y a celles de savoir si le renseignement communiqué par l'informateur comporte suffisamment de détails pour assurer qu'il s'appuie sur quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si l'informateur a révélé la source ou l'origine des renseignements et s'il y a des indices de fiabilité de l'informateur, comme le fait d'avoir fourni, dans le passé, des renseignements sûrs ou la confirmation d'une partie de ses renseignements par la surveillance policière.

Bien que l'arrêt *Greffé* concerne la recevabilité de la preuve en vertu du par. 24(2), j'estime que l'analyse a des incidences sur le type de renseignements qui doivent être présentés devant un juge qui accorde une autorisation d'écoute électronique. Je ne vois aucune différence entre la preuve de la fiabilité d'un informateur présentée en vue d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de justifier une fouille sans mandat (les questions dans les arrêts cités par le juge Lamer) et la preuve de la fiabilité d'un informateur présentée en vue d'établir des motifs similaires en matière d'autorisation d'écoute électronique. En outre, je conclus que notre Cour dans les arrêts *Debot* et *Greffé* a accepté les propositions suivantes:

(i) Les déclarations d'un informateur qui constituent du *oui-dire* peuvent établir l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant une fouille ou une perquisition. Cependant, en soi, la preuve d'un renseignement provenant d'un informateur est insuffisante pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables.

(ii) The reliability of the tip is to be assessed by recourse to "the totality of the circumstances". There is no formulaic test as to what this entails. Rather, the court must look to a variety of factors including:

- (a) the degree of detail of the "tip";
- (b) the informer's source of knowledge;
- (c) indicia of the informer's reliability such as past performance or confirmation from other investigative sources.

(iii) The results of the search cannot, *ex post facto*, provide evidence of reliability of the information.

#### Conclusion on Issues 2, 3 and 4

While I have differed somewhat with the reasons of Martin J.A. with respect to issues 2 and 3, I am in agreement with the result reached by him that the affidavits were sufficient on their face. He concludes his reasons as follows, at pp. 129-30:

I am satisfied that the affidavits set out ample facts upon which the authorizing judges could be satisfied that there were reasonable grounds to believe that the specified offences were being or had been committed, that the interceptions sought would afford evidence of the offences, that other investigative procedures were unlikely to succeed and that it would be in the best interests of the administration of justice to grant the authorizations.

#### *5. What principles and procedures apply to the editing of the contents of the sealed packet?*

The appellant does not take issue with the exercise by the Court of Appeal of the power to edit the affidavit in order to preserve the identity of informants. His principal submission is that the appellant should be provided with judicially approved summaries of the edited words and phrases.

The power to edit clearly exists and derives from the supervisory and protecting power which a court possesses over its own records: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 189.

(ii) La fiabilité du renseignement doit être évaluée en fonction de «l'ensemble des circonstances». Il n'existe pas de formule structurée pour le faire. Au lieu de cela, la cour doit examiner divers facteurs dont:

- a) le niveau de détail du renseignement;
- b) les sources de l'informateur;
- c) les indices de la fiabilité de l'informateur, comme son expérience antérieure ou la confirmation des renseignements par d'autres sources.

(iii) Les résultats d'une fouille ou d'une perquisition ne peuvent, *ex post facto*, apporter la preuve de la fiabilité des renseignements.

#### Conclusion sur les questions 2, 3 et 4

Bien que mon opinion soit quelque peu différente des motifs du juge Martin quant aux questions 2 et 3, je partage son opinion quant au résultat que les affidavits étaient en apparence suffisants. Il conclut ses motifs de la façon suivante, aux pp. 129 et 130:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que les affidavits énoncent des faits amplement suffisants pour que le juge qui a accordé l'autorisation ait été convaincu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que des infractions particulières étaient ou avaient été commises, que les interceptions demandées apporteraient la preuve de ces infractions, que les autres méthodes d'enquête avaient peu de chance de réussir et que l'octroi des autorisations servirait au mieux l'administration de la justice.

#### *5. Quels principes et procédures s'appliquent à la révision du contenu du paquet scellé?*

L'appelant ne conteste pas le pouvoir exercé par la Cour d'appel de réviser l'affidavit pour protéger l'identité des informateurs. Son principal argument est qu'on devrait lui remettre des résumés approuvés par la cour des mots et des phrases écartés pendant la révision des documents.

Le pouvoir de révision des documents existe clairement et provient du pouvoir de contrôle et de protection qu'un tribunal possède à l'égard de ses propres dossiers: *Procureur général (Nouvelle-Écosse) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 189.

In determining the procedure to be followed in editing the materials in the packet, regard must be had for the competing interests of law enforcement, and in particular the protection of the identity of informers and investigative techniques, on the one hand and the right of the accused to make full answer and defence on the other. The following observations of Dickson J. in *MacIntyre, supra*, at pp. 180 and 184, are apt:

As is often the case in a free society there are at work two conflicting public interests. The one has to do with civil liberties and the protection of the individual from interference with the enjoyment of his property. There is a clear and important social value in avoidance of arbitrary searches and unlawful seizures. The other, competing, interest lies in the effective detection and proof of crime and the prompt apprehension and conviction of offenders. Public protection, afforded by efficient and effective law enforcement, is enhanced through the proper use of search warrants.

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent or of impairing the efficiency of the search warrant as a weapon in society's never-ending fight against crime.

Judicial editing appears to be the rule in every province except British Columbia. In *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, Esson J.A. expressed the view that editing constituted judicial legislation. This statement was made in the context of his reasons supporting restricted access to the sealed packet. In *Dersch*, I have determined that the restricted access cases are no longer sound. Editing, therefore, is essential in cases in which confidential information is included in the affidavit filed in support of an authorization. In determining what to edit, the judge will have regard for the rule against disclosure of police informants. The most recent expression of the rule by this Court is in the case of *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. Beetz J. stated, at p. 93:

Pour déterminer la procédure à suivre dans la révision des documents contenus dans le paquet, il faut tenir compte des intérêts opposés que sont, d'une part, l'application de la loi, et en particulier la protection de l'identité des informateurs et des techniques d'enquête, et, d'autre part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Les remarques suivantes du juge Dickson dans l'arrêt *MacIntyre*, précité, aux pp. 180 et 184, sont pertinentes:

Comme il arrive souvent dans une société libre, il y a ici deux aspects de l'intérêt public qui s'affrontent. Le premier ressortit aux libertés fondamentales et à la protection de la personne contre toute atteinte à la jouissance de ses biens. Il y a un avantage public manifeste et important à éviter les perquisitions arbitraires et les saisies illégales. L'autre aspect concurrent de l'intérêt public tient à la détection et à la preuve efficaces du crime ainsi qu'à l'arrestation et à la condamnation rapides des délinquants. L'utilisation à bon escient de mandats de perquisition renforce la protection qu'assure au public l'application efficace de la loi.

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent ou à réduire l'efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime.

La révision judiciaire des documents paraît être la règle dans toutes les provinces à l'exception de la Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, le juge Esson a exprimé l'avis que la révision constituait du droit prétorien. C'est dans le cadre de ses motifs à l'appui d'un droit d'accès restreint au contenu du paquet scellé qu'il a fait cette affirmation. Dans l'arrêt *Dersch*, j'ai décidé que la jurisprudence en faveur d'un droit d'accès restreint n'est plus fondée. La révision des documents est donc essentielle quand l'affidavit produit à l'appui d'une demande d'autorisation contient des renseignements confidentiels. Pour déterminer ce qu'il doit écarter, le juge tiendra compte de la règle interdisant la divulgation de l'identité des indicateurs de la police. L'arrêt le plus récent dans lequel notre Cour expose cette règle est l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. Le juge Beetz affirme, à la p. 93:

It follows from these reasons that at common law the secrecy rule regarding police informers' identity has chiefly taken the form of rules of evidence based on the public interest, which prohibit judicial disclosure of police informers' identity by peace officers who have learned the informers' identity in the course of their duties. A witness also may not be compelled to state whether he is himself a police informer. The rule was developed in criminal proceedings, apparently in trials for high treason, but it also applies in civil matters, and in both cases it has been established for reasons which relate to the essential effectiveness of the criminal law. The rule is subject to only one exception, imposed by the need to demonstrate the innocence of an accused person. There are no exceptions in proceedings other than criminal. Its application does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound.

The identity of informers is generally not relevant. When a trial judge is engaged in the editing process, he or she must consider the "innocence at stake" exception. In *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211 (Nfld. S.C.), Goodridge J. took the following view of the exception, at p. 220:

The rule against the identification of police informants is only made possible because, in almost every case, it will not be relevant.... Where it is relevant, it will be admitted for that was the one exception mentioned by Beetz J. in the passage set forth above—the situation where disclosure was needed to demonstrate the innocence of an accused person.

In *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (7th Cir. 1957), Justice Burton wrote, at pp. 60-61:

Where the disclosure of an informer's identity, or of the contents of his communication, is relevant and helpful to the defence of an accused, or is essential to a fair determination of a cause, the privilege must give way. In these situations the trial court may require disclosure and, if the Government withholds the information, dismiss the action.

In *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (Ont. C.A.), Martin J.A. pointed out that the exception was "more likely to apply where the informer is a witness to material facts" (p. 451).

Il ressort de ces motifs qu'en *common law* le principe du secret relatif à l'identité des indicateurs de police s'est manifesté principalement par des règles de preuve que dicte l'intérêt public et qui excluent la divulgation judiciaire de l'identité des indicateurs de police par des agents de la paix qui ont appris l'identité de ces indicateurs dans l'exercice de leurs fonctions. On ne peut non plus contraindre un témoin à dire s'il est lui-même un indicateur de police. Le principe a pris naissance en matière criminelle, dans des procès pour haute trahison semble-t-il, mais il vaut également en matière civile et il a été reconnu dans un cas comme dans l'autre pour des motifs qui ont trait à l'efficacité essentielle du droit criminel. Ce principe ne souffre qu'une exception imposée par la nécessité de démontrer l'innocence de l'accusé. Il ne connaît aucune exception en matière autre que criminelle. Son application ne relève en rien de la discréption du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge.

L'identité des informateurs n'est généralement pas pertinente. Lorsque le juge du procès procède à la révision des documents, il doit examiner l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Dans l'arrêt *Re Rideout and The Queen* (1986), 31 C.C.C. (3d) 211 (C.S.T.-N.), le juge Goodridge s'est exprimé de la façon suivante au sujet de l'exception, à la p. 220:

[TRADUCTION] La règle interdisant l'identification des informateurs de la police n'existe que parce que, dans la plupart des cas, elle n'est pas pertinente... Lorsqu'elle est pertinente, elle est admise parce qu'il s'agit de la seule exception mentionnée par le juge Beetz dans l'extrait précité—là où la divulgation de l'identité est requise pour démontrer l'innocence de l'accusé.

Dans l'arrêt *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (7th Cir. 1957), le juge Burton a écrit, aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Lorsque la divulgation de l'identité d'un informateur, ou du contenu de sa communication, est pertinente et peut servir à la défense d'un accusé ou est essentielle à un procès équitable, le privilège doit être écarté. Dans ces situations, le juge du procès peut ordonner la divulgation et, si le gouvernement retient les renseignements, rejeter l'action.

Dans l'arrêt *Re Chambers and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (C.A. Ont.), le juge Martin a souligné que l'exception [TRADUCTION] «était plus susceptible de s'appliquer lorsque l'informateur était un témoin de faits importants» (p. 451).

The determination in each case will require the balancing of the relevance of the identity of the informer to the accused's case against the prejudice to the informer and to the public interest in law enforcement which disclosure would occasion. The issue does not arise in this appeal since it is not contended that the identity of the informer is relevant. It is undesirable, therefore, to delve further into the process of weighing these interests in determining whether an exception has been made out. Suffice it to say that it is very much a determination to be made by the trial judge.

The question remains as to the extent of editing and the procedure to be followed. Since there will be more than one method of striking a proper balance between the interests of law enforcement and of the right to make full answer and defence, I would not wish to place trial judges in a "straight-jacket" by laying down iron-clad rules with respect to editing. In deciding what to edit, the following factors outlined by Watt J. in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C.), at pp. 281-82, commend themselves to me:

- (a) whether the identities of confidential police informants, and consequently their lives and safety, may be compromised, bearing in mind that such disclosure may occur as much by reference to the nature of the information supplied by the confidential source as by the publication of his or her name;
- (b) whether the nature and extent of ongoing law enforcement investigations would thereby be compromised;
- (c) whether disclosure would reveal particular intelligence-gathering techniques thereby endangering those engaged therein and prejudicing future investigation of similar offences and the public interest in law enforcement and crime detection, and
- (d) whether disclosure would prejudice the interests of innocent persons.

I have examined the procedure followed in *Parmar*, approved in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), and the procedure followed by the Court of Appeal in this case. The following outline is the procedure which, in my view, should be followed. It is not intended to be exclusive or exhaustive.

Dans chaque cas, cette décision exige qu'on soupèse l'importance de l'identité de l'informateur pour la thèse de l'accusé et le préjudice que causerait la divulgation à l'informateur et à l'intérêt public en matière d'application de la loi. La question ne se pose pas en l'espèce puisqu'on ne prétend pas que l'identité de l'informateur est pertinente. Il est donc inutile de s'attarder plus longtemps sur la réconciliation de ces intérêts contradictoires pour décider si on a fait la preuve d'une exception. Il suffit de dire qu'une telle décision revient essentiellement au juge du procès.

Il reste à examiner la portée de la révision des documents et la procédure à suivre. Puisqu'il y a plus d'une façon de trouver l'équilibre approprié entre les intérêts de l'application de la loi et ceux du droit à une défense pleine et entière, je ne veux pas paralyser les juges du procès en formulant des règles rigides quant à la révision des documents. Pour décider des éléments à supprimer, les facteurs suivants mentionnés par le juge Watt dans l'arrêt *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont.), aux pp. 281 et 282 s'imposent:

[TRADUCTION]

- a) l'identité des informateurs confidentiels de la police, et donc leur vie et leur sécurité, peuvent-elles être compromises, sachant que la divulgation peut résulter tout autant de la mention de la nature des renseignements fournis par la source confidentielle que par la révélation de son nom?
- b) la nature et l'étendue des enquêtes en cours seraient-elles ainsi compromises?
- c) la divulgation révélerait-elle des techniques secrètes d'obtention de renseignements, mettant ainsi en danger ceux qui les pratiquent et compromettant la tenue d'enquêtes ultérieures sur des crimes semblables et l'intérêt public en matière d'application de la loi et de détection des crimes?
- d) la divulgation porterait-elle préjudice aux intérêts d'innocents?

J'ai examiné la procédure suivie dans l'arrêt *Parmar*, approuvée dans l'arrêt *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), et la procédure suivie par la Cour d'appel en l'espèce. J'estime qu'il convient de procéder de la manière suivante, quoique la liste des étapes mentionnées ne soit ni exclusive ni exhaustive:

1. Upon opening of the packet, if the Crown objects to disclosure of any of the material, an application should be made by the Crown suggesting the nature of the matters to be edited and the basis therefor. Only Crown counsel will have the affidavit at this point.
2. The trial judge should then edit the affidavit as proposed by Crown counsel and furnish a copy as edited to counsel for the accused. Submissions should then be entertained from counsel for the accused. If the trial judge is of the view that counsel for the accused will not be able to appreciate the nature of the deletions from the submissions of Crown counsel and the edited affidavit, a form of judicial summary as to the general nature of the deletions should be provided.
3. After hearing counsel for the accused and reply from the Crown, the trial judge should make a final determination as to editing, bearing in mind that editing is to be kept to a minimum and applying the factors listed above.
4. After the determination has been made in (3), the packet material should be provided to the accused.
5. If the Crown can support the authorization on the basis of the material as edited, the authorization is confirmed.
6. If, however, the editing renders the authorization insupportable, then the Crown may apply to have the trial judge consider so much of the excised material as is necessary to support the authorization. The trial judge should accede to such a request only if satisfied that the accused is sufficiently aware of the nature of the excised material to challenge it in argument or by evidence. In this regard, a judicial summary of the excised material should be provided if it will fulfil that function. It goes without saying that if the Crown is dissatisfied with the extent of disclosure and is of the view that the public interest will be prejudiced, it can withdraw tender of the wiretap evidence.
1. Au moment d'ouvrir le paquet, si le ministère public s'oppose à la divulgation de l'une ou l'autre des pièces, il devrait, dans une demande, indiquer la nature des éléments à supprimer et les raisons de le faire. Seul le substitut du procureur général aura l'affidavit à cette étape.
2. Le juge du procès devrait ensuite réviser l'affidavit comme l'a proposé le substitut du procureur de la Couronne et fournir une copie ainsi préparée à l'avocat de l'accusé. Il faudrait ensuite entendre les arguments de l'avocat de l'accusé. Si le juge du procès est d'avis que l'avocat de l'accusé ne sera pas en mesure d'apprécier la nature des éléments supprimés selon les recommandations du substitut du procureur général et l'affidavit ainsi produit, une sorte de résumé judiciaire quant à la nature générale des éléments supprimés devrait être fournie.
3. Après avoir entendu les arguments de l'avocat de l'accusé et la réponse du ministère public, le juge du procès devrait prendre une décision finale quant à la révision des documents, sans oublier qu'il faut la limiter au minimum et appliquer les facteurs précités.
4. Une fois la décision prise selon l'étape (3), les pièces du paquet devraient être remises à l'accusé.
5. Si le ministère public peut justifier l'autorisation sur le fondement des pièces révisées, l'autorisation est confirmée.
6. Cependant, si le texte révisé ne permet plus de justifier l'autorisation, le ministère public peut alors demander au juge du procès de tenir compte des éléments supprimés dans la mesure nécessaire pour justifier l'autorisation. Le juge du procès ne devrait accéder à cette demande que s'il est convaincu que l'accusé est suffisamment conscient de la nature des éléments écartés pour les contester dans sa plaidoirie ou par la preuve. À cet égard, un résumé judiciaire des éléments écartés devrait être fourni s'il peut remplir cette fonction. Il va sans dire que si le ministère public est en désaccord sur l'étendue de la divulgation et estime que l'intérêt public en subira un préjudice, il peut retirer la preuve recueillie par l'écoute électronique.

In this case, the Court of Appeal was in substantial compliance with the procedures outlined above. The process stopped after step (5). No issue can be taken with respect to the procedure followed.

*6. Is the accused entitled to cross-examination on the affidavit filed with the authorizing judge?*

The appellant asserts a right to cross-examine the affiant on the affidavits filed in support of the authorization. Specifically, he seeks to attack the statement made by the affiant that he (the affiant) received information from an informer, who had proved reliable in the past, and that in the month of December 1982 Garofoli and Criminisi had approached . . . (edited) with an offer to supply him with two kilograms of cocaine to sell for them. He filed two affidavits, his own and that of his former counsel. The substance of the affidavits is described in the reasons of Martin J.A. as follows, at p. 130:

Garofoli's affidavit states that he lived in Florida from September, 1977 up to August, 1983, when he returned to Hamilton to live. He was charged in Hamilton with certain offences of fraud and conspiracy to defraud, and he states in his affidavit that the only occasions on which he was in Hamilton, or even in Ontario, until he returned to Hamilton to live in August, 1983, were in connection with court appearances on those charges. He states that the only occasions on which he was in Hamilton during the latter part of 1982 or the early part of 1983 were in connection with court appearances on November 3, 1982, January 14, 1983, and on certain dates in February, March, April and May, 1983. He states that the allegation contained in Officer Campbell's affidavit, sworn on September 29, 1983, that some person was approached by Garofoli and Criminisi in December, 1982 with a proposal that this individual sell cocaine for them, is totally false, that he was not in Hamilton in the month of December, 1982, nor did he see or meet with Criminisi during any of his visits to Hamilton in connection with court appearances. He further states that the officer in charge of the fraud and conspiracy case was well aware that he was living in Florida and travelled to Hamilton only in connection with his court appearances, and that if Officer Campbell had made any inquiries he would readily have been aware that he was living in Florida during December, 1982.

En l'espèce, la Cour d'appel s'est en grande partie conformée à la procédure précitée. Elle s'est arrêtée après la cinquième étape. Il ne peut être question de contester la procédure suivie.

a

*6. L'accusé peut-il contre-interroger l'auteur de l'affidavit produit auprès du juge qui a accordé l'autorisation?*

b

L'appelant fait valoir le droit de contre-interroger l'auteur des affidavits produits à l'appui de l'autorisation. Plus précisément, il veut contester l'affirmation du déposant selon laquelle ce dernier a reçu des renseignements d'un informateur, qui s'était révélé digne de foi antérieurement, qu'au mois de décembre 1982 Garofoli et Criminisi avaient abordé . . .(omis) pour lui offrir deux kilos de cocaïne à vendre pour eux. Il a déposé deux affidavits, le sien et celui de son ancien avocat. Dans ses motifs, le juge Martin décrit le contenu des affidavits de la façon suivante, à la p. 130:

*e* [TRADUCTION] L'affidavit de Garofoli dit qu'il a vécu en Floride de septembre 1977 à août 1983, date à laquelle il est retourné vivre à Hamilton. Il a été accusé à Hamilton de diverses infractions de fraude et de complot de fraude et il affirme dans son affidavit que les seules occasions où il a été à Hamilton, ou même en Ontario, avant de retourner vivre à Hamilton en août 1983, se rapportent aux comparutions au tribunal à l'égard de ces accusations. Il affirme que les seules occasions où il était à Hamilton vers la fin de l'année *f* 1982 ou au début de l'année 1983 se rapportaient aux comparutions au tribunal le 3 novembre 1982, le 14 janvier 1983 et certains jours du mois de février, de mars, d'avril et de mai 1983. Il affirme que l'allégation contenue dans l'affidavit de l'agent Campbell, en date *g* du 29 septembre 1983, que Garofoli et Criminisi ont abordé une certaine personne en décembre 1982 pour lui proposer de vendre de la cocaïne pour eux, est tout à fait fausse, qu'il n'était pas à Hamilton en décembre 1982 et qu'il n'a ni vu ni rencontré Criminisi au cours de ses *h* visites à Hamilton concernant ces comparutions au tribunal. Il affirme en outre que le fonctionnaire chargé du dossier de fraude et de complot savait qu'il vivait en Floride et ne venait à Hamilton que pour comparaître devant le tribunal et que, si l'agent Campbell s'était *i* informé, il aurait vite appris qu'il vivait en Floride en décembre 1982.

The Court of Appeal refused cross-examination on the ground that accepting these affidavits as true, they did not establish that the affiant Campbell had "made a false statement in his affidavit knowingly and intentionally or with reckless disregard for its truth".

These preconditions for cross-examination of the affiant are based largely on the American case of *Franks v. Delaware, supra*. They were adopted by the Court of Appeal in *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (and in *Rowbotham, supra*). Most recently, they were upheld by Watt J. in *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300, where Watt J. stated them to be as follows, at p. 344:

- (i) there must be specific allegation(s) of deliberate falsehood or reckless disregard for the truth in respect of specific aspects of the supportive affidavit;
- (ii) there must be *prima facie* proof by the applicant in admissible form, of the substance of what is alleged to contravert (*sic*) the specific contents of the affidavit, and
- (iii) it must be made to appear that, if the material impugned as false or in reckless disregard of the truth is set aside, that which remains is insufficient to sustain the issuance of the impugned order under s. 178.13(1) or 178.13(4), as the case may be.

In my opinion, these preconditions are subject to the same criticisms that were levelled at the preconditions for the sealed packet imposed by the restricted access cases. In *R. v. Playford, supra*, Goodman J.A. stated, at p. 178:

... he cannot gain access to the affidavit unless he can prove on a *prima facie* basis the grounds for such access and he cannot prove such grounds unless he has access.

And in *Finlay and Grellette, supra*, Martin J.A. stated, at p. 77:

Counsel for the appellants stated that in consequence of the restriction placed on an accused's access to the sealed packet, the accused finds himself in an impossible situation. To ascertain whether there has been fraud or

La Cour d'appel a refusé le contre-interrogatoire parce que, même si ces affidavits étaient exacts, ils n'établissaient pas que le déposant Campbell avait [TRADUCTION] «fait une fausse déclaration dans son affidavit, volontairement et sciemment ou inconsidérément sans égard à la vérité».

Ces conditions préalables au contre-interrogatoire du déposant sont essentiellement fondées sur la décision américaine *Franks v. Delaware*, précitée. La Cour d'appel les a retenues dans l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449 (et dans *Rowbotham*, précité). Plus récemment, le juge Watt les a confirmées dans l'arrêt *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300, précité, en les décrivant de la façon suivante, à la p. 344:

[TRADUCTION]

- (i) il doit y avoir des allégations précises de déclarations délibérément fausses ou de déclarations inconsidérées sur des aspects précis de l'affidavit;
- (ii) le requérant doit apporter, de manière admissible, une preuve *prima facie* de la teneur de ce qui, allègue-t-on, contredit ces aspects précis de l'affidavit;
- (iii) il faut montrer que, si les pièces que l'on prétend fausses ou totalement étrangères à la vérité sont annulées, ce qui reste est insuffisant pour justifier la délivrance de l'ordonnance contestée en vertu du par. 178.13(1) ou 178.13(4), selon le cas.

À mon avis, ces conditions préalables peuvent faire l'objet des mêmes critiques que celles qui ont été avancées à l'égard des conditions préalables imposées par la jurisprudence en faveur d'un accès restreint au contenu du paquet scellé. Dans l'arrêt *R. v. Playford*, précité, le juge Goodman a affirmé, à la p. 178:

[TRADUCTION] ... il ne peut avoir accès à l'affidavit sans faire la preuve *prima facie* des raisons pour lesquelles il devrait y avoir accès et il ne peut faire la preuve de ces raisons sans y avoir accès.

Et dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, le juge Martin a affirmé, à la p. 77:

[TRADUCTION] L'avocat des appellants a affirmé que, par suite de la restriction imposée au droit d'accès de l'accusé au contenu du paquet scellé, l'accusé se trouve dans une situation impossible. Pour établir s'il y a eu

non-disclosure he requires access to the sealed packet, but he cannot gain access to the sealed packet unless he proves fraud or non-disclosure.

Applying that statement to this situation, the appellant cannot cross-examine unless he provides proof of deliberate falsehood or reckless disregard for the truth, and he cannot establish deliberate falsehood or reckless disregard for the truth unless he can cross-examine.

Furthermore, I question the utility of cross-examination if the accused can establish, even on a *prima facie* basis, deliberate falsehood or reckless disregard for truth. Except on television, most cross-examiners would consider a cross-examination to have succeeded marvelously if the result is a *prima facie* case that the affiant has been deliberately false or reckless. If this can be made out *ab extra*, there is no need to cross-examine.

This Court has consistently demonstrated a policy to uphold the right to cross-examine. In *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145, the right was maintained with respect to evidence of government policy before an administrative tribunal. See also *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525. In *Wilson, supra*, Dickson J., speaking for himself and Chouinard J., approved of the right to cross-examine on an affidavit filed in support of an authorization. He stated, at p. 624:

It is of little avail to defence counsel to have a statement of law that an authorization can be held to be invalid if obtained, for example, by material non-disclosure and then preclude counsel from asking questions tending to show there has in fact been non-disclosure.

Although McIntyre J. did not deal explicitly with the point, he did not disagree with this statement. Furthermore, in accepting the jurisprudence with respect to review of *ex parte* orders, he must have adopted the right to cross-examination which is inherent in such review. For example, in *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North America (Canadian District)*

fraude ou non-divulgation, il doit avoir accès au contenu du paquet scellé, mais il ne peut y avoir accès à moins de prouver la fraude ou la non-divulgation.

Si on applique cette affirmation en l'espèce, l'appelant ne peut contre-interroger le déposant à moins d'établir l'existence d'une fausse déclaration faite délibérément ou au mépris total de la vérité, ce qu'il ne peut faire à moins de contre-interroger le déposant.

En outre, je mets en doute l'utilité du contre-interrogatoire si l'accusé peut établir, même par une preuve *prima facie*, que la déclaration était délibérément fausse ou faite au mépris total de la vérité. Sauf à la télévision, les personnes qui font des contre-interrogatoires considéreraient avoir merveilleusement réussi si leur contre-interrogatoire donnait lieu à une preuve *prima facie* que la déclaration du déposant était délibérément fausse ou avait été faite au mépris total de la vérité. Si on peut en faire la preuve *ab extra*, il n'est pas nécessaire de contre-interroger.

Notre Cour a toujours eu pour principe de maintenir le droit au contre-interrogatoire. Dans l'arrêt *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145, le droit a été confirmé quant à la preuve de la politique du gouvernement devant un tribunal administratif. Voir également l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525. Dans l'arrêt *Wilson*, précité, le juge Dickson, avec l'appui du juge Chouinard, a approuvé le droit de contre-interroger l'auteur d'un affidavit déposé à l'appui d'une autorisation. Il a affirmé, à la p. 624:

Il ne sert à rien à l'avocat de la défense d'avoir un principe de droit portant qu'une autorisation peut être jugée invalide si, par exemple, elle a été obtenue par suite de la non-divulgation de faits pertinents, et qu'il lui soit ensuite interdit de poser des questions tendant à démontrer qu'il y a eu effectivement non-divulgation.

Bien que le juge McIntyre n'ait pas expressément traité ce point, il ne s'est pas opposé à cette affirmation. En outre, en acceptant la jurisprudence et la doctrine en matière de révision d'ordonnances *ex parte*, il doit avoir retenu le droit de contre-interroger qui est inhérent à la révision. Par exemple, dans l'arrêt *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union of North*

(1959), 18 D.L.R. (2d) 625 (B.C.C.A.), the court stated: "if the second Judge hears the motion, he should hear it *de novo* as to both the law and facts involved" (p. 627).

In my opinion, the preconditions in *Franks v. Delaware, supra*, are too restrictive. I believe that they are inconsistent with the approach which we have taken in Canada with respect to the right to cross-examine. Moreover, subject to the protection of the identity of informants and the concern with respect to the prolongation of proceedings, I see no reason for such a drastic curtailment of the right. I believe these concerns can be accommodated without imposing restrictions as inhibitive as those in *Franks v. Delaware*. With respect to informants, there is no right to cross-examine them. The informant is not a witness and cannot be identified unless the accused brings himself within the "innocence at stake" exception.

With respect to prolixity, I am in favour of placing reasonable limitations on the cross-examination. Leave must be obtained to cross-examine. The granting of leave must be left to the exercise of the discretion of the trial judge. Leave should be granted when the trial judge is satisfied that cross-examination is necessary to enable the accused to make full answer and defence. A basis must be shown by the accused 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.

When permitted, the cross-examination should be limited by the trial judge to questions that are directed to establish that there was no basis upon which the authorization could have been granted. The discretion of the trial judge should not be interfered with on appeal except in cases in which it has not been judicially exercised. While leave to cross-examine is not the general rule, it is justified in these circumstances in order to prevent an abuse of what is essentially a ruling on the admissibility of evidence.

*America (Canadian District)* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625 (C.A.C.-B.), la cour a affirmé: [TRADUCTION] «si le second juge entend la requête, il doit en reprendre l'audition au complet à la fois sur le plan du droit et celui des faits en cause» (p. 627).

À mon avis, les conditions préalables de l'arrêt *Franks v. Delaware*, précité, sont trop sévères. J'estime qu'elles sont incompatibles avec la conception que nous avons retenue au Canada quant au droit de contre-interroger. En outre, sous réserve de la protection de l'identité des informateurs et de la préoccupation relative à la prolongation des procédures, je ne vois aucune raison de restreindre si sévèrement ce droit. Je pense que l'on peut tenir compte de ces préoccupations sans imposer de restrictions aussi contraignantes que celles de l'arrêt *Franks v. Delaware*. En ce qui concerne les informateurs, il n'existe aucun droit de les contre-interroger. L'informateur n'est pas un témoin et ne peut être identifié à moins qu'il s'agisse de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé.

Quant à l'argument de la longueur du contre-interrogatoire, je suis en faveur de limites raisonnables. Il faut obtenir l'autorisation de contre-interroger. Cette autorisation relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et devrait être accordée lorsqu'il est convaincu que le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre à l'accusé de préparer une défense complète. L'accusé doit démontrer qu'il y 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.

Une fois autorisé, le contre-interrogatoire devrait être limité par le juge du procès aux questions qui visent à établir qu'il n'y avait aucun fondement justifiant la délivrance de l'autorisation. Il conviendrait de ne pas intervenir en appel dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf dans les cas où il n'a pas été exercé de façon judiciaire. Bien que l'autorisation de contre-interroger ne soit pas la règle générale, elle est justifiée dans ces circonstances pour prévenir un abus de ce qui équivaut essentiellement à une décision sur la recevabilité de la preuve.

In my opinion, the appellant has shown a basis for the cross-examination here. In view of the degree of reliance by the police on the informant in this case, if the informant is discredited then the factual basis for the authorization is undermined. If it is shown that the informant lied, then it could raise the inference that the police knew or ought to have known that he lied. If the police were not warranted in their belief that the information was true, then the basis for belief that a crime was to be committed disappears. Accordingly, the appellant should have been permitted to cross-examine. Cross-examination having been denied, there must be a new trial.

*7. Did the failure of the authorizing judge to include a minimization clause result in the authorization of an unreasonable search and seizure in violation of s. 8 of the Charter?*

This issue was not raised before the Court of Appeal and we do not have the benefit of the decision of the Court of Appeal. The appellant's argument before this Court relies on the fact that the affidavit dated November 23 reports that under the prior authorization 1000 calls were intercepted on the appellant's telephone line, of which 49 were considered relevant. He argues that the authorities were therefore cognizant of the interception of a high number of irrelevant private communications. Therefore, he submits, the failure to impose conditions minimizing the interception of irrelevant communications is unreasonable and renders the authorization invalid.

The issue of minimization is fully discussed in my reasons in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111. The November 21 authorization is within the limitations described in that case. The relevant features of the authorization are as follows. Paragraph 3 names 13 persons whose private communications may be intercepted. Paragraph 4 sets out two classes of other persons whose private communications may be intercepted: (a) other persons at the places set out in para. 6(a) to (g), and (b) persons originating calls received by persons mentioned in paras. 3 and 4(a). Paragraph 6 describes places at which private communications may be

À mon avis, l'appelant a justifié son droit au contre-interrogatoire en l'espèce. Compte tenu de l'importance donnée par les policiers à l'informateur en l'espèce, si celui-ci est discrédité, le fondement factuel de l'autorisation est vicié. Si on concluait que l'informateur a menti, on pourrait alors en déduire que les policiers savaient ou auraient dû savoir qu'il avait menti. Si les policiers n'étaient pas justifiés de croire que les renseignements étaient vrais, leur raison de croire qu'un crime allait être commis n'existe donc pas. Par conséquent, l'appelant aurait dû être autorisé à contre-interroger. Le contre-interrogatoire ayant été refusé, il doit y avoir un nouveau procès.

*7. L'omission du juge qui a accordé l'autorisation de prévoir une clause de minimisation a-t-elle donné lieu à une perquisition et à une saisie abusives en contravention de l'art. 8 de la Charte?*

Cette question n'a pas été soulevée devant la Cour d'appel et nous ne bénéficions pas de sa décision sur ce point. L'argumentation de l'appelant devant notre Cour s'appuie sur le fait que l'affidavit en date du 23 novembre indique qu'en vertu de l'autorisation antérieure 1 000 appels avaient été interceptés sur la ligne téléphonique de l'appelant, dont 49 avaient été jugés pertinents. Il soutient que les responsables savaient donc que de nombreuses interceptions de communications privées étaient sans pertinence. Il prétend donc que l'omission d'imposer des conditions minimisant l'interception de communications non pertinentes était déraisonnable et rendait l'autorisation invalide.

La question de la minimisation est examinée en détail dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. L'autorisation du 21 novembre est dans les limites décrites dans cet arrêt. Les aspects pertinents de l'autorisation sont les suivants. Le paragraphe 3 identifie 13 personnes dont les communications privées peuvent être interceptées. Le paragraphe 4 établit deux catégories d'autres personnes dont les communications privées peuvent être interceptées: a) d'autres personnes se trouvant dans les lieux décrits aux al. 6a) à g), et b) les personnes plaçant des appels reçus par les personnes mentionnées au par. 3 et à l'al.

intercepted. These are seven particular addresses set out in subparagraphs. (a) to (g) (each connected with the named persons in para. 3) and places to which persons set out in para. 3 are believed on reasonable and probable grounds to resort to, as set out in subparagraph. (h). Paragraph 6(h) has a proviso that interceptions at public pay telephones shall be accompanied by visual surveillance to ensure that one of the persons named in para. 3 is using the pay telephone.

The authorization does not permit the interception of the private communications of anyone, anywhere. The persons are limited to 13 named persons, their interlocutors, and persons at seven addresses connected with the named persons. The places are limited to seven named addresses, and places resorted to by the named persons.

The appellant's argument in this case does not attack the particular terms of the authorization so much as it attacks the absence of minimizing conditions in light of the high number of irrelevant interceptions under the September 29 authorization. In *Thompson* I recognized that with any wiretap authorization there is a possibility of invasion of the rights of innocent third parties. It is an unfortunate cost of electronic surveillance, but one that Parliament has judged is justified in appropriate circumstances in the investigation of serious crime. Likewise, the interception of irrelevant conversations, with the resultant invasion of the privacy of the target and third parties, is an unfortunate cost of electronic surveillance. The question is: is the cost so great that it renders the authorization unreasonable?

The circumstances in the case at bar are that some 950 irrelevant telephone calls from Garofoli's home were intercepted under the September 29 authorization. This invasion of privacy is regrettable, but is at least limited in its effect to persons visiting Garofoli's home. This is to be contrasted, for instance, with a public pay telephone, where the privacy of the public at large is threatened. It appears to me that the only feasible method of

4a). Le paragraphe 6 décrit les lieux où les communications privées peuvent être interceptées. Il s'agit des sept adresses précises mentionnées aux al. a) à g) (chacun des lieux étant relié à des personnes nommées au par. 3) et l'al. h) énumère des lieux que, suivant des motifs raisonnables et probables, on croit fréquentés par les personnes mentionnées au par. 3. L'alinéa 6h) prévoit que les interceptions à des téléphones publics devront se faire sous surveillance visuelle afin de s'assurer que l'une des personnes nommées au par. 3 utilise le téléphone public.

L'autorisation ne permet pas d'intercepter les communications privées de n'importe qui n'importe où. L'énumération se limite à 13 personnes identifiées, à leurs interlocuteurs et à des personnes à sept adresses ayant des liens avec les personnes nommées. Les lieux sont limités à sept adresses identifiées et aux endroits fréquentés par les personnes nommées.

En l'espèce, ce n'est pas tellement les conditions particulières de l'autorisation que l'appelant conteste, mais l'absence de conditions de minimisation compte tenu du nombre élevé d'interceptions non pertinentes réalisées en vertu de l'autorisation du 29 septembre. Dans l'arrêt *Thompson*, j'ai reconnu qu'en matière d'autorisation d'écoute électronique, il peut arriver de porter atteinte aux droits de tiers innocents. C'est malheureusement le coût de la surveillance électronique, mais le Parlement l'a jugé nécessaire dans les circonstances appropriées d'une enquête sur un crime grave. De même, l'interception de conversations non pertinentes, avec pour résultat l'atteinte au droit à la vie privée de cibles et de tiers, fait malheureusement partie du coût de la surveillance électronique. La question est de savoir: le coût est-il si élevé qu'il rend l'autorisation abusive?

En l'espèce, quelque 950 appels téléphoniques non pertinents ont été interceptés à partir du domicile de Garofoli en vertu de l'autorisation du 29 septembre. Cette atteinte à la vie privée est regrettable mais elle est au moins limitée dans son effet aux personnes en visite au domicile de Garofoli. Cette situation peut, par exemple, être opposée au téléphone public payant où le droit à la vie privée d'un grand nombre de personnes est menacé. Il me

eliminating the recording of irrelevant calls on Garofoli's telephone line would have been a requirement of live monitoring. Even this method might be ineffective, for the relevance of a particular conversation cannot necessarily be determined with certainty until the content of a conversation is considered along with all other information gathered in an investigation. Furthermore, relevance cannot always be determined with certainty by listening, for instance, to the first few words of a conversation. Irrelevant calls would still have to be listened to long enough to determine that they are irrelevant.

In *Thompson* I adopted the position taken by Martin J.A. in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, that an absolute requirement of live monitoring in all cases would impose too heavy a burden on Canadian law enforcement officials. In my view, while a requirement of live monitoring or visual confirmation would generally be appropriate when telephone calls are proposed to be intercepted at public pay telephones, the same considerations do not apply with respect to the private residence of a person named in an authorization unless there are special circumstances calling for live monitoring. It must be remembered that constant live monitoring of a private residence can also constitute a serious invasion of privacy.

The presence of special circumstances must be determined on the basis of what will enable the police to obtain the evidence with a minimum invasion of privacy. Thus, if the information in the possession of the police indicates that the subject visits the premises only occasionally and for a short duration, this should be reflected in the extent of the electronic surveillance. It may require live monitoring to determine the presence of the target and indeed may be a term in the authorization. Wholesale interception of all communication in and out of the residence in these circumstances will run the risk of being found to be an unreasonable search and seizure. On the other hand, if the target is an occupant and is usually present, other considerations will apply.

semble que la seule façon possible d'éliminer l'enregistrement d'appels non pertinents sur la ligne téléphonique de Garofoli aurait été d'imposer une surveillance réelle. Cette méthode peut même être inefficace, car on ne peut nécessairement déterminer avec certitude la pertinence d'une conversation téléphonique donnée avant que son contenu soit examiné avec les autres renseignements recueillis au cours de l'enquête. En outre, la pertinence ne peut pas toujours être établie avec certitude par l'écoute, par exemple, des premiers mots d'une conversation. Il serait encore nécessaire d'écouter les conversations suffisamment longtemps pour établir que les appels sont sans pertinence.

Dans l'arrêt *Thompson*, j'ai retenu la position du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, que l'obligation absolue d'une surveillance réelle dans tous les cas imposerait un fardeau trop lourd aux responsables de l'application des lois canadiennes. À mon avis, bien que l'obligation d'une surveillance réelle ou visuelle soit généralement appropriée lorsque les appels téléphoniques que l'on se propose d'intercepter proviennent de téléphones publics payants, les mêmes considérations ne s'appliquent pas à la résidence privée d'une personne nommée dans une autorisation, à moins qu'il existe des circonstances particulières exigeant une surveillance réelle. Il faut rappeler que la surveillance réelle constante peut également être une intrusion importante dans la vie privée.

La présence de circonstances particulières doit être déterminée en fonction de ce qui permettra à la police d'obtenir la preuve avec une atteinte minimale à la vie privée. En conséquence, si les renseignements que la police détient indique que la personne visée n'est sur les lieux qu'occasionnellement et pour de courtes durées, ce fait devrait être reflété dans la portée de la surveillance électronique. Il peut être nécessaire de recourir à la surveillance directe pour s'assurer de la présence de la cible et cela peut également être prévu comme condition de l'autorisation. L'interception de toutes les communications provenant ou à destination de la résidence dans ces circonstances risquerait d'être jugée constituer une fouille et une saisie abusives. Par contre, si la cible est un occupant de

Such information may be lacking initially but will often be available after a period of electronic surveillance pursuant to a valid authorization. On renewal, or application for a new authorization, this information must be utilized to minimize the invasion of privacy.

The appellant has not satisfied the Court that this case involves any special considerations. I therefore conclude that the authorization is not rendered unreasonable in the absence of minimizing conditions. The appeal on this ground must fail.

#### *8. Did the accused abscond?*

I would dismiss the appeal based on this ground for the reasons given by Martin J.A.

#### *9. Did the trial judge properly caution the jury with respect to the evidence of accomplices?*

I would dismiss the appeal based on this ground for the reasons given by Martin J.A.

#### Disposition

I have found that none of the grounds raised, except the cross-examination issue, is entitled to succeed. In my opinion, however, the appellant ought to have been permitted to cross-examine the affiant on the affidavits and there must therefore be a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Justice Sopinka in this and the related appeals of *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520. My approach to the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, leads me to a different conclusion with respect to a number of the questions presented by these appeals—a conclusion substantially in accord with the views expressed by Martin J.A. in the Court of Appeal below: (1988), 41 C.C.C. (3d) 97.

la maison et y est ordinairement présent, d'autres considérations entrent en jeu. Ces renseignements peuvent initialement manquer mais seront souvent disponibles après une certaine période de surveillance électronique exercée en vertu d'une autorisation valide. Au moment du renouvellement, ou de la demande d'une nouvelle autorisation, ces renseignements doivent être utilisés pour réduire au minimum l'atteinte à la vie privée.

L'appelant n'a pas convaincu la Cour qu'il existait des circonstances particulières en l'espèce. Je conclus donc que l'autorisation ne devient pas abusive en raison de l'absence de conditions de minimisation. Le pourvoi quant à ce moyen doit échouer.

#### *8. L'accusé s'est-il esquivé?*

*d* Je rejette le pourvoi sur ce moyen pour les motifs donnés par le juge Martin.

#### *9. Le juge du procès a-t-il fait au jury une mise en garde appropriée concernant le témoignage des complices?*

*e* Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sur ce moyen pour les motifs exposés par le juge Martin.

#### Dispositif

*f* J'ai conclu qu'aucun des moyens soulevés, sous réserve de la question du contre-interrogatoire, ne peut réussir. Cependant, j'estime que l'appelant aurait dû être autorisé à contre-interroger l'auteur des affidavits et qu'il doit donc y avoir un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

*h* LE JUGE MCLACHLIN—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par le juge Sopinka dans le présent pourvoi et les pourvois connexes *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. Mon interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, m'amène à une conclusion différente sur un certain nombre de questions soulevées par ces pourvois—une conclusion dans l'ensemble conforme à l'avis du juge Martin de la Cour d'appel en l'espèce: (1988), 41 C.C.C. (3d) 97.

The issues on this and the related appeals relate to the proper forums and procedures for challenging judicial orders authorizing wiretaps of private conversations. They involve both the *Criminal Code* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and engage the values enshrined in each. Accordingly, I preface my discussion of the issues with observations concerning the operation of Part IV.1 of the *Criminal Code* and its interaction with the *Charter*.

### I. Part IV.1 of the Criminal Code and the Canadian Charter of Rights and Freedoms

Part IV.1 of the *Criminal Code* is the primary source of legislative guidance on the subject of wiretaps. It reflects an attempt to reconcile society's interest in the detection of crime and the proper administration of justice with individual interests in privacy and a fair trial. But because state wiretaps raise concerns with respect to individual liberties, the *Charter* also plays a role in governing the electronic interception of private communications.

The purpose of Part IV.1 is clear from its terms. Part IV.1 seeks to protect the privacy of individuals from invasion by electronic monitoring, while preserving the power of the police to intercept communications, where they have reason to believe that a crime has been or may be committed and the interception is reasonably necessary. The first of these purposes—the protection of privacy—is evidenced by the prohibition in s. 178.11(1) (now s. 184(1)) of the electromagnetic, acoustic, or mechanical interception of private communications. The second—the protection of the administration of justice—is evidenced by the following subsection, which exempts consensual or authorized communications from the prohibition. This concern with protection of the administration of justice has two aspects. The first is the public interest in securing the prosecution and conviction of the guilty. But the legislation also recognizes the importance of fairness to the accused in pro-

Le présent pourvoi et les pourvois connexes concernent la question de savoir devant quels tribunaux et selon quelles procédures contester les ordonnances judiciaires autorisant l'interception électronique de conversations privées. Ils concernent à la fois le *Code criminel* et la *Charte canadienne des droits et libertés* et mettent en cause les valeurs consacrées par l'un et l'autre. En conséquence, avant d'aborder le sujet, je ferai des observations sur l'application de la partie IV.1 du *Code criminel* et sur ses rapports avec la *Charte*.

### I. La partie IV.1 du Code criminel et la Charte canadienne des droits et libertés

La partie IV.1 du *Code criminel* est la source principale des directives législatives sur l'écoute électronique. Il reflète une tentative de concilier l'intérêt de la société en matière de détection des crimes et de bonne administration de la justice, d'une part, et le droit des personnes à leur vie privée et à un procès équitable, d'autre part. Puisque l'écoute électronique pratiquée par l'État touche également au respect des libertés individuelles, la *Charte* a aussi une influence sur la réglementation de l'interception électronique des communications privées.

L'objet de la partie IV.1 ressort clairement de son libellé. Elle vise à protéger le droit des personnes à leur vie privée contre la surveillance électronique tout en préservant le droit des policiers d'intercepter des communications quand ils ont des motifs de croire qu'un crime a été commis ou risque de l'être et quand l'interception des communications est raisonnablement nécessaire. Son premier objet, protéger le droit des personnes à leur vie privée, ressort de l'interdiction que comporte le par. 178.11(1) (aujourd'hui par. 184(1)) de procéder à l'interception de communications privées au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique ou mécanique. Son second objet, protéger la bonne administration de la justice, ressort du paragraphe suivant qui soustrait à cette interdiction les communications dont l'interception a été autorisée ou dont l'interception a reçu le consentement d'une partie. Ce souci de préserver la bonne administration de la justice a deux volets. Le premier est l'intérêt de la société à ce que les coupables soient traduits en justice et condamnés. Cependant, la

viding that only interceptions which have been lawfully obtained will be received in evidence.

The judgment of Parliament is thus clear. Privacy is to be protected, but must yield to the higher interest of the administration of justice where the criteria for obtaining an authorization are established. The fairness of the trial process is maintained in that unlawfully obtained evidence is not admitted. This is the fundamental philosophy which should guide the courts when dealing with the electronic interception of private communications.

Given that the electronic interception of private communications raises questions about individual privacy and the right to a fair trial, the *Charter* also has a role to play in governing state use of wiretaps. The powers conferred on the courts by Part IV.1 must be exercised in conformity with the principles enshrined in the *Charter*. These principles include the protection of individual privacy and the right to a fair trial, including the right to make full answer and defence—values which are complementary to the interests reflected in Part IV.1 of the *Code*.

Having set out the philosophy which infuses Part IV.1 of the *Code* and related *Charter* provisions, I turn to the specific provisions of the *Code*. Society's interest in the prevention and detection of crime is served most directly by the creation of a mechanism pursuant to which law enforcement agencies can obtain judicial authorization to intercept private communications. Section 178.13(1) sets out the pre-conditions to the granting of an authorization by a judge to whom such an application is made. An authorization is only to be given where the judge is satisfied that it would be in the best interests of the administration of justice to do so and other investigative procedures are inadequate to the task. The power conferred on a judge by this section must be exercised in conformity with the *Charter*. Like Sopinka J., I agree with Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal, who

disposition législative consacre aussi l'importance de l'équité envers les accusés en prescrivant que seules les communications interceptées légalement sont recevables en preuve.

<sup>a</sup> L'intention du législateur est donc claire. Le droit à la vie privée doit être protégé, mais il doit céder le pas à l'intérêt plus important qu'est la bonne administration de la justice, quand les conditions qui justifient une autorisation existent. L'équité du procès est sauvegardée parce que les éléments de preuve obtenus illégalement sont irrecevables. Tel est le principe fondamental qui doit guider les tribunaux dans leurs décisions relatives à l'interception électronique de communications privées.

<sup>b</sup> Étant donné que l'interception électronique de communications privées soulève des questions au sujet du droit des personnes à leur vie privée et du droit à un procès équitable, la *Charte* intervient aussi dans la réglementation de l'utilisation par l'État de l'écoute électronique. Les pouvoirs conférés aux tribunaux par la partie IV.1 doivent être exercés conformément aux principes constitutionnalisés dans la *Charte*. Ces principes englobent la protection du droit des personnes à leur vie privée et le droit à un procès équitable, y compris celui de présenter une défense pleine et entière—qui sont des valeurs complémentaires aux intérêts qui inspirent la partie IV.1 du *Code*.

<sup>c</sup> Après cet énoncé de la philosophie qui anime la partie IV.1 du *Code* et les dispositions correspondantes de la *Charte*, j'aborderai les dispositions précises du *Code*. L'intérêt de la société à la prévention et à la détection du crime est très directement servi par la création d'un mécanisme permettant aux organismes chargés d'appliquer les lois d'obtenir une autorisation judiciaire pour intercepter des communications privées. Le paragraphe 178.13(1) fixe les conditions préalables à l'octroi de l'autorisation par un juge saisi d'une demande à cette fin. Pour accorder l'autorisation, le juge doit être convaincu qu'il est dans le meilleur intérêt de l'administration de la justice de l'accorder et que les autres moyens d'enquête sont inefficaces dans les circonstances. Le pouvoir que cet article confère à un juge doit être exercé conformément à la *Charte*. Comme le juge

stated in *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, that s. 178.13(1)(a) should be read so as to require that a judge granting an authorization be satisfied that there are reasonable grounds to believe that the specified offence has been or is being committed, and that evidence of the offence will be obtained by the interception sought.

Apart from this limitation on a judge's ability to authorize a wiretap, the direct protection for individuals comes from two sources: s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code*, which states that to be admissible in evidence an electronic interception must have been "lawfully made"; and s. 24(2) of the *Charter*, which provides for the exclusion of evidence where the evidence was obtained in a manner that infringed a *Charter* right and it is established that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Properly viewed, these two mechanisms, operating individually and in tandem, respond to individual interests in both privacy and a fair trial.

These protections give rise to three different applications:

- (1) An application to open the packet;
- (2) An application to set aside the authorization (the *Wilson* application);
- (3) An application to exclude the interception from evidence

(i) on the ground that the authorization is invalid on its face or that the interception was not executed within the terms of the authorization (the *Parsons voir dire*);

(ii) on the ground that the authorization does not name all "known" persons as required by ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c) of the *Code* (the *Vanweenan* application);

(iii) on the ground that the authorization fails to comply with the requirements for

Sopinka, je suis de l'avis du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a dit dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, qu'il faut voir dans l'al. 178.13(1)a) la condition que le juge qui accorde une autorisation soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'infraction reprochée a été commise ou est en train de l'être et que l'écoute demandée en fournira une preuve.

Outre cette restriction à la capacité d'un juge d'autoriser la surveillance électronique, la protection directe des personnes découle de deux sources: l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel*, qui précise que, pour que la communication soit recevable à titre de preuve, il faut que l'interception ait été «faite légalement», et le par. 24(2) de la *Charte*, qui prescrit l'exclusion de la preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte* et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Vus dans leur juste perspective, ces deux mécanismes, appliqués séparément et ensemble, servent les intérêts de la personne tant à l'égard du droit à la vie privée qu'à l'égard du droit à un procès équitable.

La protection de ces droits donne lieu à trois différentes demandes:

- (1) une demande d'ouverture du paquet;
- (2) une demande d'annulation de l'autorisation (demande de type *Wilson*);
- (3) une demande d'irrecevabilité en preuve de l'interception
  - (i) pour le motif que l'autorisation est apparemment nulle ou que l'interception n'a pas été réalisée conformément aux conditions mentionnées dans l'autorisation (voir-dire de type *Parsons*);
  - (ii) pour le motif que l'autorisation ne donne pas les noms, s'ils sont «connus», de toutes les personnes, comme l'exigent les al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c) du *Code* (demande de type *Vanweenan*);
  - (iii) pour le motif que l'autorisation ne respecte pas les conditions nécessaires d'une

reasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* (the *Garofoli* application).

Under present practice, the first application (to open the packet) must be made before a judge designated under Part IV.1 of the *Code* (a superior court judge); the second (to set aside) must be made to the court which authorized the order (also a superior court); and the third (to exclude evidence) must be made before the trial judge (who may be a judge of the provincial court).

This case raises issues concerning applications (1), (2) and (3)(iii). The first concern is the relationship between application (2), the *Wilson* application, and the application on *Charter* grounds under (3)(iii), the *Garofoli* application. Since both are ultimately concerned with the admissibility of the wiretap evidence, can they be consolidated so that the trial judge can deal with both? The second concern relates to how the court which ultimately hears the matter should exercise its powers under Part IV.1 of the *Code*. When should the packet on which the authorization was based be opened? If opened, can it be edited? When should cross-examination of the deponents of affidavits in the packet be permitted?

I propose to deal with each of these concerns in turn.

## II. Challenging a Judicially Authorized Interception—Where Should it Happen?

Apart from technical faults which are dealt with under the *Parsons* and *Vanveenan* applications, the existing jurisprudence suggests two remedies for an accused seeking to prevent the use at trial of wiretap evidence—one under the *Code* and one under the *Charter*; one before a judge of the superior court which issued the order and one before the trial judge. My colleague, Sopinka J., takes the view that the two applications can be consolidated, with the result that the trial judge, regardless of the court he or she sits on, can hear both. I cannot agree. Notwithstanding the proce-

fouille ou saisie raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte* (demande de type *Garofoli*).

Selon la pratique actuelle, la première demande (l'ouverture du paquet) doit être présentée au juge désigné en vertu de la Partie IV.1 du *Code* (un juge d'une cour supérieure); la deuxième (la demande d'annulation) doit être présentée à la cour qui a délivré l'ordonnance (aussi une cour supérieure); et la troisième (la demande d'irrecevabilité en preuve) doit être présentée au juge du procès (qui peut être un juge d'une cour provinciale).

L'espèce soulève certaines questions concernant les demandes de type (1), (2) et (3)(iii). La première vise les rapports entre la catégorie (2), la demande de type *Wilson*, et la catégorie (3)(iii), la demande de type *Garofoli* fondée sur la *Charte*.  
Puisque l'une et l'autre portent, en définitive, sur la recevabilité d'éléments de preuve obtenus par écoute électronique, peuvent-elles être réunies de sorte que le juge du procès puisse trancher les deux? La deuxième est la manière dont la cour qui entend finalement la cause doit exercer ses pouvoirs en vertu de la partie IV.1 du *Code*. Quand faut-il ouvrir le paquet contenant les pièces justificatives de l'autorisation? Si celui-ci est ouvert, est-il permis d'en censurer le contenu? Quand est-il permis de contre-interroger les auteurs des affidavits contenus dans le paquet?

J'aborderai ces questions à tour de rôle.

## II. Contestation d'une interception de communications autorisée par un juge—A qui faut-il la présenter?

Outre les vices de forme, qui font l'objet de demandes de type *Parsons* ou de type *Vanveenan*, la jurisprudence actuelle offre deux recours à l'accusé qui cherche à empêcher l'utilisation au procès des preuves obtenues par écoute électronique—un fondé sur le *Code* et un autre sur la *Charte*, un devant un juge de la cour supérieure qui a rendu l'ordonnance et un autre devant le juge du procès. Mon collègue le juge Sopinka est d'avis qu'il est possible de réunir les deux demandes, de sorte que le juge du procès, quelle que soit la cour à laquelle il préside, puisse entendre l'une et l'autre. Je ne

dural advantages of such a solution, I do not think it is open to this Court to impose it.

I turn first to the *Wilson* application to set aside the authorization. As Martin J.A., of the Ontario Court of Appeal, explained in his reasons in this case, in order for an accused to succeed on a *Wilson* application, there must be evidence of fraud, material non-disclosure, misleading disclosure or new evidence which shows that the actual facts are different from those on which the authorization was granted under s. 178.13. The result of a successful *Wilson* application is that the authorization will be set aside, as if it never existed, so that any interception made pursuant to it will not have been lawfully made, and therefore will not be admissible in evidence under s. 178.16(1)(a) of the *Code*.

The *Code* does not expressly provide for the *Wilson* application, although it contemplates that judicial authorizations may be set aside. The *Wilson* application rests rather on the common law rule that the court which makes an order can also set it aside. No other court, except a statutorily empowered court of appeal, can set the order aside. This rule is known as the rule against collateral attack. Applied to the problem before us, it precludes holding that a provincial court trial judge can set aside an authorization under Part IV.1 (the *Wilson* application). That can only be done by a judge of the superior court which granted the authorization.

This is the logic upon which this Court relied in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, where the majority held that an authorization which has not been set aside is not subject to collateral attack and must be given full effect according to its terms. This is also the logic upon which this Court relied in unanimously affirming *Wilson* in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. It is based on sound principle and, in my view, unassailable. Accordingly, I find myself unable to avoid the conclusion which it mandates—namely, that an

puis être d'accord. Malgré les avantages de cette solution du point de vue de la procédure, je ne crois pas que notre Cour ait la faculté de l'imposer.

- a* Je commencerai par examiner la demande de type *Wilson* qui vise à faire annuler l'autorisation. Comme le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario l'explique dans ses motifs en l'espèce, pour qu'un accusé ait gain de cause sur une demande de type *Wilson*, il doit apporter la preuve d'une fraude, d'une non-divulgation importante, d'une déclaration trompeuse ou de nouveaux éléments de preuve qui démontrent que les faits réels sont différents de ceux sur lesquels l'autorisation a été accordée en vertu de l'art. 178.13. Une demande de type *Wilson* a pour effet, si elle est acceptée, d'annuler l'autorisation, comme si celle-ci n'avait jamais existé, de sorte que toute interception de communications faite en vertu de celle-ci est illégale et qu'aucune preuve ainsi recueillie n'est recevable en vertu de l'al. 178.16(1)*a*) du *Code*.

- e* Le *Code* ne prévoit pas expressément la demande de type *Wilson*, bien qu'il envisage que les autorisations judiciaires puissent être annulées. La demande de type *Wilson* est plutôt fondée sur la règle de common law selon laquelle un tribunal qui rend une ordonnance peut aussi l'annuler. Aucune autre cour, sauf une cour d'appel autorisée par la loi, ne peut annuler une telle ordonnance. C'est ce qu'on a appelé la règle interdisant la contestation indirecte. Appliquée à l'espèce, cette règle écarte la proposition qu'un juge de cour provinciale puisse annuler une autorisation accordée en vertu de la partie IV.1 (demande de type *Wilson*). Seul un juge de la cour supérieure qui a accordé l'autorisation peut l'annuler.

- h* Telle est la logique que notre Cour a suivie dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, lorsque la majorité a jugé qu'une autorisation qui n'a pas été annulée ne peut faire l'objet d'une contestation indirecte, mais qu'elle doit s'appliquer totalement selon sa teneur. C'est aussi le raisonnement suivi par notre Cour pour confirmer l'arrêt *Wilson* à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764. Il est fondé sur des principes solides et, à mon avis, inattaquables. En conséquence, je suis obligé de conclure qu'une

application to set aside a wiretap authorization can be made only to a judge of a superior court designated under Part IV.1 of the *Code* and cannot be brought before a trial judge of a different court.

The second source of protection for the individual interests touched by wiretapping is the *Charter*. The *Garofoli* review, as it has come to be known from Martin J.A.'s judgment in this case, involves a determination as to the admissibility of an electronic interception under s. 8 of the *Charter*. That section 8 comes into play here results from the reasoning in *R. v. Finlay and Grellette, supra*, which held that electronic interception of private communications is a "search or seizure" within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Given that s. 8 is viewed as, at a minimum, dealing with privacy concerns, the introduction of s. 8 here adds a second level of protection for individual privacy, one that supplements the protection already provided within the *Criminal Code*. Pursuant to s. 8, then, the search or seizure must be reasonable, which means that it must comport with the minimum s. 8 requirements set out in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Under the *Charter*, the trial judge, even if not a judge of a superior court, is competent to determine whether evidence was obtained in contravention of s. 8, which, in this context, means determining whether the authorization was granted so as to meet the pre-conditions in the *Code*. As Martin J.A. explains, the finding that the pre-conditions were not met leaves the judge with a discretion to exclude the evidence under s. 24(2) of the *Charter* as a result of a s. 8 breach.

This review of the two general remedies available to exclude wiretap evidence suggests that the two cannot be conceptually combined and cannot both be brought before a trial judge unless that judge happens to belong to the superior court which issued the authorization. The accused has a legal right to apply to the court which issued the authorization to wiretap that this Court cannot

demande d'annulation d'une autorisation d'écoute électronique ne peut être présentée qu'à un juge d'une cour supérieure au sens de la partie IV.1 du *Code* et qu'elle ne peut l'être au juge du procès d'une autre cour.

La deuxième source de protection des intérêts de la personne en matière d'écoute électronique découle de la *Charte*. La demande de révision de type *Garofoli*, d'après l'appellation qu'on lui a donnée à la suite des motifs du juge Martin en l'espèce, concerne la recevabilité d'éléments de preuve recueillis par écoute électronique, en fonction de l'art. 8 de la *Charte*. L'article 8 entre en jeu ici en raison du raisonnement suivi dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, qui a statué que l'interception électronique de communications privées est «une fouille ou une saisie» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Étant donné que l'art. 8 est considéré comme réglant au moins des préoccupations concernant le droit à la vie privée, son application offre ici un deuxième niveau de protection du droit à la vie privée qui s'ajoute à celui déjà offert en vertu du *Code criminel*. Pour respecter cet article, une fouille ou une saisie doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'elle doit respecter les conditions minimales fixées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En vertu de la *Charte*, le juge du procès, même s'il ne s'agit pas d'un juge d'une cour supérieure, a le pouvoir de décider si la preuve a été obtenue en contravention de l'art. 8, ce qui signifie, dans un cas comme celui-ci, de décider si l'autorisation a été accordée conformément aux conditions préalables fixées par le *Code*. Comme le juge Martin l'explique, la constatation que les conditions préalables fixées par le *Code* n'ont pas été respectées confère au juge le pouvoir discrétionnaire, par application du par. 24(2) de la *Charte*, d'écartier la preuve qui contrevient à son art. 8.

Il ressort de cette analyse des deux recours généraux qui permettent l'exclusion de la preuve obtenue par écoute électronique qu'il est impossible de réunir conceptuellement ces deux recours et de les présenter au juge du procès à moins que celui-ci n'appartienne à la cour supérieure même qui a accordé l'autorisation. L'accusé a un droit strict de s'adresser à la cour qui a rendu l'ordon-

take away. No more can this Court empower a judge of another court to hear such an application, in contravention of the rule against collateral review. The *Wilson* application to set an authorization aside and the *Garofoli* application to reject evidence under the *Charter* are conceptually and jurisprudentially distinct, a fact which this Court is powerless to change.

I thus find myself in agreement with the view taken in the Ontario Court of Appeal that an accused seeking to exclude evidence of an interception has two remedies: (1) a *Wilson* application to a superior court to set aside the authorization, thereby rendering the interception not "lawfully made" within the terms of s. 178.16(1)(a); and (2) a *Garofoli* application before the trial judge (often a provincial court judge) for exclusion of the intercepted evidence on the ground that it constitutes an unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*, the reception of which in evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*. The *Wilson* application carries with it a more onerous burden, but that is offset by the fact that the remedy for a successful applicant is automatic: the interception cannot be admitted into evidence. Under the *Charter*, the accused faces a less substantial burden, but the remedy is not automatic; it is based on s. 24(2) of the *Charter* which is necessarily flexible in that it must deal with a variety of circumstances.

It is necessary to add a comment on the question of what is meant by a "lawfully made" interception in s. 178.16(1)(a), since it impacts on when evidence becomes inadmissible under a *Wilson* application. Two views are possible in this regard. The first is that of Martin J.A. in the judgment below. On this view, any interception obtained pursuant to an authorization, which has not been set aside, is lawful and hence admissible under Part IV.1. It may, however, be excluded under s. 24(2) of the *Charter* if it was obtained in breach of

nance d'autorisation d'écoute électronique et notre Cour ne peut le priver de ce droit. Notre Cour ne peut pas non plus habiliter un juge d'une autre cour à entendre cette demande, car ce serait aller à l'encontre de la règle interdisant les contestations indirectes. Une demande de type *Wilson* visant l'annulation d'une autorisation et une demande de type *Garofoli* visant l'exclusion de preuves par application de la *Charte* sont distinctes sur le plan des concepts et de la jurisprudence, et notre Cour ne peut rien y changer.

Je suis donc de l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario qu'un accusé qui cherche à faire écarter des éléments de preuve obtenus par écoute électronique a deux recours: (1) une demande de type *Wilson*, présentée à une cour supérieure, pour faire annuler l'autorisation, de sorte que l'interception n'est plus «faite légalement» au sens de l'al. 178.16(1)a); et (2) une demande de type *Garofoli*, au juge du procès (souvent un juge de cour provinciale), pour faire exclure les éléments de preuve pour le motif que leur interception est une fouille ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*. La demande de type *Wilson* comporte un fardeau de preuve plus onéreux, mais ce désavantage est compensé par le fait que la réparation est automatique si le requérant a gain de cause: la preuve obtenue par l'interception des communications est irrecevable. En vertu de la *Charte*, l'accusé a un fardeau de preuve moins lourd à satisfaire, mais la réparation n'est pas automatique: elle dépend du par. 24(2) de la *Charte* qui est nécessairement souple puisqu'il s'applique à une grande diversité de circonstances.

Il faut ajouter une remarque sur ce qu'est l'interception «faite légalement» selon l'al. 178.16(1)a), car cela détermine l'admissibilité de la preuve à l'occasion d'une demande de type *Wilson*. Il y a deux avis à cet égard. Le premier est celui du juge Martin en Cour d'appel en l'espèce, qui estime que toute preuve recueillie par une interception autorisée, qui n'a pas été annulée, est légalement obtenue et donc recevable en vertu de la partie IV.1. Elle peut cependant être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, si elle a été

the accused's rights under s. 8 of the *Charter* and its use would tend to bring the administration of justice into disrepute. The second view is that of Sopinka J. It holds that an authorized interception may be unlawful if it was obtained in circumstances where an authorization should not have been granted.

In my view, the governing consideration must be the intention of Parliament. What did it intend "lawfully made" to mean? I share Martin J.A.'s view that Parliament meant an interception made pursuant to a subsisting authorization. To hold that conduct expressly authorized by a court order is unlawful runs contrary to our most fundamental notions of lawfulness. If a person armed with such an order cannot assume he or she is acting lawfully, who can?

It may be that the order pursuant to which an interception has been made is later discredited. If that happens, the order may be set aside rendering the interception unlawful *ab initio*, or the interception may be rejected in evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The question of preserving the formal validity of the order purely for the purpose of showing deference for court orders does not arise in either case. In the first case, Part IV.1 expressly provides for the order to be set aside. In the second, the remedy under s. 24(2) of the *Charter* is confined to the exclusion of evidence. While there might arguably be power under s. 24(1) to set aside the improperly obtained court order, it is difficult to see what purpose it would serve.

I offer a final comment under this head. While I disagree with Sopinka J.'s view that the *Wilson* and *Garofoli* applications can be consolidated, I do not dispute that the present structure creates unnecessary problems. Criminal law and criminal procedure should be simple and easily understandable. The procedural complexity associated with two different courts deciding essentially the same issue—the admissibility of evidence—defies this precept. The issue of an appeal from a *Wilson* application presents particular difficulty. While Martin J.A. in the court below offers a possible

obtenue en violation de droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* et que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le second est celui du juge Sopinka qui estime qu'une interception autorisée peut être illégale si la preuve est obtenue dans des circonstances où l'autorisation n'aurait pas dû être accordée.

À mon avis, la considération déterminante doit être l'intention du législateur. Qu'a-t-il voulu dire par «faite légalement»? Je partage l'avis du juge Martin que le législateur a voulu dire une interception faite en vertu d'une autorisation dont la validité subsiste. Soutenir que des actes expressément autorisés par une ordonnance judiciaire sont illégaux contredit les notions les plus fondamentales de la légalité. Si une personne munie d'une telle autorisation ne peut présumer qu'elle agit légalement qui le peut?

L'ordonnance autorisant l'interception peut, par la suite, être jugée nulle. Si cela arrive, l'ordonnance peut alors être annulée ce qui rend l'interception nulle *ab initio*, ou encore la preuve obtenue grâce à l'autorisation peut être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. La question de maintenir la validité formelle de l'ordonnance uniquement par déférence pour les ordonnances judiciaires ne se pose ni dans un cas ni dans l'autre. Dans le premier cas, la partie IV.1 prévoit expressément l'annulation de l'ordonnance. Dans le second, la réparation accordée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* se limite à l'exclusion de la preuve. Bien qu'on puisse soutenir qu'il existe un pouvoir, en vertu du par. 24(1), d'annuler une ordonnance obtenue de manière irrégulière, on voit difficilement à quoi ce pouvoir servirait.

J'ai une dernière remarque à faire sur ce sujet. Bien que je ne sois pas de l'avis du juge Sopinka qui estime possible de réunir des demandes de type *Garofoli* et de type *Wilson*, je ne conteste pas que les modalités actuelles créent des problèmes inutiles. Le droit criminel et la procédure criminelle devraient être simples et faciles à comprendre. La complexité venant de ce que deux cours différentes tranchent essentiellement la même question, celle de la recevabilité de preuves, pèche contre cette règle. La question de l'appel d'une décision sur une demande de type *Wilson* présente une difficulté

temporary solution to the problem of appeal, it is for Parliament to provide final resolution of the confusion created by application of the current legislative regime in conjunction with the *Charter*. In this regard I reiterate the plea of McIntyre J. in *R. v. Meltzer, supra*, that Parliament rectify any confusion or delay that arises from the *Criminal Code's* treatment of wiretaps.

particulière. Bien que le juge Martin propose en l'espèce une solution temporaire au problème de l'appel, il appartient au législateur de fournir la solution définitive à la confusion engendrée par a l'application concomitante de la législation actuelle et de la *Charte*. À ce sujet, je reprends la demande insistante formulée par le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, précité, que le Parlement corrige la confusion et les retards qui découlent de la façon dont le *Code criminel* traite de l'écoute électronique.

### III. The Scope of Review of Authorizations

J'aborde maintenant la deuxième grande question soulevée par le présent pourvoi—la façon dont les cours de justice devraient procéder pour résoudre certaines questions que le *Code criminel* ne tranche pas, mais qui se présentent à l'occasion du contrôle des autorisations d'écoute électronique. Je parle de la question de savoir si jamais ou quand il convient d'ordonner l'ouverture du paquet; la question connexe de la révision des documents contenus dans le paquet, s'il est ouvert, et la question de la portée du contre-interrogatoire des auteurs des affidavits contenus dans le paquet à autoriser par f le juge.

Part IV.1 of the *Criminal Code* provides that the material upon which the authorization is based is confidential but can be opened on the order of a judge. It also provides that interceptions unlawfully obtained are inadmissible as evidence unless the defect is procedural only. It says nothing about the right of a person affected by the communication to cross-examine or present evidence on an application to suppress evidence of an interception. Thus a judge may be called upon under the legislation to do two things: (1) permit opening of the packet; and (2) suppress evidence of an intercepted communication. The question is what criteria the judge should use in making his or her decision on these matters in the face of the *Code's* silence.

La partie IV.1 du *Code criminel* édicte que les documents qui justifient l'autorisation sont confidentiels, mais que le paquet peut être ouvert sur ordonnance d'un juge. Il édicte également que les preuves obtenues par l'interception illégale de communications sont irrecevables à moins que le vice soit uniquement de nature procédurale. Le h *Code* ne dit rien au sujet des droits d'une personne visée par la communication de contre-interroger des témoins ou de présenter des éléments de preuve à l'appui d'une demande visant à écarter les preuves obtenues par l'interception. La loi prévoit donc que l'on peut demander deux choses au juge: (1) d'autoriser l'ouverture du paquet et (2) d'écartier des éléments de preuve obtenus par une interception de communications. La question est de savoir i en vertu de quels critères le juge doit prendre sa décision sur ces questions, vu le silence du *Code*.

Where legislation confers powers upon courts but says nothing as to how those powers are to be exercised, the courts have no choice but to themselves supply the missing criteria. The result, in the case of Part IV.1, has been a plethora of divergent judicial opinion, reflecting a variety of judicial philosophies. One searches, in this sea of uncertainty, for a rock upon which to found a more objective opinion. That rock, in my view, must be the intention of Parliament as manifested in the purposes of the legislation and the values which it reflects.

I affirmed at the beginning of these reasons that the purpose of Part IV.1 of the *Criminal Code* is to protect the privacy of individuals from invasion by electronic monitoring, while preserving the power of the police to intercept communications where they have reason to believe that a crime has been or may be committed and the interception is reasonably necessary. As will become apparent, it is my view that the answer to the questions of when the packet should be ordered opened, what editing is justifiable and when cross-examination should be permitted, depends on balancing the interests of the Crown and the public in the administration of justice against the interests of the individual whose liberty is at stake.

#### A. *The Application to Open and Edit the Packet*

Against this background, I turn to the considerations which should govern a judge on an application to open the packet under s. 178.14(1).

My colleague, Sopinka J., takes the view that the packet should be opened in all cases. I share the view that in most cases this should happen. However, I approach the matter somewhat differently. As I see it, the matter is in the discretion of the judge hearing the application. He or she must decide whether the interest of the accused in opening the packet is outweighed by the public interest in the administration of justice.

Quand des dispositions législatives confèrent un pouvoir aux cours de justice, mais ne précisent pas la façon d'exercer ce pouvoir, les tribunaux n'ont d'autre choix que de définir eux-mêmes les critères non mentionnés. Dans le cas de la partie IV.1, il en est résulté une abondance d'opinions judiciaires divergentes, reflétant toute une gamme de philosophies judiciaires. On chercherait, dans cette mer d'incertitude, un rocher sur lequel fonder un avis plus objectif. Ce rocher est, à mon avis, l'intention du législateur, qu'on peut déduire des fins des dispositions législatives et des valeurs qu'elles consacrent.

J'ai affirmé au début des présents motifs que la partie IV.1 du *Code criminel* avait pour objet de protéger le droit à la vie privée contre l'intrusion que constitue la surveillance électronique tout en préservant le pouvoir des corps de police d'intercepter des communications lorsqu'ils ont des motifs de croire qu'une infraction a été commise ou risque de l'être et que l'interception des communications est raisonnablement nécessaire. Comme on pourra facilement le constater, selon moi, la réponse aux questions de savoir quand ordonner l'ouverture du paquet, quelle révision justifier et quand permettre le contre-interrogatoire, exige que soient soupesés les intérêts du ministère public et ceux de la société dans l'administration de la justice, d'une part, et les intérêts des personnes dont la liberté est en jeu, d'autre part.

#### B. *La demande d'ouverture du paquet*

Vu ce contexte, j'aborde maintenant les considérations qui doivent guider le juge saisi d'une demande d'ouverture du paquet en vertu du par. 178.14(1).

Mon collègue le juge Sopinka est d'avis qu'il y a lieu d'ouvrir le paquet dans tous les cas. Je suis aussi d'avis qu'il y a lieu de le faire dans la plupart des cas. Cependant, j'aborde le sujet un peu différemment. Selon moi, la solution relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Il doit décider s'il faut ou non ouvrir le paquet en se demandant si l'intérêt de la société dans l'administration de la justice l'emporte sur le droit de l'accusé d'obtenir l'ouverture du paquet.

Analysis of the issue must begin with the wording of s. 178.14(1):

**178.14** (1) All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) or 178.23(3) 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 upon determination of such application, and such 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 482; and

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

The wording of the section makes it clear that there is no right to see the documents upon which an authorization has been based. Parliament's dominant intention was that the documents should remain confidential; they may be disclosed only on an application for renewal or upon the order of a judge. The only question is when a judge should order them disclosed. This may be contrasted with the situation in the United States, where the legislation requires the contents of the packet to be delivered to the accused ten days before trial: *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510-20 (1988).

Should a judge routinely order the contents of the packet disclosed to persons before trial? Or should a judge do so only where circumstances are made out which suggest that the accused's privacy interest has been infringed in a way forbidden by Part IV.1? As a matter of statutory construction, the first alternative is untenable. If Parliament had intended all accused to have access to the packet without more, it would have passed a provision such as that which already existed in the United States. On the other hand, routine denial of access to the contents of the packet puts in doubt an accused's ability to make full answer and defence,

L'analyse de la question doit partir du texte du par. 178.14(1):

**178.14** (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou des paragraphes 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être 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 doit être 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 doit pas

a) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est

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

(ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ni

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

Le texte de l'article dit clairement qu'il n'existe pas de droit de consulter les documents en vertu desquels l'autorisation a été accordée. L'intention principale du législateur était de préserver le caractère confidentiel des documents; il ne peuvent être divulgués qu'à l'occasion d'une demande de renouvellement ou sur ordonnance d'un juge. Il reste uniquement à déterminer quand le juge devrait ordonner leur divulgation. On peut comparer cette situation et celle qui prévaut aux États-Unis où les dispositions législatives exigent que le contenu du paquet soit remis à l'accusé dix jours avant la tenue du procès: *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§ 2510 à 2520 (1988).

Un juge devrait-il normalement ordonner la divulgation du paquet avant le procès? Un juge devrait-il le faire seulement dans des circonstances qui font supposer que le droit à la vie privée de l'accusé a été violé d'une façon que la partie IV.1 interdit? En vertu des règles d'interprétation des lois, la première proposition est insoutenable. Si le législateur avait voulu que tous les accusés aient accès au paquet, sans autre formalité, il aurait adopté une disposition semblable à celle qui existe aux États-Unis. Par ailleurs, le refus systématique de communiquer le contenu du paquet met en doute la capacité de l'accusé de présenter une

a right provided by s. 577(3) (now s. 650(3)) of the *Criminal Code*.

The next question is what effect the *Charter* has on the situation. The *Charter* guarantees an accused a right to a fair trial and to make full answer and defence. It is argued that it is an element of a fair trial that the accused have the right to challenge evidence which may be inadmissible. It is said that the accused cannot challenge an interception if he or she is not granted access to the packet. Therefore, the argument continues, unless access is granted the right to a fair trial is denied. In these circumstances, it is argued that the judge should exercise the discretionary powers conferred by Part IV.1 of the *Code* in conformity with the *Charter* and grant access in all cases. Disclosure would be the rule.

The British Columbia Court of Appeal in *Dersch* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, *per* Esson J.A. (as he then was), took issue with the second proposition in this argument—the proposition that the right to a fair trial includes the right to effectively challenge evidence obtained under Part IV.1 of the *Code*—on the basis that the grounds upon which the evidence would be excluded are “technical”. He stated, at p. 151:

It follows, in my view, that refusal of the opportunity to demonstrate a defect in the proceedings leading to the authorization does not affect the right to make full answer and defence or the right to fair trial. It merely deprives the accused of an opportunity to have relevant evidence excluded on a technical ground. That opportunity is not a constitutionally protected right.

This raises the question of what is meant by “fair trial” and “full answer and defence”. Prior to the *Charter*, evidence which was reliable and relevant was routinely admitted, notwithstanding that it might have been obtained improperly: see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. However, at least since the advent of the *Charter*, this Court has emphasized that the right to make full answer and defence is “a cornerstone of the justice system” and cannot lightly be eroded: see *Mills v. The*

défense pleine et entière, droit que le par. 577(3) (maintenant par. 650(3)) du *Code criminel* lui reconnaît.

*a* La question suivante est celle des conséquences de la *Charte* sur cette situation. La *Charte* garantit à un accusé le droit à un procès équitable et celui d'y présenter une défense pleine et entière. On soutient que le droit à un procès équitable englobe celui de contester tout élément de preuve qui peut être irrecevable. On affirme aussi qu'un accusé ne peut contester l'interception s'il n'a pas accès au paquet. En conséquence, selon la logique de l'argumentation, faute d'avoir accès au paquet, l'accusé est privé du droit à un procès équitable. On affirme encore que, dans ce cas, le juge devrait exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par la partie IV.1 du *Code* pour appliquer la *Charte* et accorder l'accès au paquet dans tous les cas. La divulgation deviendrait la règle.

*b* Dans l'arrêt *Dersch* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *par la voix du juge Esson* (tel était alors son titre), a rejeté la deuxième proposition selon laquelle le droit à un procès équitable englobe le droit de contester efficacement les éléments de preuve obtenus par l'application de la partie IV.1 du *Code*—parce que les motifs susceptibles de justifier l'exclusion d'éléments de preuve se limitent à des questions de forme. Il dit ceci, à la p. 151:

*[TRADUCTION]* Il s'ensuit, à mon avis, que le refus de la possibilité de démontrer un vice dans la procédure qui a mené à l'autorisation ne touche pas le droit de préparer une défense pleine et entière ni le droit à un procès équitable. Il prive simplement l'accusé de la possibilité d'obtenir l'exclusion d'un élément de preuve pertinent pour un motif de forme. Cette possibilité n'est pas un droit protégé par la Constitution.

*i* Cela soulève la question de savoir ce que les expressions «procès équitable» et «défense pleine et entière» veulent dire. Avant la *Charte* les éléments de preuve pertinents et fiables étaient normalement utilisés même s'ils avaient été obtenus illégalement: voir *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Cependant, depuis l'avènement de la *Charte* du moins, notre Cour a souligné que le droit de présenter une défense pleine et entière est «une pierre angulaire du système de justice» et que ce

*Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *per* Wilson J. (dissenting on other grounds), at p. 969. The words "full answer and defence" entitle the accused to put forward all defences, regardless of whether they are based on a technicality or not. Indeed, the adjective "full" permits no other conclusion. The right to make full answer and defence cannot be diminished to the right to make non-technical answer and defence. For this reason, I must reject the reasoning of the British Columbia Court of Appeal.

At the same time, I do not subscribe to the view that there is in all cases an automatic right to disclosure of the contents of the packet. Like other rights under the *Charter*, the right to make full answer and defence may come into conflict with other rights and values. It may be necessary to balance these interests against the right to make full answer and defence.

This is illustrated by the problem of editing. I agree with Sopinka J. that a judge may withhold certain portions of the packet on grounds, for example, that those portions might disclose the identity of an undercover operative. Denial of this information might lead an accused to complain about being deprived of the right to make full answer and defence. Nevertheless, the editing must be permitted because the public's interest in the administration of justice outweighs the accused's interest in obtaining the identity of the informant. I further agree with Sopinka J. that edited material can be considered in deciding whether the authorization can be supported.

On the balancing approach I propose, the accused must make a preliminary showing that his or her interest in privacy or a fair trial justifies opening the packet. This will not be difficult to do in most cases, since, as the Court of Appeal below and Sopinka J. point out, it is in most cases virtually impossible for an accused to challenge evidence which may turn out to have been improperly obtained unless the accused is permitted to see

droit ne devrait pas être miné à la légère: voir l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Wilson (dissidente pour d'autres motifs), à la p. 969. L'expression «défense pleine et entière» autorise l'accusé à faire valoir tous les moyens de défense, qu'il s'agisse de questions de forme ou non. À vrai dire, les qualificatifs «pleine et entière» n'autorisent pas d'autre solution. Le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut être réduit à celui de faire valoir des moyens de défense autres que des questions de forme. Pour ces motifs, je dois rejeter le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Mais je n'adopte pas pour autant l'avis qu'il existe dans tous les cas un droit automatique de prendre connaissance du contenu du paquet. Comme d'autres droits garantis par la *Charte*, celui de présenter une défense pleine et entière peut entrer en conflit avec d'autres droits ou d'autres valeurs. Il peut être nécessaire de soupeser ces intérêts en regard du droit de présenter une défense pleine et entière.

La question de la révision des documents illustre ce problème. Comme le juge Sopinka, je suis d'avis qu'un juge peut ne pas divulguer certaines parties du paquet pour le motif, par exemple, que ces parties révèlent l'identité d'un informateur de la police. Le refus de communiquer ces renseignements peut amener un accusé à se plaindre d'être privé du droit de présenter une défense pleine et entière. Néanmoins, il faut permettre la révision des documents parce l'intérêt du public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt de l'accusé à obtenir l'identité de l'indicateur. Comme le juge Sopinka, je suis aussi d'avis que les documents ainsi révisés peuvent servir à déterminer si l'autorisation est bien fondée.

Selon la méthode de conciliation que je propose, l'accusé doit d'abord démontrer que son intérêt en matière de droit à la vie privée ou de droit à un procès équitable justifie l'ouverture du paquet. Cette démonstration ne sera pas difficile à faire dans la majorité des cas, puisque, comme la Cour d'appel en l'espèce et le juge Sopinka le soulignent, il est ordinairement presque impossible à un accusé de contester des éléments de preuve qui ont été

the material upon which the authorization was granted.

The next question is whether there are countervailing interests which outweigh the accused's interest in seeing the contents of the packet. In most cases there will be few, provided that proper editing takes place. As a result, it can be predicted that in most cases the accused will be granted access to the packet.

To summarize, it is my view that the accused's right to make full answer and defence mandates that a judge on an application to open the packet should give the accused access to the packet, subject to any overriding interests in the due and proper administration of justice. Notwithstanding that the onus is on the accused to show that his or her interest in production outweighs concerns relating to the administration of justice, it may be predicted that in most cases this will result in reasonably complete disclosure of the contents of the packet, since in most cases the accused's interest is clear and disclosure will not unduly impede the administration of justice.

#### B. *The Right to Cross-Examine*

I turn next to the question of whether the accused, having gained access to the packets, should be permitted to cross-examine the deponents of the affidavits thus disclosed with a view to having the wiretap evidence declared inadmissible. Under what circumstances is the accused entitled to an evidentiary hearing?

Cross-examination may be relevant either on an application under Part IV.1 to set aside an authorization, or on an application to reject the interception under s. 24(2) of the *Charter* on the ground that it constitutes an unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. Since the *Code* and the *Charter* are both silent on the right to cross-examination on such an application, the matter is entirely within the discretion of the judge.

recueillis d'une façon qui peut se révéler illégale, sans pouvoir prendre connaissance des pièces en vertu desquelles l'autorisation a été accordée.

- a* La question suivante est de savoir s'il existe des intérêts opposés qui l'emportent sur celui de l'accusé à prendre connaissance du contenu du paquet. Dans la majorité des cas, il n'y en aura pas beaucoup, pourvu que les documents soient bien révisés.
- b* En conséquence, on peut prévoir que, dans la plupart des cas, on accordera à l'accusé l'accès au paquet.

En résumé, je suis d'avis que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière impose au juge d'autoriser l'accusé, qui en fait la demande, à prendre connaissance du paquet, sous réserve d'intérêts prédominants en matière d'administration de la justice. Bien que l'accusé ait le fardeau de prouver que son intérêt à la communication du paquet l'emporte sur les motifs de bonne administration de la justice, on peut prévoir que, dans la majorité des cas, il en résultera une divulgation assez complète du contenu du paquet puisque, dans la majorité des cas, l'intérêt de l'accusé est manifeste et que la divulgation n'entrave pas notamment l'administration de la justice.

#### *f* B. *Le droit de contre-interroger*

Je passe maintenant à la question de savoir si, après avoir obtenu l'accès aux paquets, l'accusé devrait être autorisé à contre-interroger les auteurs des affidavits ainsi communiqués dans le but de faire déclarer irrecevable la preuve obtenue par écoute électronique. Dans quelles circonstances l'accusé aura-t-il le droit à une audition avec enquête?

*h* Un contre-interrogatoire peut être indiqué à l'occasion soit d'une demande en vertu de la partie IV.1 soit d'une demande visant à faire écarter, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue par écoute électronique pour le motif que celle-ci était une fouille et une saisie abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Puisque ni le *Code* ni la *Charte* ne mentionnent le droit de contre-interroger à l'occasion de ces demandes, la question relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du juge.

My colleague, Sopinka J., rejects the approach adopted by the Court of Appeal below, which in turn reflected the American rule in *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), requiring a preliminary showing of deliberate or reckless falsehood coupled with *prima facie* proof controverting the affidavits such that sufficient grounds for the authorization may not be present. Sopinka J. rejects imposition of such conditions on the ground that they might deny the right to make full answer and defence. Although he would require that leave be granted in the discretion of the judge and suggests that "a basis must be shown by the accused 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", it is clear that he sees the right of cross-examination as broad and wide-ranging. Indeed, this is apparent in his rejection of the conclusion of the Court of Appeal that the case for cross-examination had not been made out. By contrast, I see the right of cross-examination on an application under Part IV.1 as a function of balancing the conflicting interests of the accused and the public, a balancing which, in my view, will not infrequently result in denial of the opportunity to cross-examine those who have sworn affidavits in support of the authorization.

I would approach the problem in the same way as I did the question of opening the packet. The accused, in order to justify an evidentiary hearing and the right to cross-examine, must show that this is necessary. In the case of an application to set aside the authorization, he or she must show that cross-examination may assist in establishing that the requirements for an authorization were not met in fact. In the case of an application to suppress evidence on the basis of a *Charter* violation, he or she must show that cross-examination may assist in establishing that violation and hence is necessary to ensure that he or she is able to make full answer and defence. Against these considerations the judge must weigh conflicting inter-

Mon collègue le juge Sopinka rejette la méthode suivie par la Cour d'appel en l'espèce, qui se modelait sur la règle dégagée de l'arrêt américain *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978). Selon *a* cette règle, il faut d'abord montrer l'existence de déclarations fausses faites délibérément ou inconsidérément et apporter une preuve *prima facie* contestant les affidavits et donc l'existence de motifs justifiant l'autorisation. Le juge Sopinka écarte *b* l'imposition de telles conditions parce qu'elles pourraient entraver le droit de présenter une défense pleine et entière. Il exigerait que l'autorisation soit laissée à la discrétion du juge et il *c* propose que «l'accusé [doive] démontrer qu'il y 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 des motifs raisonnables et probables qui sont une condition préalable à l'autorisation», mais il est manifeste *d* qu'il estime que le droit de contre-interroger est étendu et a une large portée. Cela ressort même du refus de sa part de confirmer la conclusion de la *e* Cour d'appel selon laquelle le droit de contre-interroger n'avait pas été établi. Par contre, je considère, quant à moi, que le droit de contre-interroger à l'occasion d'une demande fondée sur la partie *f* IV.1, est fonction de l'évaluation des intérêts opposés de l'accusé et du public, évaluation qui, à mon avis, amènera assez souvent le juge à refuser la possibilité de contre-interroger les auteurs d'affidavits produits au soutien de l'autorisation.

*g*

J'aborderais ce problème de la même manière que la question de l'ouverture du paquet. Pour établir son droit à une audition avec enquête et son *h* droit de contre-interroger, l'accusé doit démontrer qu'ils sont nécessaires. Dans le cas d'une demande d'annulation de l'autorisation, il doit démontrer que le contre-interrogatoire pourrait l'aider à prouver que les conditions nécessaires à une autorisation n'étaient pas réalisées. Dans le cas d'une demande visant à écarter des éléments de preuve parce qu'il y a eu violation de la *Charte*, l'accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire pourrait l'aider à prouver la violation et que ce contre-interrogatoire est, en conséquence, nécessaire pour lui permettre de présenter une réponse et une

ests, including the public interest in the proper administration of justice.

An evidentiary hearing and cross-examination of deponents is potentially much more detrimental to the administration of justice than is opening the packet. Cross-examination is much more likely to reveal the details of investigative operations and the identity of informers than affidavits, which can be carefully drafted to avoid such pitfalls. How can one cross-examine an officer on the reliability of an informant without probing details that might reveal that informant's identity, for example? Once a damaging statement is made in answer to a question in cross-examination, editing is to no avail. Attempts to restrict the scope of cross-examination are notoriously fallible. Since effective cross-examination usually depends on considerable latitude in questioning, a restricted cross-examination may be of little value. Moreover, it is often difficult to predict when a particular question will evoke a response that trenches on a prohibited area. Finally, cross-examination may lead to unduly lengthening trials on collateral evidentiary matters.

On the other side of the balance, the importance to the defence of cross-examination may often be less than opening the packet. The issue on a hearing to set aside an authorization, or suppress evidence for a *Charter* violation, is not whether the information is true *per se*, but rather whether it was capable of supporting a reasonable belief that a crime had been or was about to be committed. Thus the cross-examination must do more than show that some of the averments may have been untrue or that an informer, for example, lied to the deponent—it must show that the averments could not have supported a reasonable belief on the part of the deponent. It has been observed that cross-examination is a powerful engine for ferreting out the truth; but what is reasonable as opposed to true may be susceptible of being determined by review of the record as much as by cross-examination in many cases. In these circumstances, it may

défense complètes. En regard de ces éléments, le juge doit évaluer les intérêts opposés, dont l'intérêt de la société à la bonne administration de la justice.

<sup>a</sup> L'audition avec enquête et le contre-interrogatoire des déposants peuvent nuire beaucoup plus à l'administration de la justice que l'ouverture du paquet. La divulgation de détails sur les activités d'enquête et sur l'identité d'informateurs est beaucoup plus probable en contre-interrogatoire que dans des affidavits, qu'on peut soigneusement rédiger dans le but d'éviter ces écueils. Comment peut-on contre-interroger un agent sur la crédibilité d'un informateur sans scruter des détails qui peuvent révéler son identité, par exemple? Quand une réponse préjudiciable a été donnée au cours d'un contre-interrogatoire, il est impossible de la censurer. Les limites que l'on tente de fixer à la portée d'un contre-interrogatoire sont reconnus pour leur faiblesse. Puisque l'efficacité du contre-interrogatoire dépend ordinairement de la grande latitude laissée quant aux questions, un contre-interrogatoire limité peut se révéler peu utile. De plus, il est souvent difficile de prévoir quand une question précise suscitera une réponse qui déborde sur les sujets interdits. Enfin, les contre-interrogatoires peuvent allonger indûment les procès sur des questions accessoires relatives à la preuve.

<sup>b</sup> De l'autre côté, le contre-interrogatoire peut avoir moins d'importance pour la défense que l'ouverture du paquet. La question à trancher dans le cadre d'une demande d'annulation de l'autorisation ou d'exclusion de preuves en raison d'une violation de la *Charte*, n'est pas de savoir si les renseignements étaient vrais, mais s'ils justifiaient de croire qu'un crime avait été commis ou était sur le point de l'être. Donc le contre-interrogatoire doit faire plus que démontrer que certaines assertions pouvaient être fausses ou, par exemple, que l'indicateur a menti à l'auteur de l'affidavit—it doit démontrer que les allégations ne pouvaient pas justifier le déposant d'arriver raisonnablement à cette conclusion. On a mentionné que le contre-interrogatoire est un outil puissant pour faire ressortir la vérité; mais ce qui est raisonnable, par opposition à ce qui est vrai, peut se découvrir à l'examen des pièces tout aussi bien que par contre-

be difficult to conclude that cross-examination is essential to establishing that the conditions for authorization were not made out and to presenting full answer and defence.

In summary, cross-examination may present greater problems for the administration of justice and less importance from the point of view of ensuring a fair trial, than does access to the packet. In the result, the public interest in the administration of justice may be expected to more often outweigh the accused's interest in privacy and in presenting full answer and defence.

It is against this background that the *Franks* test adopted in the court below should be viewed. Given the tenuous connection between cross-examination and reasonableness, and given the potential impact on the administration of justice of permitting cross-examination and the difficulty involved in controlling its scope, the requirement that the accused make a substantial preliminary showing that a false statement in the affidavit was made knowingly or recklessly does not seem unreasonable. The judge's task on an application for cross-examination must be to determine whether the accused has raised a right which is not outweighed by considerations relating to the proper administration of justice. As a general rule, this will require the accused to make a preliminary showing that false statements in the affidavit in question were made knowingly or recklessly, and that without those statements there would be insufficient grounds for the authorization and the search and seizure which the interception represents. Only if this is established, can cross-examination possibly be of value to the accused. If the statements were in fact true, cross-examination cannot avail. Moreover, even if they were untrue but believed and made in good faith and without recklessness, cross-examination cannot avail, since the reasonable belief required for a valid search and seizure or interception under the *Code* is present. Thus, unless the accused can make a *prima facie* showing that the affidavit contains false statements made knowingly or recklessly, he

interrogatoire dans bien des cas. Dans ces conditions, il peut être difficile d'arriver à la conclusion que le contre-interrogatoire est indispensable pour prouver que les conditions nécessaires à l'autorisation n'étaient pas réalisées ou pour présenter défense pleine et entière.

En résumé, le contre-interrogatoire peut poser plus de problèmes pour la bonne administration de la justice et avoir moins d'importance du point de vue de l'équité du procès que l'accès au paquet. En conséquence, on peut penser que l'intérêt de la société dans la bonne administration de la justice l'emportera plus souvent sur l'intérêt de l'accusé en matière de droit à la vie privée ou de capacité de fournir une défense pleine et entière.

C'est dans ce contexte qu'il faut considérer le critère de larrêt *Franks* adopté par la cour d'instance inférieure. Compte tenu de la faiblesse du lien entre le contre-interrogatoire et le caractère raisonnable de la conviction et compte tenu des conséquences que peut avoir, pour l'administration de la justice, la permission de contre-interroger et des difficultés qu'il y a de contrôler la portée du contre-interrogatoire, il ne me paraît pas déraisonnable d'exiger de l'accusé qu'il apporte une démonstration préliminaire solide qu'une déclaration de l'affidavit est fausse et qu'elle a été faite sciemment ou inconsidérément. Le rôle du juge, à l'occasion d'une demande d'autorisation de contre-interroger, doit consister à déterminer si l'accusé a fait valoir un droit qui a plus de poids que des considérations relatives à la bonne administration de la justice. En règle générale, il faudra que l'accusé démontre d'abord que de fausses déclarations de l'affidavit en cause ont été faites sciemment ou inconsidérément et que, sans ces déclarations, il n'y aurait pas eu suffisamment de motifs d'accorder l'autorisation et autoriser ainsi la perquisition ou saisie que représente l'interception de communications. C'est seulement une fois cela établi que le contre-interrogatoire peut avoir une valeur quelconque pour l'accusé. Si les déclarations étaient vraies, il n'y a pas lieu à contre-interrogatoire. De plus, même si elles étaient fausses, mais crues, faites de bonne foi et considérément, le contre-interrogatoire ne saurait prévaloir puisque la croyance raisonnable requise pour valider la

or she has not raised any real possibility that the cross-examination sought will avail him or her. In short, he or she has failed to make out an interest in cross-examining. In these circumstances, the public interest in maintaining the confidentiality of police information and avoiding unnecessary delay in the trial process is virtually certain to outweigh the accused's interest in cross-examination. In saying this, I do not suggest that the *Franks* test should be mechanically applied in this country, nor do I discount the possibility that a number of obvious errors might alone be sufficient to make a preliminary showing of recklessness.

It is apparent from the foregoing that I propose the same test for the *Wilson* application under the *Code* and the *Garofoli* application under the *Charter*. In my view, this is appropriate, since the same considerations arise both under the *Code* and under the *Charter* applications. Under both the *Code* and the *Charter*, it is necessary to consider whether there were reasonable and probable grounds to believe that the offence has been or is being committed. Similarly, the existence of alternative investigative procedures is relevant both under the *Code*, by its express language, and under the *Charter* in considering whether the evidence should be excluded under s. 24(2). Moreover, the ultimate issue in each case is the same —namely, whether the wiretap evidence should be excluded.

### C. Application to the Case at Bar

I would summarize my conclusions on the issues of opening the packet and cross-examination on the affidavits found in it, as follows. The fundamental considerations in both cases are the interest of the accused in protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, on the one hand, and the public interest in the administration of justice, on the other. The

perquisition ou la saisie ou l'interception de communications exigée par le *Code* existe. Donc, à moins de faire une démonstration *prima facie* que l'affidavit comporte de fausses déclarations faites <sup>a</sup> sciemment ou inconsidérément, l'accusé n'a pas établi qu'il peut vraiment se prévaloir du contre-interrogatoire. En résumé, il n'a pas fait la preuve de l'intérêt qu'il aurait à contre-interroger. Dans ces circonstances, l'intérêt de la société à préserver le secret des dénonciations faites à la police et à éviter la prolongation inutile des procès l'emportera inévitablement ou presque sur l'intérêt pour l'accusé de contre-interroger. En émettant cet avis, je ne dis pas que le critère de l'arrêt *Franks* doit automatiquement s'appliquer au Canada et je n'écarte pas la possibilité que de nombreuses erreurs manifestes suffisent à elles seules à apporter la preuve préliminaire de déclarations inconsidérées.

Il ressort de ce qui précède que je propose le même critère pour une demande de type *Wilson* fondée sur le *Code* que pour une demande de type *Garofoli* fondée sur la *Charte*. À mon avis, cela est justifié puisque les mêmes considérations s'appliquent aux deux types de demandes, celle fondée sur le *Code* et celle fondée sur la *Charte*. Autant en vertu du *Code* qu'en vertu de la *Charte*, il est nécessaire de se demander s'il existait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise ou était en train de l'être. De même, l'existence d'autres formes d'enquête est pertinente en vertu du *Code*, qui le dit explicitement, et en vertu de la *Charte* quand il faut déterminer s'il convient d'écartier les éléments de preuve en vertu du par. 24(2). De plus, la question ultime à trancher est la même dans les deux cas—<sup>f</sup> faut-il ou non exclure les éléments de preuve obtenus par écoute électronique?

### C. Application à l'espèce

Je résumerai ainsi mes conclusions sur la question de l'ouverture du paquet et sur le contre-interrogatoire concernant les affidavits qu'il contient. Les considérations fondamentales sont, dans les deux cas, d'une part, l'intérêt de l'accusé dans la protection de son droit à la vie privée et de son droit à un procès équitable, dont celui de présenter une défense pleine et entière et, d'autre part, l'inté-

judge in exercising his or her discretion must balance these considerations. On applications to open the packet, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. On applications to cross-examine the deponent of affidavits, the balance will generally favour denial unless the accused is able to make a preliminary showing establishing the special relevance of the cross-examination.

Turning to the facts of this case, the Court of Appeal held that the packet should have been ordered opened, subject to editing. I agree that the balance in this case between the interests of the accused and the public interest in the administration of justice mandates that conclusion.

On the question of cross-examination, the Court of Appeal satisfied itself that no such showing had been made and after reviewing the accused's allegations concluded that the proposed cross-examination would have served little purpose. As Martin J.A. wrote at p. 131:

Even if it be assumed in Garofoli's favour that he was not in Hamilton in December, 1982, that would merely show that the informant may have been mistaken as to the date of the alleged "approach". Furthermore, even if the informant lied as to the occurrence, that would not show that Officer Campbell had, in his affidavit, made a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth. Similarly, even if the informant lied as to Garofoli being the "unidentified person" observed by the police on July 25, 1983, this would not show that Officer Campbell had made a false statement in his affidavit knowingly and intentionally or with reckless disregard for its truth.

I see no error in this conclusion.

It follows that the accused in this case has failed to establish that cross-examination was likely to assist him in presenting a full answer and defence. On the other hand, cross-examination posed risks of disclosure of confidential police information and of lengthening the proceedings to no purpose. In

rêt de la société dans la bonne administration de la justice. En exerçant le pouvoir discrétionnaire qu'il possède, le juge doit soupeser ces considérations. À l'occasion d'une demande d'ouverture du paquet,

- a* la balance penchera ordinairement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des documents et de la prise en compte des questions relatives à la bonne administration de la justice qui peuvent se poser dans des cas particuliers. À l'occasion d'une demande d'autorisation de contre-interroger l'auteur des affidavits, la balance penchera généralement en faveur du refus à moins que l'accusé puisse faire la démonstration préliminaire de l'utilité particulière du contre-interrogatoire.

Pour ce qui est de l'espèce, la Cour d'appel a conclu qu'il aurait fallu ordonner l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision de son contenu.

- b* Je reconnais que l'évaluation relative des intérêts de l'accusé et de ceux de la société dans l'administration de la justice impose cette conclusion.

Au sujet de l'autorisation de contre-interroger, la Cour d'appel a conclu que la démonstration n'a pas été faite et, après avoir examiné les allégations de l'accusé, a conclu que le contre-interrogatoire proposé aurait peu d'utilité. Le juge Martin a écrit ceci, à la p. 131:

[TRADUCTION] Même si l'on présume que Garofoli dit la vérité quand il affirme qu'il n'était pas à Hamilton en décembre 1982, cela indique seulement que l'informateur peut s'être trompé sur la date de la prise de contact alléguée. De plus, même si l'informateur a menti à propos de cet événement, le fait n'établit pas qu'en faisant sa déclaration, l'agent Campbell a fait une déclaration fausse intentionnellement ou inconsidérément. De plus, même si l'informateur a menti en disant que *h* Garofoli était la personne inconnue que les policiers ont observée le 25 juillet 1983, le fait n'établit pas que l'agent Campbell a fait une fausse déclaration intentionnellement et sciemment ou inconsidérément.

*i* Je ne trouve pas d'erreur dans cette conclusion.

Il en résulte donc que l'accusé en l'espèce n'a pas réussi à démontrer que le contre-interrogatoire était susceptible de l'aider à présenter une défense pleine et entière. Par ailleurs, le contre-interrogatoire risquait de provoquer la révélation de renseignements policiers confidentiels et de prolonger

these circumstances, the balance clearly favours rejection of the right to cross-examine.

#### IV. Conclusion

I have expressed my views on points 1 to 6 raised in this appeal, as summarized by Sopinka J. I agree with Sopinka J.'s conclusion on point 7 and conclude that the absence of a minimization clause is not *per se* in violation of the *Charter* or Part IV.1 of the *Code*. I also agree with his views on whether the accused was shown to have absconded, and whether the trial judge properly cautioned the jury with respect to the evidence of accomplices (points 8 and 9).

I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and McLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Keith E. Wright, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

inutilement les procédures. Dans ces circonstances, l'évaluation des intérêts en jeu favorise le refus du droit de contre-interroger.

#### a IV. Dispositif

J'ai donné mon avis sur les questions 1 à 6 soulevées dans le présent pourvoi, selon le résumé qu'en a fait le juge Sopinka. Je souscris à l'avis du juge Sopinka au sujet de la question 7 et je conclus que l'absence d'une disposition de minimisation ne constitue pas en soi une violation de la *Charte* ou de la partie IV.1 du *Code*. Je suis aussi de son avis quant à savoir si la preuve a été faite que l'accusé s'était esquivé et si le juge du procès a adéquatement mis en garde le jury au sujet du témoignage des complices (questions 8 et 9).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*d Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et McLACHLIN sont dissidentes.*

*Procureur de l'appelant: Keith E. Wright, Toronto.*

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