

**Leonard Farinacci, Yves Lépine and  
Kenneth Jeffreys** *Appellants*

**Leonard Farinacci, Yves Lépine et Kenneth  
Jeffreys** *Appellants*

v.

a c.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

INDEXED AS: R. v. DURETTE

b RÉPERTORIÉ: R. c. DURETTE

File Nos.: 23059, 23026, 23061.

N<sup>os</sup> du greffe: 23059, 23026, 23061.

1993: November 10; 1994: March 17.

1993: 10 novembre; 1994: 17 mars.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

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

*Criminal law — Interception of private communica-  
tions — Opening of sealed packet — Editing of affida-  
vits — Whether reviewing judge erred in his editing pro-  
cedure and in determining what to edit — Whether  
accused's right to make full answer and defence denied.*

e *Droit criminel — Interception de communications pri-  
vées — Ouverture d'un paquet scellé — Révision d'affi-  
davits — Le juge siégeant en révision a-t-il commis une  
erreur dans son processus de révision et en déterminant  
ce qui devait être révisé? — Le droit des accusés de pré-  
senter une défense pleine et entière a-t-il été violé?*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to  
make full answer and defence — Interception of private  
communications — Opening of sealed packet — Editing  
of affidavits — Whether reviewing judge's editing of  
affidavits deprived accused of right to make full answer  
and defence — Canadian Charter of Rights and Free-  
doms, ss. 7, 11(d).*

f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de  
présenter une défense pleine et entière — Interception  
de communications privées — Ouverture d'un paquet  
scellé — Révision d'affidavits — La révision des affida-  
vits par le juge siégeant en révision a-t-elle privé les  
accusés de leur droit de présenter une défense pleine et  
entière? — Charte canadienne des droits et liberté, art.  
7, 11d).*

The accused were charged with offences involving  
conspiracy to traffic in controlled drugs and narcotics. A  
substantial part of the evidence against them consisted  
of recordings of telephone conversations intercepted  
pursuant to nine wiretap authorizations. The District  
Court judge presiding at the trial granted the accused's  
application to open the packets containing the material  
filed in support of the authorizations, stated his intention  
to remove the affidavits and advised counsel of the pro-  
cedure he was adopting to edit the affidavits. No counsel  
objected to the proposed procedure. The trial judge ini-  
tially edited the affidavits on his own according to his  
understanding of the principles set out in *Parmar* and,  
in his opinion, made deletions "only insofar as [the affi-  
davits] contain information from informants and others  
which is to be protected, and insofar as they contain  
summary or opinion". He proceeded to review the

g Les accusés ont été inculpés de complot en vue de  
faire le trafic de drogues contrôlées et de stupéfiants.  
Une partie importante de la preuve présentée contre eux  
consistait en des enregistrements de conversations télé-  
phoniques interceptées grâce à neuf autorisations  
d'écoute électronique. Le juge de la Cour de district qui  
a présidé le procès a accédé à la demande des accusés  
d'ouvrir les paquets contenant les documents déposés à  
l'appui de ces autorisations, a fait part de son intention  
de retirer les affidavits et avisé les avocats de la façon  
dont il entendait les réviser. Les avocats ne se sont pas  
opposés au processus proposé. Le juge du procès a  
d'abord révisé les affidavits lui-même, selon son inter-  
prétation des principes énoncés dans la décision *Parmar*  
et, à son avis, il a fait des suppressions «seulement dans  
la seule mesure où [les affidavits] contenaient des ren-  
seignements provenant d'indicateurs ou d'autres per-

edited affidavits with the Crown and accepted its submissions as to the nature and extent of the editing. The accused and their counsel were present throughout this exercise. The edited affidavits were distributed to defence counsel who made submissions regarding the deletions. The trial judge mentioned again that he had only deleted informants' information and, in one or two cases, some "commentary". He did not accede to defence counsel's requests for more information as to the content of the affidavits, although he did inform them as to whether the accused were named in the deleted portions of the affidavits and proceeded to list those accused in the deleted portions of the nine affidavits. When defence counsel pointed out that the deletions by the trial judge went beyond those made from the same affidavits by the judge who presided over an earlier trial of a first group of accused, the trial judge indicated that the editing of the other judge was irrelevant to his editing task. The accused filed a *Wilson* application to set aside the seven District Court authorizations. At the hearing, the accused cross-examined for nine full days the three police officers who swore the affidavits in support of the authorizations but were not allowed to cross-examine the "sub-affiants" who supplied information to them. However, the trial judge granted the accused leave to call two additional police officers as witnesses. At the conclusion of the hearing, the trial judge dismissed the application. The accused then brought a motion to quash this ruling and sought prohibition in the Ontario Supreme Court to prevent the trial judge from admitting primary evidence obtained from the District Court authorizations. This motion was dismissed. Concurrently, the accused brought a second *Wilson* application to set aside the two Ontario Supreme Court authorizations. The judge edited the affidavits filed in support of these authorizations less extensively than the trial judge and dismissed the application. The trial resumed and the accused were convicted. The majority of the Court of Appeal upheld the convictions. The issue in this Court is whether the trial judge's editing of the affidavits prevented a proper and full inquiry into the validity of the authorizations, thereby depriving the accused of the right to make full answer and defence as guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

sonnes et nécessitant protection ou encore des résumés ou des opinions». Il a ensuite examiné les affidavits révisés avec le ministère public, dont il a retenu les propositions quant à la nature et à l'étendue de la révision.

a Les accusés et leurs avocats étaient présents pendant tout ce processus. Les affidavits révisés ont été remis aux avocats de la défense, qui ont fait des suggestions concernant les suppressions. Le juge du procès a mentionné de nouveau que les passages supprimés ne concernaient que les indicateurs et, dans un ou deux cas, des «commentaires». Il n'a pas fait droit aux demandes des avocats des accusés qui voulaient plus de détails sur le contenu des affidavits, mais il leur a dit si les noms de ceux-ci figuraient dans les passages supprimés des affidavits et il a énuméré les noms des accusés figurant dans ces passages des neuf affidavits. Lorsque les avocats de la défense ont fait remarquer que le juge du procès avait retranché plus de passages que ne l'avait fait relativement aux mêmes affidavits le juge ayant présidé le procès antérieur d'un premier groupe d'accusés, le juge du procès a dit que la révision par l'autre juge était sans rapport avec la révision qu'il effectuait. Les accusés ont déposé une requête de type *Wilson* en annulation des sept autorisations accordées par la Cour de district. À l'audition de la requête, les accusés ont contre-interrogé pendant neuf jours les trois policiers qui avaient souscrit les affidavits à l'appui des demandes d'autorisation, mais il n'ont pu contre-interroger les «sous-déposants» qui avaient fourni des renseignements aux déposants. Le juge du procès a, par contre, autorisé les accusés à citer deux autres policiers comme témoins. À la clôture de l'audition, le juge du procès a rejeté la requête. Les accusés ont alors demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler cette décision et ont saisi la cour d'une demande d'ordonnance de prohibition visant à empêcher le juge du procès de juger admissible la preuve primaire obtenue grâce aux autorisations accordées par la Cour de district. Cette requête a été rejetée. Simultanément, les accusés ont présenté une seconde requête de type *Wilson* en vue de faire annuler les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario. Le juge a révisé les affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation en supprimant moins de passages que ne l'avait fait le juge du procès, puis il a rejeté la requête. Le procès a repris et les accusés ont été déclarés coupables. La Cour d'appel à la majorité a confirmé les déclarations de culpabilité. La question en l'espèce est de savoir si la révision des affidavits par le juge du procès a empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations, privant ainsi les accusés du droit de présenter une défense pleine et entière, garanti à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be allowed and a new trial ordered.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ.: The *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence requires that, as a general rule, all relevant information in the possession of the state be disclosed to an accused. Accordingly, when determining whether the contents of wiretap affidavits should be disclosed to an accused, full disclosure should also be the rule subject to certain exceptions. To justify non-disclosure, the Crown must show that disclosure will prejudice the interests of informants, innocent persons or law enforcement authorities and that such prejudice overbears the interests of the accused. When non-disclosure is justified, the affidavits should only be edited to the extent necessary to protect these overriding public interests. While trial judges must be granted some discretion to determine what editing is required to ensure that the public interest is protected, that discretion does not include the power to edit material whose continued confidentiality clearly is not justified by any of the public interest concerns in non-disclosure. Here, the trial judge did not comply with *Parmar* in editing the affidavits more extensively than was necessary to protect the public interest. The affidavits as edited by the judge who presided over the earlier trial were relevant and should have been the starting point for the trial judge. In editing out from the same affidavits information that had not been edited by the other judge, and was therefore public, the trial judge ignored the basic rule of non-disclosure that it is only confidential information that qualifies. Furthermore, the trial judge excised not only information which might tend to identify informants, but also information obtained from informants and others, and material which he characterized as "commentary", "summary" or "opinion". Editing is to be kept to a minimum and this principle clearly was not respected in this case. Given the conclusion that the trial judge did not comply with the principles set out in *Parmar*, subsequently approved of by this Court in *Garofoli*, in determining what to edit, it is unnecessary to decide whether or not the procedure adopted by the trial judge in editing the affidavits was in

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Les pourvois sont accueillis et un nouveau procès est ordonné.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Major: Le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de déterminer si le contenu des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique doit être divulgué à un accusé, la divulgation intégrale devrait également être la règle, sous réserve de quelques exceptions. Pour justifier toute non-divulgation, le ministère public doit démontrer que la divulgation causerait préjudice aux indicateurs, à des personnes innocentes ou aux autorités chargées d'appliquer la loi et que ce préjudice l'emporte sur les intérêts de l'accusé. Si la non-divulgation est justifiée, les affidavits ne devraient être révisés que dans la mesure nécessaire pour protéger ces intérêts publics prépondérants. Les juges de première instance doivent disposer d'un certain pouvoir discrétionnaire pour décider de la révision qu'il convient d'effectuer afin de s'assurer que l'intérêt public est protégé, mais ce pouvoir ne comprend pas celui de supprimer des renseignements qu'il n'est manifestement plus justifié de garder confidentiels pour l'un des motifs d'intérêt public en matière de non-divulgation. En l'espèce, le juge du procès n'a pas observé les règles établies dans la décision *Parmar* en supprimant des affidavits plus de passages qu'il n'était nécessaire pour protéger l'intérêt public. Les affidavits révisés par le juge ayant présidé le procès antérieur étaient pertinents et auraient dû être le point de départ du juge du procès. En supprimant des mêmes affidavits des renseignements qui n'avaient pas été supprimés par l'autre juge et qui étaient donc devenus publics, le juge du procès n'a pas tenu compte du principe fondamental de la non-divulgation, savoir que seuls les renseignements confidentiels remplissent les conditions requises. En outre, le juge du procès n'a pas écarté que des renseignements susceptibles de mener à l'identification d'indicateurs, mais également des renseignements obtenus d'indicateurs et d'autres personnes et des passages qu'il a qualifiés de «commentaires», de «résumés» ou d'«opinions». Il faut limiter le plus possible la révision et, de toute évidence, ce principe n'a pas été respecté en l'espèce. Compte tenu de la conclusion que le juge n'a pas observé, en déterminant les passages à supprimer, les principes énoncés dans la décision *Parmar* et confirmés par notre Cour dans l'arrêt *Garofoli*, il n'est pas nécessaire de déterminer si la procédure suivie par le juge du

accordance with the procedure suggested by the authorities.

By showing that the trial judge excised a substantial amount of material whose continued confidentiality could not be justified on the basis of the factors set out in *Parmar*, the accused have established *prima facie* that their ability to make full answer and defence was prejudiced in that they were denied the opportunity to conduct a full inquiry into the validity of the wiretap authorizations challenged before the trial judge. The accused should not be required to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen. The Crown has not been able to establish that no prejudice occurred and an appellate court which does not have the benefit of access to counsel's brief cannot be expected to speculate in these circumstances. While the affidavits as edited by the trial judge disclosed sufficient grounds to sustain the relevant authorizations, the material contained in the excised portions of the affidavits could be used to impugn the contents of the affidavits which have been disclosed. In the absence of overriding policy concerns which justified confidentiality, the accused were entitled to have the opportunity to use the deleted material in this fashion. Even though the trial judge reviewed the material which had been deleted from the affidavits in assessing the validity of the authorizations, this judicial screening of the material which was improperly withheld from the accused did not cure the failure to make proper disclosure. The fact that the trial judge may not have seen how the excised material could have assisted the accused does not necessarily mean that defence counsel would not have found a way to use that material to their advantage.

The trial judge erred in editing the affidavits in such a way that the accused were denied the right to make full answer and defence and this error cannot be cured by the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. It is impossible to say that the verdicts against the accused would necessarily have been the same if the defence had succeeded in establishing that even one of the impugned authorizations was invalid.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The procedure followed by the trial judge and his editing of the affidavits did not deprive the accused of their right to make full answer and defence as guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In drug trafficking and conspiracy cases, the balance between the protection of both society and informers and the respect of the individual rights of the accused has been

procès pour la révision des affidavits était conforme à celle que proposait la jurisprudence.

En démontrant que le juge du procès a supprimé des affidavits une grande quantité de renseignements qu'il n'était pas justifié de continuer à garder confidentiels pour les motifs énumérés dans la décision *Parmar*, les accusés ont fait la preuve *prima facie* que leur capacité de présenter une défense pleine et entière a été entravée et qu'on leur a refusé la possibilité d'examiner à fond la validité des autorisations d'écoute électronique contestées devant le juge du procès. Les accusés ne devraient pas être obligés de démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus. Le ministère public n'a pu établir qu'aucun préjudice n'a été causé, et on ne peut attendre d'un tribunal d'appel qui n'a pas accès au dossier des avocats qu'il fasse des conjectures dans les circonstances. Bien que les affidavits révisés par le juge du procès révèlent des motifs suffisants de maintenir les autorisations visées, les renseignements contenus dans les passages supprimés des affidavits pourraient servir à attaquer le contenu des parties des affidavits qui ont été divulguées. En l'absence de considérations de principe prépondérantes justifiant la confidentialité, les accusés devaient avoir la possibilité d'utiliser de cette façon les passages supprimés. Même si, pour déterminer la validité des autorisations, le juge du procès a examiné les renseignements qui avaient été supprimés des affidavits, cet examen judiciaire des renseignements qui ont été illégitimement cachés aux accusés n'a pas remédié à l'absence de divulgation appropriée. Le fait que le juge du procès n'ait pas vu en quoi les passages supprimés auraient pu être utiles aux accusés ne signifie pas nécessairement que les avocats de la défense n'auraient pas trouvé un moyen de s'en servir à leur avantage.

Le juge du procès a commis une erreur en révisant les affidavits d'une façon qui a privé les accusés du droit de présenter une défense pleine et entière, erreur que ne peut réparer l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Il est impossible de dire que les verdicts prononcés contre les accusés auraient nécessairement été les mêmes si la défense avait réussi à faire déclarer invalides une ou plusieurs des autorisations contestées.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La procédure suivie par le juge du procès et la révision qu'il a faite des affidavits n'ont pas privé les accusés de leur droit de présenter une défense pleine et entière, garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Dans les affaires de trafic de stupéfiants et de complot, l'équilibre entre la protection à la fois de la société et des indicateurs et le respect des droits individuels des

struck in s. 187 of the *Criminal Code* and these rules were respected in this case.

The trial judge did not err in editing the affidavits on his own before receiving any submissions in open court from the Crown as to the nature of the matters to be edited and the basis therefor. The procedure for the disclosure of the contents of wiretap affidavits to an accused was set out by this Court in *Garofoli* after the trial in this case and it was not intended to be exclusive or exhaustive. Here, the trial judge followed *Parmar*, which was regarded as setting out the proper procedure at the time. The Crown was consulted and had an input during the editing process, and the trial judge remained open to suggestions by both counsel, who were present throughout the exercise. As long as the Crown has the opportunity to effectively indicate its position with respect to the editing, it is not material whether its submissions are made before or after the editing.

The trial judge's failure to provide judicial summaries of his deletions did not impair the accused's case. No request was made for the summaries at the time of the editing and no specific reason was given or facts demonstrated by the accused with respect to the need for summaries in the circumstances of this case.

In editing the affidavits, a trial judge must decide in his discretion what portions should be edited and to what extent, bearing in mind the protection of the interests of the state in its investigation techniques and in non-disclosure of informers' identity. Such discretion is not only subjective, but depends on the facts and the context of the case. While, in some circumstances, deleting the names and addresses of informers will be sufficient for their protection, this is not necessarily so in each case. The protection of police informers is crucial to the proper administration of justice and the slightest detail that might help identify an informer must be deleted, especially as here in cases of drug-related offences and organized networks of narcotic distribution. In balancing the interests of the accused and the public interest in the administration of justice, the trial judge deleted information from informers from the affidavits on the basis that such information was likely to lead to their identification. In so doing, the trial judge was perhaps overly cautious in his attempt to protect the identity of the informers and the nature of the undercover operation. Nevertheless, this was within his dis-

accusés a été établi à l'art. 187 du *Code criminel*, et ces règles ont été respectées en l'espèce.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur en révisant les affidavits seul, avant d'avoir entendu les arguments du ministère public en audience publique au sujet de la nature des éléments à supprimer et des raisons de les supprimer. La méthode de divulgation à un accusé du contenu des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique a été énoncée par la Cour dans *Garofoli* après la tenue du procès dans la présente affaire, et elle n'était pas censée être exclusive ni exhaustive. En l'espèce, le juge du procès a suivi la décision *Parmar*, qui était censée énoncer la procédure appropriée à l'époque. Le ministère public a été consulté et a pu apporter sa contribution au processus de révision, et le juge s'est dit prêt à entendre les arguments des avocats de la défense et du ministère public, qui étaient présents pendant tout le processus. Pour autant que le ministère public ait eu la possibilité de faire connaître sa position à l'égard de la révision, qu'il ait soumis ses arguments avant ou après la révision ne saurait avoir d'importance.

L'omission par le juge du procès de remettre des résumés judiciaires des passages qu'il a supprimés n'a pas nui à la défense des accusés. De tels résumés n'ont pas été demandés à l'époque de la révision et aucune raison n'a été donnée ni aucun fait mis en preuve concernant la nécessité de résumés judiciaires dans les circonstances de la présente espèce.

Au moment de réviser les affidavits, il revient au juge du procès de décider quels éléments il convient de supprimer et jusqu'à quel point, gardant à l'esprit les intérêts de l'État dans ses techniques d'enquête et dans la non-divulgation de l'identité des indicateurs. Ce pouvoir n'est pas seulement subjectif, mais dépend des faits et du contexte de l'affaire. Dans certains cas, il suffira de supprimer le nom et l'adresse des indicateurs pour assurer leur protection, mais il n'en va pas nécessairement de même dans tous les cas. La protection des indicateurs de police est un élément crucial de l'administration efficace de la justice, et le moindre détail susceptible de permettre d'établir l'identité d'un indicateur doit être supprimé, tout particulièrement dans les cas d'infractions liées à la drogue et de réseaux organisés de distribution de stupéfiants, comme en l'espèce. En soupesant les intérêts des accusés et l'intérêt public en matière d'administration de la justice, le juge du procès a supprimé des affidavits des renseignements obtenus d'indicateurs pour le motif qu'ils étaient de nature à permettre d'établir leur identité. Le juge s'est peut-être montré exagérément prudent en faisant cette révision dans sa

cretion and could not amount to an error of law in the absence of a denial of justice or of full and fair defence.

The specific issue of possible loss of confidentiality of some informers was not raised when the accused had an opportunity to present submissions with respect to the trial judge's editing and they cannot today, without more, challenge the deletions of information identifying informers whose identity may no longer have been confidential by the time of the trial. At the time of the editing, there was no way for the trial judge to know whether, at the time of trial, such confidentiality would become unnecessary. Nothing in the record indicates that the trial judge was informed that the material in the affidavits edited out by the judge who presided over the earlier trial was not, or had ceased to be, confidential and, therefore, could be released. The trial judge could not have presumed, at the time of his editing, that the version of the affidavits as edited and released at the earlier trial was not confidential anymore.

While the deletions of immaterial information ("commentary", "summary" or "opinion") may be more questionable, these deletions were minor and were irrelevant as a basis for the issuing of the authorizations. Moreover, this falls within the trial judge's discretion and it is not enough to constitute unfairness and warrant a new trial.

The argument that material contained in excised portions of affidavits could have assisted accused is largely self-defeating and simply ignores the continuing need for confidentiality.

Finally, a comparison of the editing made by other judges with the editing made by the trial judge on the same affidavits is not relevant. In the exercise of their discretion, judges might hold different views and come to different conclusions. As long as the exercise of discretion is made judiciously and judicially, there is no ground for reproach.

There is therefore nothing in the treatment of the sealed packets by the trial judge which constituted a reviewable error. Even assuming that his deletions were excessive to the point of amounting to an error, however, no prejudice resulting from those deletions was demonstrated. Despite a lengthy cross-examination of

tentative de cacher l'identité des indicateurs et la nature de l'opération d'infiltration. Néanmoins, cela relevait de son pouvoir discrétionnaire et ne saurait constituer une erreur de droit en l'absence de déni de justice ou de privation du droit à une défense pleine et entière.

La question précise de la possibilité que l'identité de certains indicateurs ne soit plus confidentielle n'a pas été soulevée lorsque les accusés ont eu la possibilité de faire valoir leurs arguments sur la révision par le juge du procès, et ils ne peuvent pas aujourd'hui, sans plus, contester la suppression de renseignements révélant l'identité d'indicateurs qui n'était peut-être plus confidentielle au moment du procès. Au moment de la révision, le juge du procès n'avait aucun moyen de savoir si, au moment du procès, il ne serait plus nécessaire de garder leur identité secrète. Aucun élément de preuve versé au dossier n'indique que le juge du procès ait été informé que les portions des affidavits supprimées par le juge ayant présidé le procès antérieur n'étaient pas, ou avaient cessé d'être, confidentielles et, en conséquence, pouvaient être rendues publiques. Le juge ne pouvait pas présumer, au moment de sa révision, que la version révisée des affidavits publiée lors du procès antérieur n'était plus confidentielle.

La suppression de renseignements non pertinents («commentaires», «résumés» ou «opinions») est peut-être plus discutable, mais, les éléments supprimés étaient mineurs et n'étaient pas pertinents quant aux motifs pour lesquels les autorisations ont été accordées. Par surcroît, cela fait partie du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et est insuffisant pour constituer un manque d'équité et justifier un nouveau procès.

L'argument selon lequel les renseignements contenus dans les passages supprimés des affidavits auraient pu aider les accusés va à l'encontre du but recherché et ne tient tout simplement pas compte du besoin continu de confidentialité.

Enfin, la comparaison de l'édition faite par d'autres juges avec celle des mêmes affidavits par le juge du procès n'est pas pertinente. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges peuvent adopter un point de vue distinct et tirer des conclusions différentes. Dans la mesure où ils exercent ce pouvoir judicieusement et judiciairement, il n'y a rien à y redire.

La façon dont le juge du procès a traité les paquets scellés n'a aucunement constitué une erreur donnant lieu à révision. Toutefois, même à supposer que ses suppressions aient été exagérées au point de constituer une erreur, aucun préjudice en résultant n'a été prouvé. En dépit d'un long contre-interrogatoire des déposants et de

the affiants and two additional witnesses, the accused were unable to demonstrate that the authorizations were facially deficient, that the edited affidavits failed to set out reasonable and probable grounds or that the affiants committed fraud, misleading disclosure or non-disclosure in their request for the wiretap authorizations. Counsel for the accused recognized in this Court that had the affidavits submitted to the judge in order to obtain the authorizations been the edited affidavits, such affidavits would have been sufficient for the issuing of the authorizations. In these circumstances, no prejudice can be found. The purpose of a review is to ascertain that the authorizations were properly issued, not to permit accused to go on fishing expeditions to attempt to identify informers, which would be an abuse of the process in itself. The grounds of appeal did not reveal any miscarriage of justice and were worded in pure legal technicalities which have no bearing on the innocence or the guilt of the accused.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *R. v. Parmar* (1989), 53 C.C.C. (3d) 489; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, rev'g (1988), 41 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.); *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, rev'g (1988), 27 O.A.C. 45; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, rev'g (1987), 36 C.C.C. (3d) 435 (B.C.C.A.), aff'g (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (B.C.S.C.); *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520, aff'g (1988), 42 C.C.C. (3d) 565 (Que. C.A.); *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, aff'g [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.); *Maynard v. Maynard*,

deux autres témoins, les accusés n'ont pas réussi à démontrer que les autorisations étaient, à première vue, entachées d'un vice, ou que les affidavits révisés ne révélaient pas de motifs raisonnables et probables, ou encore que les déposants s'étaient rendus coupables, dans leur demande d'autorisation d'écoute électronique, de fraude, de divulgation trompeuse ou de non-divulgation. Les avocats des accusés ont reconnu devant la Cour que, si les affidavits soumis au juge en vue d'obtenir les autorisations avaient consisté seulement dans les affidavits révisés, ceux-ci auraient été suffisants pour justifier la délivrance des autorisations. Dans les circonstances, on ne peut conclure à un préjudice. La révision a pour but de vérifier si les autorisations ont été accordées à bon droit, et non de permettre à l'accusé de faire une expédition de pêche afin de tenter d'identifier les indicateurs, ce qui constituerait en soi un abus de procédure. Les moyens d'appel n'ont révélé aucune erreur judiciaire et ont fait état de questions de pure forme qui n'ont aucun rapport avec l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts appliqués:** *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *R. c. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300; *R. c. Parmar* (1989), 53 C.C.C. (3d) 489; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, inf. (1988), 41 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490, inf. (1988), 27 O.A.C. 45; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, inf. (1987), 36 C.C.C. (3d) 435 (C.A.C.-B.), conf. (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (C.S.C.-B.); *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520, conf. [1988] R.J.Q. 1539 (C.A.); *R. c. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, conf. [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A.C.-B.); *Maynard c. Maynard*, [1951]

- [1951] S.C.R. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690; *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No.3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *R. v. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441; *R. v. Madden*, Ont. Co. Ct., April 28, 1977, unreported; *R. v. Wai Ting Li (No.1)*, [1976] 6 W.W.R. 128; *R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405; *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *McKercher v. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231; *Wright v. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488; *R. v. Sabloff*, J.E. 80-73; *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58; *R. v. Sklar*, B.C.S.C., October 17, 1975, unreported; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix; *R. v. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264; *R. v. Wood* (1986), 26 C.C.C. (3d) 77; *R. v. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508; *R. v. Stacey*, Ont. H.C., May 20, 1986, unreported; *R. v. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176; *R. v. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249; *R. v. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552; *R. v. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61; *R. v. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967); *Colorado v. Nunez*, 465 U.S. 324 (1984); *United States v. Cantor*, 470 F.2d 890 (1972); *United States v. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (1973); *People v. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (1973); *United States v. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (1974); *United States v. Danovaro*, 877 F.2d 583 (1989); *State of New Jersey v. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993); *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223.
- R.C.S. 346; *Badar Bee c. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *Gibson c. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690; *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No.3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257; *R. c. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441; *R. c. Madden*, C. cté Ont., 28 avril 1977, inédit; *R. c. Wai Ting Li (No.1)*, [1976] 6 W.W.R. 128; *R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405; *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *McKercher c. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231; *Wright c. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488; *R. c. Sabloff*, J.E. 80-73; *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58; *R. c. Sklar*, C.S.C.-B., 17 octobre 1975, inédit; *R. c. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix; *R. c. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264; *R. c. Wood* (1986), 26 C.C.C. (3d) 77; *R. c. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508; *R. c. Stacey*, H.C. Ont., 20 mai 1986, inédit; *R. c. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176; *R. c. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249; *R. c. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552; *R. c. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61; *R. c. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *McCray c. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967); *Colorado c. Nunez*, 465 U.S. 324 (1984); *United States c. Cantor*, 470 F.2d 890 (1972); *United States c. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (1973); *People c. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (1973); *United States c. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (1974); *United States c. Danovaro*, 877 F.2d 583 (1989); *State of New Jersey c. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993); *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. c. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223.

#### Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 7.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).

#### Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14(1)a)(ii) [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2; mod. 1985, ch. 19, art. 24].



*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14(1)(a)(ii) [en. 1973-74, c. 50, s. 2; am. 1985, c. 19, s. 24].

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 24], 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 8], 691(1)(a).

*Criminal Law Amendment Act, 1985*, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.).

*Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 24], 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 8], 691(1)(a).

*Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.).

*Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40, art. 7.

*Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2.

### Authors Cited

Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.

Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.

Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

*Halsbury's Laws of England*, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 1987 & Supp. 1993.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421, dismissing the accused's appeals from their convictions for drug offences. Appeals allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Frank Addario*, for the appellant Farinacci.

*David E. Harris*, for the appellant Lépine.

*James Lockyer*, for the appellant Jeffreys.

### Doctrine citée

Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1981.

Cohen, Stanley A. *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1983.

Cross, Rupert, Sir. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

*Halsbury's Laws of England*, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2nd ed. St. Paul: West Publishing Co., 1987 & Supp. 1993.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswell, 1979.

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOIS contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421, qui a rejeté les appels des accusés contre leur déclaration de culpabilité relativement à des infractions en matière de stupéfiants. Pourvois accueillis et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

*Frank Addario*, pour l'appellant Farinacci.

*David E. Harris*, pour l'appellant Lépine.

*James Lockyer*, pour l'appellant Jeffreys.

*Robert W. Hubbard and Scott K. Fenton*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major J.J. was delivered by

SOPINKA J. — These appeals concern the application of the principles set out in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C.), and *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, relating to the editing of affidavits filed in support of applications for authorizations to intercept private communications (hereinafter “wiretap authorizations”) having regard to the obligation of the Crown to disclose developed in this Court’s judgment in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

### I. Facts

The appellants were among some 80 individuals simultaneously arrested on January 22, 1985 after the culmination of a police investigation into the manufacture and distribution of illicit drugs by members of two motorcycle clubs.

The Crown initially laid a single information against 61 individuals charging them with conspiracy to traffic in methamphetamine, cocaine and LSD. A preliminary hearing was scheduled for December 2, 1985. However, in November 1985 the Honourable John Crosbie, Minister of Justice and Attorney General of Canada, preferred two indictments, replacing the original information and cancelling the preliminary hearing. One indictment was presented in the Supreme Court of Ontario and named 12 accused. The other indictment was presented in the District Court of Ontario and named 27 accused including the appellants. The appellants Farinacci and Lépine were jointly charged with one count of conspiracy to traffic in methamphetamine between October 1, 1983 and January 23, 1985. The appellant Jeffreys was charged with one count of conspiracy to traffic in cocaine between June 1, 1983 and January 23, 1985.

*Robert W. Hubbard et Scott K. Fenton*, pour l’intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Les présents pourvois portent sur l’application des principes énoncés dans la décision *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont.), et dans l’arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, relativement à la révision des affidavits déposés à l’appui de demandes d’autorisation d’interception de communications privées (ci-après appelée «autorisation d’écoute électronique»), compte tenu de l’obligation de divulguer du ministère public, exposée dans notre arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

### I. Les faits

Les appelants étaient au nombre de quelque 80 personnes qui ont été arrêtées en même temps le 22 janvier 1985, à l’aboutissement d’une enquête policière menée sur la fabrication et la distribution de drogues illégales par des membres de deux clubs de motards.

Le ministère public avait d’abord déposé une dénonciation unique contre 61 personnes, les accusant de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine, de cocaïne et de LSD. L’enquête préliminaire devait avoir lieu le 2 décembre 1985. Toutefois, en novembre 1985, le ministre de la Justice et procureur général du Canada, l’honorable John Crosbie, a déposé deux actes d’accusation qui remplaçaient la dénonciation initiale et annulaient l’enquête préliminaire. L’un des actes d’accusation, visant 12 accusés, a été déposé devant la Cour suprême de l’Ontario, tandis que l’autre, visant 27 accusés, dont les appelants, a été déposé devant la Cour de district de l’Ontario. Les appelants Farinacci et Lépine étaient conjointement accusés d’un chef de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine entre le 1<sup>er</sup> octobre 1983 et le 23 janvier 1985. L’appelant Jeffreys a, pour sa part, été accusé d’un chef de complot en vue de faire le trafic de cocaïne entre le 1<sup>er</sup> juin 1983 et le 23 janvier 1985.

The trial in the Supreme Court of Ontario proceeded first. It began on June 2, 1986 before Bowlby J. Verdicts were rendered on February 27, 1987.

The appellants and seven other accused were tried in the District Court of Ontario before Judge O'Connell and a jury. That trial began on May 11, 1987. Pre-trial motions were heard throughout May, June and September. Verdicts were rendered on June 11, 1988. The appellants Farinacci and Lépine were convicted of conspiracy to traffic in methamphetamine. The appellant Jeffreys was convicted of conspiracy to traffic in cocaine. The evidence against the appellants consisted of testimony from informant witnesses, results of physical surveillance and recordings of telephone conversations.

One of the pre-trial motions entertained by the trial judge was a "*Wilson*" motion (named after the decision of this Court in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594) in which the appellants challenged the validity of seven wiretap authorizations which permitted the police to intercept their telephone conversations. The impugned authorizations were granted by Judge Scott of the District Court of Ontario. Two other authorizations were granted by Trainor and Ewaschuk JJ., both of the Supreme Court of Ontario.

Prior to the *Wilson* hearing, the trial judge ordered the packets containing the material filed in support of all the authorizations to be opened. He then stated his intention to remove the affidavits from the sealed packet and edit them. He explained that after editing the affidavits himself he would give a copy of the edited affidavits to the Crown to determine if further editing needed to be done. He would then give copies to counsel for the various accused and hear any "suggestions" they had about the affidavits.

After the adjournment, the trial judge indicated that he had read each affidavit in light of the decision in *Parmar*. He claimed to have edited the affi-

La poursuite intentée devant la Cour suprême de l'Ontario a été instruite en premier. Le procès a commencé le 2 juin 1986 devant le juge Bowlby et les verdicts ont été prononcés le 27 février 1987.

Le procès des appelants et de sept autres accusés a commencé le 11 mai 1987 en Cour de district de l'Ontario devant le juge O'Connell et un jury. Des requêtes préliminaires ont été entendues pendant les mois de mai, juin et septembre. Les verdicts ont été rendus le 11 juin 1988. Les appelants Farinacci et Lépine ont été reconnus coupables de complot en vue de faire le trafic de méthamphetamine, et l'appelant Jeffreys, de complot en vue de faire le trafic de cocaïne. La preuve à charge se composait de la déposition de témoins indicateurs, du résultat de la surveillance physique effectuée et d'enregistrements de conversations téléphoniques.

Parmi les requêtes préliminaires entendues par le juge du procès figurait une requête de type *Wilson* (ainsi nommée d'après notre arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594) dans laquelle les appelants contestaient la validité de sept autorisations d'écoute électronique qui avaient permis à la police d'intercepter leurs conversations téléphoniques. Ces autorisations avaient été accordées par le juge Scott de la Cour de district de l'Ontario. Deux autres avaient été accordées respectivement par les juges Trainor et Ewaschuk, tous deux de la Cour suprême de l'Ontario.

Avant l'audition de la requête de type *Wilson*, le juge du procès a ordonné l'ouverture des paquets contenant les documents déposés à l'appui de toutes ces autorisations. Il a alors fait part de son intention de retirer les affidavits du paquet scellé et de les réviser lui-même, expliquant qu'après la révision, il remettrait une copie des affidavits révisés au ministère public afin que ce dernier lui indique s'il était nécessaire de pousser plus loin la révision. Il en donnerait ensuite copie aux avocats des différents accusés et recevrait toute [TRADUCTION] «proposition» que ceux-ci pourraient formuler concernant les affidavits.

Après l'ajournement, le juge du procès a signalé qu'il avait examiné chaque affidavit en tenant compte de la décision *Parmar*. Il a affirmé avoir

davits "only insofar as they contain information from informants and others which is to be protected, and insofar as they contain summary or opinion". He then proceeded to review the edited affidavits with the Crown, who suggested a few additional deletions. In a few instances the Crown indicated that material edited by the trial judge could be disclosed. These suggestions were adopted by the trial judge. The accused and their counsel were present throughout this exercise.

The trial judge then proposed to distribute the edited affidavits to counsel. However, before this took place, counsel for the appellant Farinacci made a submission requesting "all information contained in these affidavits, other than the specific name and identifying address, or the like of anybody who purports to be in the position of an informant or informer, as the case may be". The Crown argued that this submission was premature. The trial judge agreed. At that point counsel for the appellant Jeffreys requested clarification of the procedure which the trial judge intended to follow. He specifically asked whether the appellants would "have some input to request further information from the affidavits". The trial judge made it clear that the next step in the process was that the defence would receive copies of the edited affidavits and then the actual *Wilson* hearing would proceed.

Once the edited affidavits were distributed to counsel, but before reviewing them, counsel for the appellant Farinacci, relying heavily on the decision in *Parmar*, re-asserted the right of the defence to the deleted information. Counsel for the appellant Jeffreys requested an indication of the basis upon which the deletions were made. The trial judge then suggested that every deletion met all four criteria set out in *Parmar*. However, he also stated that in one or two cases he had deleted some "commentary".

révisé les affidavits [TRADUCTION] «seulement dans la seule mesure où ils contenaient des renseignements provenant d'indicateurs ou d'autres personnes et nécessitant protection ou encore des résumés ou des opinions». Il a ensuite examiné les affidavits révisés avec le ministère public, qui a proposé la suppression de quelques renseignements supplémentaires et a en outre signalé certains passages supprimés par le juge qui pouvaient être divulgués. Le juge a retenu ces propositions. Les accusés et leurs avocats étaient présents pendant tout ce processus.

Le juge du procès a, par la suite, proposé de remettre les affidavits révisés aux avocats. Avant que la remise n'ait lieu, cependant, l'avocat de l'appellant Farinacci a demandé [TRADUCTION] «tous les renseignements contenus dans ces affidavits, à l'exception du nom précis de toute personne déclarant être un indicateur ou informateur, de l'adresse pouvant l'identifier ou de renseignements de même nature». Le ministère public a soutenu que cette démarche était prématurée, ce à quoi a souscrit le juge. L'avocat de l'appellant Jeffreys a alors demandé des éclaircissements sur la procédure que le juge avait l'intention de suivre. Il voulait savoir, précisément, si les appellants [TRADUCTION] «auraient l'occasion de demander des renseignements supplémentaires contenus dans les affidavits». Le juge a exposé clairement que la prochaine étape du processus serait la remise de copies des affidavits révisés et qu'alors, la requête de type *Wilson* comme telle serait entendue.

Après la remise des affidavits révisés aux avocats, mais avant leur examen, l'avocat de l'appellant Farinacci, se réclamant avec force de la décision *Parmar*, a réitéré ses arguments concernant le droit de la défense d'obtenir les renseignements supprimés. L'avocat de l'appellant Jeffreys a demandé au juge de lui faire connaître les principes sur lesquels étaient fondés les suppressions. Le juge du procès a affirmé qu'il avait, dans tous les cas, respecté les quatre critères énoncés dans la décision *Parmar*, ajoutant, toutefois, qu'à une ou deux reprises, il avait supprimé certains [TRADUCTION] «commentaires».

After counsel were given an opportunity to review the edited affidavits, counsel for the appellant Farinacci again attempted to make submissions regarding the deletions that had been made. Counsel pointed out that the deletions made by the trial judge went beyond those which were made from the same affidavits by Bowlby J. The trial judge characterized the deletions which had been made by Bowlby J. as "irrelevant" to what he was doing.

Counsel for the appellant Farinacci then asked about a specific deletion from one of the affidavits, asking if it was appropriate to inquire into whether his client's name appeared in the deleted materials and in what context. The trial judge indicated that it was not appropriate for him to inquire, stating that the deletion was made "in the interests of the persons involved" and that all the deletions he made "were strictly related to informants, and one or two other minor deletions which related to commentary . . .".

Counsel for the appellant Jeffreys stated that the defence were, at least *prima facie*, entitled to all information reflecting on the reasonable and probable grounds upon which the authorizations were granted. The trial judge flatly rejected this submission.

The Crown submitted that "[t]he accused are entitled to know if they are named in the deleted portions." The trial judge then proceeded to list those accused named in the deleted portions of the nine affidavits. Defence counsel was also advised that no confidential sources had died, were potential Crown witnesses or were police officers.

At the *Wilson* hearing, the appellants cross-examined the three police officers who swore affidavits in support of the nine authorizations. The trial judge ruled that defence counsel could not cross-examine the "sub-affiants" who supplied information to the affiants. However, he granted the appellants leave to call two additional police officers as witnesses. On June 24, 1987 the trial

Les avocats ont alors eu l'occasion d'examiner les affidavits révisés et, après cet examen, l'avocat de l'appellant Farinacci a encore une fois tenté de présenter une argumentation à propos des passages supprimés, faisant remarquer que le juge du procès avait retranché plus de passages que ne l'avait fait le juge Bowlby relativement aux mêmes affidavits. Le juge du procès a dit que les passages supprimés par le juge Bowlby étaient [TRADUCTION] «sans rapport» avec la révision qu'il effectuait.

Puis, l'avocat de l'appellant Farinacci a voulu savoir s'il était fondé à demander si le nom de son client figurait dans un passage précis qui avait été retranché de l'un des affidavits et dans quel contexte. Le juge du procès lui a répondu que cette demande n'était pas légitime et il a affirmé que ce passage avait été supprimé [TRADUCTION] «dans l'intérêt des personnes visées» et que tous les passages supprimés [TRADUCTION] «concernaient strictement les indicateurs, et un ou deux passages succincts portaient sur des commentaires . . .».

L'avocat de l'appellant Jeffreys a soutenu que la défense avait, au moins à première vue, le droit d'obtenir tous les renseignements relatifs aux motifs raisonnables et probables ayant fondé l'octroi des autorisations. Le juge du procès a rejeté catégoriquement cet argument.

Le ministère public ayant fait observer que [TRADUCTION] «[l]es accusés ont le droit de savoir s'ils sont nommés dans les passages supprimés», le juge du procès a alors dressé la liste des accusés nommés dans les passages supprimés des neuf affidavits. L'avocat de la défense a également été informé qu'aucune source confidentielle n'était décédée, n'était un témoin à charge potentiel ou n'était un agent de police.

À l'audition de la requête de type *Wilson*, les appellants ont contre-interrogé les trois policiers qui avaient souscrit des affidavits à l'appui des neuf demandes d'autorisation. Le juge du procès a statué que les avocats de la défense ne pouvaient contre-interroger les «sous-déposants», c'est-à-dire les personnes qui avaient fourni des renseignements aux déposants. Il a, par contre, autorisé les

judge dismissed the application to set aside the seven District Court authorizations.

Shortly after this hearing, the appellants brought an application before Watt J. to set aside the two Supreme Court authorizations. Watt J. edited the affidavits filed in support of these authorizations less extensively than O'Connell Dist. Ct. J. had edited the same affidavits before distributing them to defence counsel. Ultimately, Watt J. dismissed the application to set aside these two authorizations.

The appellants also brought a motion to quash O'Connell Dist. Ct. J.'s rulings and sought prohibition in the Supreme Court of Ontario in order to prevent him from admitting, in his capacity as trial judge, primary evidence obtained from the seven impugned District Court authorizations. This motion was heard and dismissed by Watt J. on September 10, 1987: *R. v. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. No appeal was taken from this decision.

The appellants appealed their convictions to the Court of Appeal *inter alia* in respect of the validity of the wiretap authorizations and the admissibility and use of the recordings intercepted pursuant thereto. On May 15, 1992, the Court of Appeal, Doherty J.A. dissenting, dismissed the appeal: *R. v. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. The appellants appeal to this Court as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

## II. Judgments Below

*District Court* (Judge O'Connell (*Wilson* motion))

The trial judge noted that he had edited the affidavits filed in support of the wiretap authorizations

appellants à citer deux autres policiers comme témoins. Le 24 juin 1987, le juge du procès a rejeté la demande d'annulation des sept autorisations accordées par la Cour de district.

Peu après cette audience, les appellants ont présenté une demande d'annulation visant les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario. Le juge Watt, qui a entendu cette demande, a révisé les affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation en supprimant moins de passages que ne l'avait fait le juge O'Connell de la Cour de district à propos des mêmes affidavits avant de les remettre aux avocats de la défense. Il a, cependant, fini par rejeter la demande d'annulation.

Les appellants ont également demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler les décisions du juge O'Connell et ont saisi la cour d'une demande d'ordonnance de prohibition visant à empêcher ce dernier de juger admissible, en sa qualité de juge du procès, la preuve primaire obtenue grâce aux sept autorisations contestées, accordées par la Cour de district. Le juge Watt a entendu et rejeté cette requête le 10 septembre 1987: *R. c. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. Aucun appel n'a été formé contre sa décision.

Les appellants en ont appelé de leur déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel, mettant en question, entre autres, la validité des autorisations d'écoute électronique ainsi que l'admissibilité et l'utilisation en preuve des enregistrements des interceptions réalisées grâce à elles. Le 15 mai 1992, la Cour d'appel a rejeté l'appel, le juge Doherty étant dissident: *R. c. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. Les appellants se pourvoient de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 691(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

## i II. Les juridictions inférieures

*La Cour de district* (le juge O'Connell (requête de type *Wilson*))

Le juge du procès a fait observer qu'il avait révisé les affidavits déposés à l'appui des

granted by Scott Dist. Ct. J. before providing those affidavits to defence counsel. He stated that “[t]he editing was undertaken to protect sensitive information, and the names of the informants.”

The trial judge reviewed a number of authorities, including *Wilson v. The Queen, supra*, before concluding that, as a reviewing judge, he should not substitute his discretion for that of the authorizing judge unless the facts on which the authorizations were granted differed from the facts proved on the *ex parte* review. The trial judge also held that he was duty-bound to review the unedited affidavits that were put before the authorizing judge, even though defence counsel only had an edited version of those affidavits. He stated, “it seems to me impossible to review an affidavit and make a ruling as to whether a judge would have granted an authorization based on an affidavit without looking at that particular affidavit”.

After reviewing the affidavits and the testimony of the affiants and two defence witnesses the trial judge concluded:

It cannot be said that there is proven negligence amounting to material misrepresentation, material non-disclosure, or that there is misleading disclosure, fraud, or simply non-disclosure as to important facts, any of which would vitiate the authorizations.

The trial judge added that he would have come to the same conclusion with respect to the edited affidavits. He found that there was a basis for the issuance of the authorizations and that the affiants had reasonable and probable grounds to believe “as to what they deposed to by stating that all the matters deposed to were true to the best of their knowledge and belief and were relevant as to the issue of whether the judge would grant the authorization sought”.

demandes d'autorisation d'écoute électronique accueillies par le juge Scott de la Cour de district avant de les remettre aux avocats de la défense. Il a expliqué que [TRADUCTION] «[l]a révision a été faite dans le but de protéger des renseignements de nature délicate ainsi que le nom des indicateurs.»

Il a examiné un certain nombre de décisions, dont l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, et a conclu qu'en sa qualité de juge effectuant la révision, il ne pouvait substituer son appréciation à celle du juge qui avait accordé les autorisations, à moins que les faits ayant donné lieu à celles-ci ne diffèrent des faits établis au cours de l'audition *ex parte* de la demande de révision. Il a jugé également qu'il était tenu d'examiner les affidavits soumis au juge qui avait accordé les autorisations, dans leur version intégrale, même si les avocats de la défense ne disposaient que d'une version révisée. Il a affirmé: [TRADUCTION] «il me paraît impossible d'examiner un affidavit et de déterminer si un juge aurait accordé une autorisation sur la foi de ce document sans consulter l'affidavit en question».

Après avoir examiné les affidavits ainsi que le témoignage des déposants et de deux témoins de la défense, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] La preuve n'établit pas qu'il y a eu négligence équivalant à une déclaration substantiellement inexacte ou à une non-divulgaration importante ou qu'il y a eu déclaration trompeuse, fraude ou simplement non-divulgaration relativement à des faits importants, incidents qui pourraient tous vicier les autorisations.

Le juge du procès a ajouté qu'il serait parvenu à la même conclusion s'il avait examiné les affidavits révisés. Il a conclu que les autorisations étaient fondées et que les déposants avaient des motifs raisonnables et probables de croire [TRADUCTION] «ce qu'ils avaient déclaré, savoir que, pour autant qu'ils le sachent, leurs déclarations étaient vraies et se rapportaient à la question de savoir si le juge accorderait l'autorisation demandée».

*Supreme Court of Ontario* (motion before Watt J.) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Watt J. emphasized that he did not view resort to the supervisory jurisdiction of the superior court as a substitute for the exercise of a statutory or other right of appeal. He made it clear that the only issue before him was whether the trial judge had the jurisdiction to determine the matter argued before him on the appellants' *Wilson* motion.

Watt J. held that the test to be applied in reviewing the ruling of the trial judge was whether there was some evidence upon which he could have been satisfied that there was some evidence before Scott Dist. Ct. J. upon which the latter could have been satisfied that there was compliance with the *Criminal Code* provisions. Watt J. found that the ruling of the trial judge passed this test. He also found that the trial judge neither breached the rules of natural justice nor exceeded his jurisdiction by limiting the scope of cross-examination of the affiants, or determining whether sub-affiants could be cross-examined and whether certain evidence should be received. Accordingly, Watt J. dismissed the appellants' motion to quash and accompanying application for prohibition.

*Ontario Court of Appeal* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Finlayson J.A. (Brooke J.A. concurring)

Finlayson J.A. dealt with the issue of the validity of the wiretap authorizations and the admissibility and use of the taped recordings by considering the following objections: (a) "the failure to provide judicial summaries of edited material", (b) "the improper editing of affidavits supporting authorizations", and (c) "the refusal to permit examinations of police officers who had provided information to deponents of affidavits supporting authorizations". Referring to *Garofoli, supra*, he stated that the court should determine "whether what was done by the trial judge fell so far short of the spirit of the procedural standard suggested by

*La Cour suprême de l'Ontario* (requête entendue par le juge Watt) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Le juge Watt a souligné qu'il ne considérerait pas qu'on puisse faire appel au pouvoir de surveillance d'une cour supérieure au lieu de se prévaloir du droit d'appel prévu par la loi ou autrement. Il a établi clairement que tout ce qu'il avait à trancher était la compétence du juge du procès pour statuer sur la question qui lui a été soumise dans la requête de type *Wilson* présentée par les appelants.

Le juge Watt a statué que le critère applicable pour la révision de la décision du juge du procès consistait à déterminer s'il existait une preuve susceptible de convaincre ce dernier que le juge Scott de la Cour de district disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que les dispositions du *Code criminel* avaient été respectées. Selon le juge Watt, la décision du juge du procès satisfaisait à ce critère, et celui-ci n'avait pas manqué aux règles de justice naturelle ni excédé sa compétence en restreignant la portée du contre-interrogatoire des déposants ou en statuant sur la possibilité de contre-interroger les sous-déposants et sur l'admissibilité de certains éléments de preuve. Par conséquent, le juge Watt a rejeté la requête en annulation présentée par les appelants ainsi que leur demande d'ordonnance de prohibition.

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Le juge Finlayson (avec l'appui du juge Brooke)

Le juge Finlayson a abordé la question de la validité des autorisations d'écoute électronique et celle de l'admissibilité et de l'utilisation des enregistrements en examinant les objections suivantes: a) [TRADUCTION] «le refus du juge de fournir des résumés des passages supprimés», b) «la révision injustifiée des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation», c) «le refus d'autoriser l'interrogatoire des policiers qui avaient fourni des renseignements aux auteurs des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation». Se référant à l'arrêt *Garofoli*, précité, il a déclaré que la cour devait déterminer [TRADUCTION] «si ce que le juge



Sopinka J. that we feel compelled to order a new trial” (p. 447).

Finlayson J.A. concluded that the appellants’ case was not impaired by the trial judge’s failure to provide summaries. He noted that the appellants had not requested summaries and emphasized that the real issue was the editing process used by the trial judge. Finlayson J.A. pointed out that the trial judge had advised counsel of the method he proposed to use in editing the affidavits and that there had been no objections to the proposed procedure at that time. However, Finlayson J.A. stated, “[i]n light of the differences between the versions of O’Connell J. and Watt J., who was in fact the author of *Parmar*, it is hard to argue that the trial judge properly applied the principles of that case” (p. 449). Finlayson J.A. noted that the trial judge’s editing accurately reflected his statements to counsel regarding how he would proceed.

Finlayson J.A. then indicated that he had read all of the affidavits in their entirety. He described the excised information as “nothing more than a further recital, with specific examples, of how these biker gangs conducted their illegal drug operations” (p. 449). He was of the view that there was “an abundance of evidence to support the original authorizations” (p. 450). He went on to observe that he did not understand how the excised material could have assisted the appellants in opposing the admissibility of the wiretap evidence affecting them.

Finlayson J.A. stated that the trial judge may have been “over-cautious” in his editing but concluded that this did not amount to an error of law, or, if it did, then it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. Finlayson J.A. agreed with the trial judge that the authorizations should not be set aside on the basis that “all known targets were not named” (p. 452). He also pointed out that defence counsel already “had a good idea” of what was contained in the affidavits since they

du procès a fait violait à ce point l’esprit des normes procédurales proposées par le juge Sopinka que nous nous estimons forcés d’ordonner la tenue d’un nouveau procès» (p. 447).

Le juge Finlayson a conclu que l’omission du juge du procès de fournir des résumés n’avait pas nui à la défense des appelants. Il a fait remarquer que ces derniers n’en avaient pas demandé et a souligné que le débat véritable portait sur le processus de révision des affidavits suivi par le juge du procès. Il a signalé que ce dernier avait expliqué aux avocats la méthode qu’il entendait employer, laquelle n’avait, à l’époque, suscité aucune objection. Toutefois, le juge Finlayson a reconnu que: [TRADUCTION] «[v]u les différences relevées entre la version du juge O’Connell et celle du juge Watt, qui est en fait l’auteur de la décision *Parmar*, il est difficile d’affirmer que le juge du procès a appliqué correctement les principes énoncés dans cette affaire» (p. 449). Il a fait remarquer, cependant, que la révision effectuée par le juge du procès reflétait fidèlement la méthode qu’il avait décrite aux avocats.

Le juge Finlayson a, par la suite, indiqué qu’il avait lu intégralement tous les affidavits. Selon lui, les passages supprimés ne contenaient [TRADUCTION] «rien de plus qu’une répétition, accompagnée d’exemples précis, de la description de la manière dont les clubs de motards effectuaient leur trafic de stupéfiants» (p. 449). Il a exprimé l’opinion que [TRADUCTION] «la preuve était amplement l’octroi des autorisations originales» (p. 450), ajoutant qu’il ne voyait pas comment les passages supprimés auraient pu aider les appelants à s’opposer à l’admissibilité des éléments de preuve les concernant obtenus par écoute électronique.

Le juge Finlayson a mentionné que le juge du procès avait pu se montrer [TRADUCTION] «exagérément prudent» dans sa révision, mais il a conclu que ce comportement ne constituait pas une erreur de droit ou que, s’il y avait eu erreur de droit, elle n’avait causé aucun tort important ou erreur judiciaire grave. Il a adhéré à l’opinion du juge du procès selon laquelle le fait que [TRADUCTION] «toutes les cibles connues n’étaient pas nommées» (p. 452) ne justifiait pas l’annulation des autorisations, fai-

had access to the versions of the affidavits which had been edited by Watt J. and Bowlby J. Finlayson J.A. concluded (at p. 453):

On balance, I do not think the appellants . . . can show significant prejudice as a result of the editing process. In the absence of such prejudice, the failure of the trial judge to fully anticipate guidelines that would be set down by subsequent courts for editing affidavits is not sufficient, on appeal, to set aside the authorizations in question.

Doherty J.A. (dissenting)

Doherty J.A., relying on *Stinchcombe, supra*, stated that “[f]ull disclosure to the defence of all material information, subject to certain exceptions based on overriding public interest concerns, is now a constitutionally mandated standard” (p. 466). He held that affidavits filed in support of a wiretap authorization are “clearly material” to the admissibility of the interceptions”. Doherty J.A. concluded that disclosure of the full affidavit should be starting premise and anything less potentially impairs an accused’s ability to make full answer and defence unless justified by the Crown “in accordance with established principles”.

Doherty J.A. then stated that a deletion from an affidavit before it is disclosed to the defence derogates from “the goal of full public visibility of the administration of criminal justice” and “potentially adversely affects public confidence in our system of criminal justice”. Therefore, a trial judge should “make only those deletions which are essential to give effect to confidentiality concerns that remain paramount as of the time the editing is sought” (p. 468).

sant remarquer que les avocats de la défense [TRADUCTION] «avaient déjà une bonne idée» de ce que contenaient les affidavits puisqu’ils avaient eu accès aux versions révisées de ceux-ci préparées par les juges Watt et Bowlby. Le juge Finlayson a conclu (à la p. 453):

[TRADUCTION] Tout bien considéré, je ne crois pas que les appelants [. . .] soient en mesure d’établir que la révision leur a causé un préjudice appréciable. En l’absence d’un tel préjudice, le défaut du juge du procès de prévoir les lignes directrices applicables à la révision d’affidavits qui seraient énoncées par les tribunaux subséquents ne constitue pas un motif suffisant pour annuler, en appel, les autorisations en cause.

Le juge Doherty (dissent)

Le juge Doherty, s’appuyant sur l’arrêt *Stinchcombe*, précité, a déclaré que [TRADUCTION] «[l]a divulgation complète de tous les renseignements importants pour la défense, sous réserve de certaines exceptions fondées sur des considérations prépondérantes relevant de l’intérêt public, est devenue la norme imposée par la Constitution» (p. 466). Il a statué que les affidavits déposés à l’appui d’une demande d’autorisation d’écoute électronique sont [TRADUCTION] ««indéniablement importants» en ce qui a trait à l’admissibilité des interceptions». Il a conclu que le principe de base devrait être la divulgation intégrale de l’affidavit et que toute révision risquait de porter atteinte à la capacité d’un accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que le ministère public ne la justifie [TRADUCTION] «en conformité avec les principes établis».

Le juge Doherty a indiqué ensuite que la suppression de passages d’un affidavit avant sa divulgation à la défense trahissait [TRADUCTION] «l’objectif de transparence absolue de l’administration de la justice pénale» et [TRADUCTION] «pouvait miner la confiance du public envers notre système de justice pénale». Les juges de première instance ne devraient donc faire [TRADUCTION] «que les suppressions qui sont indispensables pour répondre aux préoccupations relatives à la confidentialité qui prévalent encore au moment où la révision est demandée» (p. 468).

Doherty J.A. concluded that O'Connell Dist. Ct. J. failed to apply the principles set out in *Parmar*, *supra*, in a number of respects (at pp. 471-73):

First, the trial judge edited the affidavits extensively without any input from the Crown or any information beyond that which appeared in the affidavits . . . [T]he trial judge should have called upon the Crown to justify the continued need for confidentiality of those sources. Without that inquiry, there could be no valid assessment of what parts of the affidavit should be excised before they were turned over to the accused.

Secondly, the trial judge repeatedly indicated that he deleted "information from informants and others which is to be protected" . . . The editing process is intended to protect sources of information not the information from those sources . . . It appears that in editing the affidavits the trial judge sought not only to protect the identity of informants, but to exclude from defence scrutiny all information obtained from those informants. In doing so, he took much too broad an approach to the editing process.

Thirdly, the trial judge indicated that he had edited out of the affidavits material which he regarded as "commentary" or "opinion" or "summary". Such characterizations have no role in the editing process . . . It may be that allegations properly characterized as "commentary" or "opinion" have no place in the affidavit. This is not, however, any reason to remove them from the affidavit during the editing process. Indeed, such comments may provide a fertile ground for cross-examination of the affiant.

Fourthly, the trial judge indicated that the editing of the same affidavits done by the judge who presided over the earlier trial of the first group of accused was "irrelevant" to his editing task . . . [I]t was very relevant. The ongoing need to preserve the confidentiality of information contained in the affidavit is the only justification for deleting that information before turning the affidavits over to the accused. If that information is already in the public domain by virtue of an earlier judicial proceeding, then confidentiality can no longer be a legitimate concern. . . .

Le juge Doherty a conclu que, à plusieurs égards, le juge O'Connell de la Cour de district a manqué aux principes énoncés dans la décision *Parmar*, précitée, aux pp. 471 à 473:

[TRADUCTION] Premièrement, le juge du procès a effectué une révision substantielle des affidavits sans y faire participer le ministère public et sans disposer d'autres renseignements que ceux qui figuraient dans ces documents. [ . . . ] [L]e juge du procès aurait dû demander au ministère public de justifier la nécessité de continuer à protéger la confidentialité de ces sources. En l'absence d'une telle enquête, le juge ne pouvait valablement déterminer les parties de l'affidavit qui devaient être supprimées avant la remise des documents aux accusés.

Deuxièmement, le juge du procès a indiqué à maintes reprises qu'il avait supprimé des passages contenant «des renseignements provenant d'indicateurs ou d'autres personnes et nécessitant protection». [ . . . ] Le processus de révision vise à protéger les sources de renseignements, non les renseignements que celles-ci fournissent. [ . . . ] En révisant les affidavits, le juge du procès ne semble pas avoir voulu seulement protéger l'identité des indicateurs, mais aussi soustraire tous les renseignements provenant de ces derniers à l'examen des avocats de la défense. Il a ainsi donné beaucoup trop d'ampleur au processus de révision.

Troisièmement, le juge du procès a signalé qu'il avait supprimé des affidavits des passages qui, d'après lui, constituaient des «commentaires», des «opinions» ou des «résumés». Il n'y a pas lieu de procéder à de telles qualifications pendant le processus de révision. [ . . . ] Il est fort possible que des affirmations, qualifiées à juste titre de «commentaires» ou d'«opinions» n'aient pas leur place dans un affidavit. Cela ne constitue pas, toutefois, une raison de les écarter au cours du processus de révision. De fait, ces commentaires peuvent se révéler très utiles pour le contre-interrogatoire du déposant.

Quatrièmement, le juge du procès a déclaré que la révision des affidavits en cause par le juge président le procès, commencé plus tôt, du premier groupe d'accusés était «sans rapport» avec sa propre tâche de révision. [ . . . ] [E]lle était très pertinente. La nécessité de continuer à protéger des renseignements confidentiels contenus dans un affidavit est la seule justification de la suppression de ces renseignements dans les versions remises aux accusés. Si une poursuite judiciaire antérieure a fait tomber ces renseignements dans le domaine public, on ne peut plus légitimement chercher à en préserver la confidentialité. [ . . . ]

Fifthly and finally, the editing of two of the affidavits by Watt J. in the course of a "Wilson" application brought during this trial provides cogent evidence that the trial judge went well beyond what was required when editing the affidavits . . . . One can only conclude from this comparison that the trial judge went well beyond what was necessary to protect the public interest when he edited the two affidavits which were subsequently placed before Watt J.

The trial record compels the conclusion that the trial judge misapplied the factors relevant to the editing of the affidavits. An examination of the unedited affidavits which were made available to this court confirms that this misapplication resulted in considerable unwarranted editing of the affidavits.

Doherty J.A. held that the deletions kept from the appellants "a substantial body of material which they were entitled to have when mounting their challenge to the admissibility of the intercepted communications" (p. 476). Furthermore, the deletions prevented a proper and full inquiry into the validity of the authorizations. Therefore, he concluded that the trial judge committed an error in law. Doherty J.A. did not believe that the Crown had established that the improper editing of the affidavits did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice. He stated that there was simply no way of knowing what might have come out on cross-examination if the appellants had been given proper access to the material in the affidavits. Therefore, there was no way of establishing that if the affidavits had been edited properly the impugned authorizations would have been upheld and that the wiretap evidence obtained pursuant to those authorizations would have been admissible against the appellants.

### III. Relevant Legislation

Section 187 of the *Criminal Code* deals with the storage and removal of the material filed in support of an application for a wiretap authorization. At the time of the trial of this matter s. 187 provided:

187. (1) All documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) are confidential and, with the exception of the

Cinquièmement et finalement, la révision de deux des affidavits par le juge Watt à l'occasion d'une demande de type «Wilson» présentée pendant le procès prouve de façon convaincante que le juge du procès a supprimé beaucoup plus de passages des affidavits qu'il n'était nécessaire. [. . .] Cette comparaison ne permet qu'une seule conclusion, savoir que le juge du procès est allé bien au-delà de ce que nécessitait la protection de l'intérêt public lorsqu'il a révisé les deux affidavits qui ont par la suite été soumis au juge Watt.

Le dossier du procès impose la conclusion que le juge du procès n'a pas correctement appliqué les facteurs pertinents pour la révision des affidavits. La cour a pu obtenir la version non révisée des affidavits, et leur examen confirme que cette erreur a mené à des suppressions injustifiées.

Selon le juge Doherty, la suppression de passages a privé les appelants d'une [TRADUCTION] «somme considérable de renseignements auxquels ils avaient droit pour la préparation de leur contestation de l'admissibilité des communications interceptées» (p. 476), et avait, en outre, empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations. Il a donc conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit. À son avis, le ministère public n'a pas établi qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'a résulté de la révision injustifiée. Il a ajouté que nul ne pouvait savoir ce qui aurait pu ressortir du contre-interrogatoire si les appelants avaient eu un accès adéquat au contenu des affidavits. Par conséquent, il était impossible de prouver que, si les affidavits avaient été correctement révisés, les autorisations contestées auraient été maintenues et les éléments de preuve obtenus au moyen de l'écoute électronique ainsi autorisée auraient été admissibles en preuve contre les appelants.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

L'article 187 du *Code criminel* porte sur la garde et l'enlèvement des documents déposés à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique. Cet article, à l'époque du procès, était ainsi libellé:

187. (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 185 ou des paragraphes 186(6) ou 196(2) sont confidentiels et, à l'exception de

authorization, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately on determination of the application, and that packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the contents thereof removed except

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

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

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

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

This provision was repealed by *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 7 (Bill C-109), in force August 1, 1993. The relevant portions of the provision which replaced it are as follows:

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

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

(1.4) A judge or provincial court judge before whom a trial is to be held and who has jurisdiction in the prov-

l'autorisation, sont placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet est gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne peut:

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

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

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

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

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

Cette disposition a été abrogée par l'art. 7 de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40 (projet de loi C-109), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1993. Les dispositions pertinentes de cet article disposent:

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

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

(1.4) S'il a compétence dans la province où l'autorisation a été donnée, le juge ou le juge de la cour provin-

ince in which an authorization was given may order that the sealed packet be opened and its contents removed for the purpose of copying and examining the documents contained in the packet if

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

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

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

(a) compromise the identity of any confidential informant; <sup>d</sup>

(b) compromise the nature and extent of ongoing investigations; <sup>e</sup>

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

(d) prejudice the interests of innocent persons.

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

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

(7) An accused to whom an edited copy of a document has been provided pursuant to subsection (5) may request that the judge before whom the trial is to be held order that any part of the document deleted by the prosecutor be made available to the accused, and the judge shall order that a copy of any part that, in the opinion of the judge, is required in order for the accused to make full answer and defence and for which the provision of a <sup>i</sup>

ciale devant lequel doit se tenir le procès peut ordonner que le paquet scellé soit ouvert et son contenu retiré pour copie et examen des documents qui s'y trouvent si les conditions suivantes sont réunies:

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

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

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

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

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

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

d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

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

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

(7) Le prévenu à qui une copie révisée a été remise peut demander au juge devant lequel se tient le procès de rendre une ordonnance lui permettant de prendre connaissance de toute partie supprimée par le poursuivant; le juge accède à la demande si, à son avis, la partie ainsi supprimée est nécessaire pour permettre au pré-

judicial summary would not be sufficient, be made available to the accused.

This amended provision was not in force at any material time to the proceedings in issue here and my reference to it is not intended to express any opinion with respect to its interpretation. It is, however, helpful as a legislative comment on the principles stated in *Garofoli, supra*.

#### IV. Point in Issue

The sole point in issue is:

Did the Court of Appeal for Ontario err in law in concluding that the trial judge's editing of the affidavits in support of the wiretap authorizations did not prevent a proper and full inquiry into the validity of the authorizations, thereby depriving the appellants of the right to make full answer and defence?

#### V. Analysis

##### A. *General Principles*

I would allow the appeals substantially for the reasons delivered by Doherty J.A. in the Court of Appeal. Before explaining why I disagree with the decision of the majority in the Court of Appeal, I will review some of the general principles which apply to the disclosure of the contents of a wiretap affidavit to an accused person.

Under s. 187, the material filed in support of an application for a wiretap authorization is placed in a sealed packet to which the public normally has no access. That section, however, also permits the packet to be opened and the contents removed pursuant to an order of a judge. The judge hearing an application under this section has a broad discretion to decide whether or not to provide access to the packet. However, in the case of an accused, that discretion would not be exercised judicially or

venu de présenter une réponse et défense pleine et entière lorsqu'un résumé judiciaire serait insuffisant.

Ces dispositions modifiées n'étaient en vigueur à aucun moment de la présente espèce, et je ne cherche pas, en m'y reportant ici, à exprimer une quelconque opinion relativement à leur interprétation. Elles peuvent toutefois se révéler utiles à titre de commentaire du législateur sur les principes énoncés dans l'arrêt *Garofoli*, précité.

#### IV. La question en litige

La seule question en litige est la suivante:

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que la révision, par le juge du procès, des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique n'avait pas empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations, privant ainsi les appelants du droit de présenter une défense pleine et entière?

#### V. Analyse

##### A. *Les principes généraux*

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, essentiellement pour les mêmes motifs que le juge Doherty de la Cour d'appel. Avant d'expliquer pourquoi je ne puis souscrire à la décision rendue par la Cour d'appel à la majorité, j'examinerai quelques-uns des principes généraux applicables en matière de divulgation à un accusé du contenu d'un affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique.

Aux termes de l'art. 187, les documents déposés à l'appui d'une telle demande sont placés dans un paquet scellé auquel, normalement, le public n'a pas accès. Toutefois, cet article permet également l'ouverture du paquet et l'enlèvement de son contenu en application d'une ordonnance judiciaire. Le juge saisi d'une demande d'accès présentée en vertu de cette disposition jouit, pour en disposer, d'un large pouvoir discrétionnaire. Dans le cas d'un accusé, toutefois, ce pouvoir discrétionnaire

in conformity with the right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence unless access was provided: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. This is explicitly recognized in s. 187(5) which now states that the accused "shall" be given a copy of the material in the packet once it has been edited by the prosecutor.

The rule requiring that an accused automatically be given access to the sealed packet is based upon the fact that, as part of the right to make full answer and defence, the accused has the right to be given the opportunity to challenge the admissibility of evidence tendered by the Crown. The most effective way of challenging the admissibility of wiretap evidence is to challenge the validity of the authorizations pursuant to which that evidence was gathered. If the authorization is invalid then the admissibility of the wiretap evidence may be challenged on both statutory and constitutional grounds. The validity of a wiretap authorization turns upon whether the affidavit put before the issuing judge, as amplified by any evidence taken on review, provides a basis upon which that judge could have been satisfied that the pre-conditions for granting the authorization exist. The validity of the authorization is heavily dependent upon the contents of the affidavit. Therefore, the accused must be provided with access to the affidavit if he or she is to be given the opportunity to mount an effective challenge to the admissibility of wiretap evidence tendered by the Crown.

In *Garofoli*, I indicated that, in order to protect the public interest in law enforcement, and in particular the interest in protecting the identity of informers and the confidentiality of investigative techniques, a judge may edit a wiretap affidavit before providing it to the accused. The interests of law enforcement are adequately served if the judge considers the factors set out in *Parmar, supra*, at pp. 281-82, and approved of in *Garofoli, supra*, at p. 1460, before disclosing the contents of an affidavit to the accused. Those factors are:

n'est exercé judiciairement et en conformité avec le droit de présenter une défense pleine et entière prévu à la *Charte canadienne des droits et libertés* que si l'accès est accordé: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. Ce principe a été expressément reconnu au par. 187(5), qui prévoit, maintenant, qu'une copie des documents, après avoir été révisée par le poursuivant, «est» remise au prévenu.

La règle exigeant qu'un accusé ait automatiquement accès au paquet scellé tire son fondement de son droit, compris dans le droit de présenter une défense pleine et entière, d'avoir la possibilité de contester l'admissibilité de la preuve présentée par le ministère public. La façon la plus efficace de contester l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus par écoute électronique consiste à mettre en doute la validité des autorisations ayant permis de les recueillir. Si l'autorisation est invalide, on peut alors contester l'admissibilité des éléments de preuve en invoquant l'illégalité et l'inconstitutionnalité. La validité d'une autorisation d'écoute électronique dépend de la question de savoir si l'affidavit soumis au juge saisi de la demande, complété par les éléments de preuve présentés à l'occasion de l'examen, pouvait légitimement convaincre ce juge de l'existence des conditions préalables à l'octroi de l'autorisation. Le contenu des affidavits influe donc beaucoup sur la validité de l'autorisation. Par conséquent, pour pouvoir contester efficacement l'admissibilité des éléments de preuve du ministère public obtenus au moyen de l'écoute électronique, l'accusé doit pouvoir avoir accès à l'affidavit.

Dans l'arrêt *Garofoli*, j'ai indiqué que, afin de protéger l'intérêt public en matière d'application de la loi et, en particulier, l'identité des informateurs et les techniques d'enquête, un juge peut réviser un affidavit accompagnant une demande d'autorisation d'écoute électronique avant de le remettre à un accusé. Le juge protège efficacement cet intérêt si, avant de divulguer le contenu d'un affidavit à l'accusé, il tient compte des facteurs suivants, énoncés dans la décision *Parmar*, précitée, aux pp. 281 et 282, et approuvés dans l'arrêt *Garofoli*, précité, à la p. 1460:



## [TRADUCTION]

- (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; <sup>a</sup>
- (b) whether the nature and extent of ongoing law enforcement investigations would thereby be compromised; <sup>b</sup>
- (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 <sup>c</sup>
- (d) whether disclosure would prejudice the interests of innocent persons. <sup>d</sup>
- 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?

This aspect of the decision in *Garofoli* is now codified in s. 187(4) of the *Criminal Code*.

Cet aspect de l'arrêt *Garofoli* est maintenant codifié au par. 187(4) du *Code criminel*.

In *Garofoli, supra*, at p. 1461, I also suggested that the following procedure ought to be followed when disclosing the contents of wiretap affidavits to the accused:

<sup>e</sup> J'avais également, dans ce même arrêt, proposé que la divulgation du contenu de ce type d'affidavits à l'accusé se fasse selon la procédure suivante (à la p. 1461):

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. <sup>f</sup>
  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. <sup>g</sup>
  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. <sup>h</sup>
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. <sup>i</sup>

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.

Two of the essential features of the above procedure have now been codified in s. 187 of the *Criminal Code*. First, s. 187(4) now makes it clear that editing wiretap affidavits is primarily the responsibility of the prosecutor. This reflects the fact that only the prosecutor will be able to assess whether there is an ongoing need to maintain the confidentiality of material contained in wiretap affidavits. In fact, in many cases it will be necessary for the prosecutor to consult with the police in order to make this determination. Second, s. 187(7) recognizes the right of the defence to have an opportunity to make submissions regarding the appropriateness of any proposed deletions.

In *Garofoli, supra*, at pp. 1458 and 1460, I stated that during the editing process, the judge must strike a balance between the competing interests of law enforcement on the one hand, and the right of the accused to make full answer and defence on the other. I also stated at p. 1461 that editing is to be kept to a minimum. See also *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 43. The present case provides a convenient opportunity to add that the need for editing should not be presumed.

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.

Deux des éléments essentiels de la procédure décrite ci-dessus ont maintenant été incorporés à l'art. 187 du *Code criminel*. En premier lieu, le par. 187(4) établit clairement, maintenant, que la révision des affidavits relève principalement du poursuivant. Cette disposition marque le fait que seul le poursuivant est en mesure d'évaluer s'il est nécessaire de continuer à protéger la confidentialité du contenu des affidavits. De fait, le poursuivant devra, dans bien des cas, consulter la police pour pouvoir faire cette évaluation. En second lieu, le par. 187(7) reconnaît le droit de la défense d'avoir la possibilité de présenter des arguments concernant la légitimité de toute suppression proposée.

Dans l'arrêt *Garofoli*, précité, aux pp. 1458 et 1460, j'ai affirmé que le juge, au cours de la révision, doit soulever les intérêts opposés que sont, d'une part, l'application de la loi et, d'autre part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. J'ai affirmé aussi, à la p. 1461, qu'il fallait limiter le plus possible la révision. Voir également *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), à la p. 43. La présente affaire me fournit, fort à propos, l'occasion d'ajouter que la nécessité de la révision ne se présume pas.

The *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence requires that, as a general rule, all relevant information in the possession of the state be disclosed to an accused. In order to justify non-disclosure the Crown must bring itself within an exception to that general rule: *Stinchcombe*, *supra*, at pp. 340-41; and *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at pp. 466-67. This may be done by showing that the public interest in non-disclosure outweighs the accused's interest in disclosure. However, I agree with the following statement by Doherty J.A., at p. 466:

Apart from public interest concerns which may operate in a particular case, I see no reason why an accused should not be entitled to see exactly what the judge saw who relied on the affidavits to issue the authorization. Disclosure of the full affidavit should be the starting premise. Anything less potentially impairs an accused's ability to make full answer and defence and must be justified by the Crown in accordance with established principles. Editing of these affidavits is best viewed as a necessary evil.

In summary, when determining whether the contents of wiretap affidavits should be disclosed to an accused, full disclosure should be the rule, subject only to certain exceptions based upon overriding public interests which may justify non-disclosure. The affidavits should only be edited to the extent necessary to protect those overriding public interests.

### B. *Application to the Present Case*

#### 1. Did the trial judge err in adopting the procedure which he did?

The trial judge was of the opinion that he had edited the affidavits in accordance with the procedure suggested in the authorities put before him. It is difficult to determine on the basis of the record before this Court whether he was justified in holding this view.

On the one hand, the procedure adopted by the trial judge in this case was less than ideal because he carried out the bulk of the editing before receiv-

Le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Pour justifier toute non-divulgaration, le ministère public doit invoquer l'application d'une exception à cette règle générale: *Stinchcombe*, précité, aux pp. 340 et 341, et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 466 et 467. Il peut le faire en démontrant que l'intérêt public à la non-divulgaration l'emporte sur celui de l'accusé à la divulgation. Toutefois, je souscris à l'énoncé suivant du juge Doherty (à la p. 466):

[TRADUCTION] Mises à part les considérations relatives à l'intérêt public qui peuvent exister dans des cas particuliers, je ne conçois pas pourquoi un accusé ne pourrait pas avoir le droit de voir exactement ce qu'a vu le juge qui s'est fondé sur les affidavits pour accorder l'autorisation. Le principe de base devrait être la divulgation intégrale de l'affidavit. Toute révision risque de porter atteinte à la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière et doit être justifiée par le ministère public en conformité avec les principes établis. La révision est, au mieux, un mal nécessaire.

En résumé, lorsqu'il s'agit de déterminer si le contenu des affidavits doit être divulgué à un accusé, la divulgation intégrale est la règle, sous réserve de seulement quelques exceptions fondées sur des considérations prépondérantes d'intérêt public pouvant justifier la non-divulgaration. Les affidavits ne devraient être révisés que dans la mesure nécessaire pour protéger ces intérêts publics prépondérants.

### B. *Application à la présente espèce*

#### 1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en adoptant la procédure qu'il a suivie?

Le juge du procès a estimé qu'il avait révisé les affidavits conformément à la procédure proposée dans la jurisprudence qui lui a été soumise. Le dossier dont dispose la Cour permet difficilement d'évaluer s'il avait raison ou tort.

D'une part, la procédure adoptée par le juge du procès laissait beaucoup à désirer parce qu'il a effectué le gros de la révision avant que le minis-

ing any information from the Crown regarding which material was confidential. As Doherty J.A. pointed out, the affidavits in question were sworn some three or four years before the time of trial. In addition, the police investigation was completed before the trial. Under the circumstances it is difficult to see how the trial judge could have made an informed decision as to whether there was a continuing need for confidentiality at the time of trial. The procedure adopted in the present case may also be faulted because the trial judge gave defence counsel very little information about the nature of the proposed deletions, beyond the statement that, in his view, all of the deletions could be justified on the basis of the factors set out in *Parmar*. This prevented the defence from making effective submissions regarding the appropriateness of the proposed deletions.

On the other hand, it must be borne in mind that the trial judge edited these affidavits over three years before the decision in *Garofoli* was rendered. At that time one of the most authoritative cases regarding the editing of wiretap affidavits was the decision of Watt J. in *Parmar*. The procedure followed by the trial judge was generally similar to the one adopted by Watt J. in *Parmar* and subsequently approved of in *Rowbotham*, *supra*, at p. 43. It is also important to recall that the procedure set out in *Garofoli* was not intended to be either exclusive or exhaustive. Finally, it should be noted that Crown did have some input during the editing process. While reviewing the judge's proposed deletions, the Crown consulted with a police officer and in a few cases suggested that material deleted by the trial judge should be disclosed to the accused.

In light of the above it is difficult to determine whether or not the procedure adopted by the trial judge fell so far short of the standard set in *Garofoli* as to amount to an error of law. I do not think that it is necessary to express any opinion

rière public ne lui fournisse des données concernant la confidentialité des différents renseignements. Comme l'a fait remarquer le juge Doherty, les affidavits visés avaient été souscrits quelque trois ou quatre ans avant la date du procès et l'enquête policière avait pris fin avant le procès. Dans ces circonstances, on conçoit mal comment, au moment du procès, le juge pouvait prendre une décision éclairée sur la nécessité de continuer à préserver la confidentialité des renseignements. La procédure adoptée a également pu être viciée du fait que le juge du procès a donné très peu de renseignements à la défense concernant la nature des passages qu'il se proposait de supprimer, mise à part l'affirmation voulant que, selon lui, toutes les suppressions aient été justifiées au regard des facteurs énoncés dans la décision *Parmar*. La défense n'a pu, à cause de cela, présenter une argumentation efficace concernant la légitimité des suppressions proposées.

D'autre part, il importe de garder à l'esprit que le juge du procès a révisé ces affidavits plus de trois ans avant l'arrêt *Garofoli*. À ce moment-là, l'une des décisions les plus suivies en matière de révision des affidavits déposés à l'appui de demandes d'autorisation d'écoute électronique était la décision rendue par le juge Watt dans l'affaire *Parmar*. De façon générale, la procédure suivie par le juge du procès ressemblait à celle qu'avait adoptée le juge Watt dans cette affaire et qui avait été subséquemment approuvée dans la décision *Rowbotham*, précitée, à la p. 43. Il importe en outre de se rappeler que la procédure établie dans l'arrêt *Garofoli* ne se voulait ni exclusive ni exhaustive. Il faut, enfin, signaler que le ministère public a tout de même participé au processus de révision. Au cours de l'examen des passages dont le juge proposait la suppression, le ministère public a consulté un policier et a conseillé le rétablissement de quelques-uns de ces passages pour divulgation aux accusés.

Devant ces faits, il est difficile de déterminer si la procédure adoptée par le juge du procès a péché contre les normes énoncés dans l'arrêt *Garofoli* au point de constituer une erreur de droit. Je crois que la conclusion à laquelle je suis parvenu quant à

upon this point because of the conclusion which I reach regarding whether the trial judge departed from the principles set out in *Parmar* and subsequently approved of in *Garofoli* in determining what to edit.

2. Did the trial judge err in determining what to edit?

The respondent submitted with some force that the trial judge had complied with the requirements of *Parmar* and therefore he should not be reversed just because the rules changed after *Parmar*. Without agreeing with the premise of this submission that an error of law is excused if based on case law that is later changed, I propose to address this submission in order to explain why I agree with Doherty J.A. that the learned trial judge did not comply with *Parmar*.

In my view the record clearly shows that the trial judge edited the affidavits before him more extensively than was necessary to protect the public interest. As stated above, non-disclosure can only be justified on the basis that disclosure will prejudice the interests of informants, innocent persons or the law enforcement authorities and that such prejudice overbears the interests of the accused. If, however, the information has ceased to be confidential, then the justification for non-disclosure disappears. Here the trial judge was aware that Bowlby J. had edited the same affidavits and could presume that this version had become public at the trial before Bowlby J. We are advised that the trial judge edited out information that had not been edited by Bowlby J. and therefore was public. The trial judge considered that this was not relevant. With respect, this ignores the basic premise of non-disclosure, i.e. that it is only confidential information that qualifies. I agree with Doherty J.A. that the affidavits as edited by Bowlby J.

savoir si le juge a observé, en déterminant les passages à supprimer, les principes énoncés dans la décision *Parmar* et confirmés par l'arrêt *Garofoli*, me dispense de me prononcer sur ce point.

2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans la détermination des passages à supprimer?

L'intimée a soutenu assez énergiquement que le juge du procès s'était conformé aux exigences énoncées dans la décision *Parmar* et que la Cour ne devait donc pas infirmer sa décision simplement parce que les règles avaient été modifiées par la suite. Sans souscrire à la prémisse de cet argument voulant qu'une erreur de droit soit excusée lorsqu'elle repose sur une jurisprudence modifiée ultérieurement, je me propose d'expliquer pourquoi j'adhère à l'opinion du juge Doherty selon laquelle le juge du procès n'a pas observé les règles établies dans la décision *Parmar*.

À mon avis, il ressort nettement du dossier que le juge du procès a supprimé des affidavits qu'il avait devant lui plus de passages qu'il n'était nécessaire pour protéger l'intérêt public. Comme je l'ai déjà dit, la non-divulgaration ne se justifie que lorsque la divulgation causerait préjudice aux indécidés, à des personnes innocentes ou aux autorités chargées d'appliquer la loi et que ce préjudice l'emporte sur les intérêts de l'accusé. Toutefois, si les renseignements ont perdu leur caractère confidentiel, la justification de la non-divulgaration disparaît. En l'espèce, le juge du procès savait que le juge Bowlby avait révisé les mêmes affidavits, et il pouvait présumer que cette version était devenue publique au cours du procès tenu devant ce dernier. Nous avons été informés que le juge du procès avait supprimé des passages que le juge Bowlby avait laissés dans les affidavits et qui étaient donc devenus publics. Le juge du procès a estimé que cette révision était sans rapport avec la sienne. Je me permets de signaler que cette position ne tient pas compte du principe fondamental de la non-divulgaration, savoir que seuls les renseignements confidentiels remplissent les conditions requises. Comme le juge Doherty, j'estime que le

should have been the starting point for the trial judge.

Furthermore, the trial judge edited out material which in both the majority and minority reasons is acknowledged not to relate to the identity of informers nor to any of the other factors that justify non-disclosure. In fact, in his comments to counsel the trial judge suggested that he had excised not only information which might tend to identify informants, but also information obtained from informants and others. This clearly was a departure from *Parmar*. The trial judge also departed from *Parmar* and erred in excising material which he characterized as “commentary”, “summary” or “opinion”.

Trial judges must be granted some discretion to determine what editing is required to ensure that the public interest is protected. However, that discretion does not include the power to edit material whose continued confidentiality clearly is not justified by any of the public interest concerns identified in *Parmar*. The fact that the same affidavits were edited by both Watt J. who wrote *Parmar* and the trial judge and the fact that the latter made substantial deletions while the former made almost no deletions indicates that there was more than a difference in application of *Parmar* but the principles of *Parmar* were not being applied. One of those principles is that editing is to be kept to a minimum: *Parmar, supra*, at p. 282. This principle clearly was not respected in the present case.

In order to conclude that a failure to disclose information to the defence amounts to a denial of the right to make full answer and defence, the court must consider the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome of the case: *Stinchcombe, supra*, at p. 348. Although he agreed that the trial judge had not complied with *Parmar*, Finlayson J.A. concluded that he did not commit any error in law, or alternatively, that any error occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice, because coun-

point de départ du juge du procès aurait dû être la version des affidavits révisée par le juge Bowlby.

De plus, le juge du procès a supprimé des passages qui n'avaient aucun lien avec l'identité d'indicateurs ni avec d'autres facteurs justifiant la non-divulgaration, ce qui a été reconnu autant par les juges de la majorité que par le juge dissident. De fait, dans les remarques qu'il a adressées aux avocats, le juge du procès a indiqué qu'il n'avait pas écarté que des renseignements susceptibles de mener à l'identification d'indicateurs, mais également des renseignements obtenus d'indicateurs et d'autres personnes. De toute évidence, le juge s'éloignait ainsi de la décision *Parmar*. Il s'en est éloigné également, et a commis une erreur, en supprimant des passages qu'il a qualifiés de «commentaires», de «résumés» ou d'«opinions».

Les juges de première instance doivent disposer d'un certain pouvoir discrétionnaire pour décider de la révision qu'il convient d'effectuer afin de s'assurer que l'intérêt public est protégé. Ce pouvoir, toutefois, ne comprend pas celui de supprimer des renseignements qu'il n'est manifestement plus justifié de garder confidentiels pour l'un des motifs d'intérêt public énumérés dans la décision *Parmar*. Le fait que l'auteur de cette dernière décision, le juge Watt, et le juge du procès ont tous deux révisé les mêmes affidavits et que ce dernier a procédé à des suppressions substantielles tandis que le juge Watt n'a écarté presque aucun renseignement indique que, plus que d'une différence d'application des principes de la décision *Parmar*, il s'agit, en fait, de la non-application de ceux-ci. L'un de ces principes établit qu'il faut limiter le plus possible la révision: *Parmar, précité*, à la p. 282. De toute évidence, ce principe n'a pas été respecté en l'espèce.

Pour déterminer si la non-divulgaration de renseignements à la défense a porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, le tribunal doit examiner la nature des renseignements non divulgués et se demander s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige: *Stinchcombe, précité*, à la p. 348. Tout en convenant que le juge du procès ne s'était pas conformé à la décision *Parmar*, le juge Finlayson de la Cour d'appel a conclu qu'il n'avait pas commis d'erreur de droit ou que, s'il en avait commis une, elle n'avait pas causé un

sel for the appellants could not show that they were significantly prejudiced by the trial judge's editing. With respect, I think that Finlayson J.A. erred in placing the onus upon the appellants to show how the excised material might have been useful to their case. As Doherty J.A. stated at p. 477, in concluding that s. 686(1)(b)(iii) was inapplicable:

It is particularly inappropriate to place any onus on the appellants to demonstrate prejudice flowing from the error revealed in this case. The appellants have not seen the unedited affidavits. How can they be expected to show prejudice flowing from the improper editing of those affidavits when they have no idea what information was improperly kept from them? Placing an onus on the appellants to demonstrate prejudice from the denial of appropriate access to the affidavits is akin to the now rejected contention that an accused had to show fraud before she could obtain an order directing the opening of the sealed packet. In both cases the accused is placed in the untenable position of being denied access to the very material which is crucial to demonstrating either prejudice or fraud.

In my view, by showing that the trial judge excised a substantial amount of material whose continued confidentiality could not be justified on the basis of the factors set out in *Parmar*, the appellants have established, *prima facie*, that their ability to make full answer and defence was prejudiced in that they were denied the opportunity to conduct a full inquiry into the validity of the seven wiretap authorizations challenged before the trial judge. The appellants should not be required to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen. The respondent has not been able to satisfy me that no prejudice occurred and an appellate court which does not have the benefit of access to counsel's brief cannot be expected to speculate in these circumstances. I must conclude, therefore, that the ability of the appellants to make full answer and defence was compromised.

tort important ou une erreur judiciaire grave, parce que les avocats des appelants n'avaient pu démontrer que la révision effectuée par le juge du procès leur avait nui de façon notable. Avec égards, je crois que le juge Finlayson s'est trompé en imposant aux appelants la charge de démontrer comment les renseignements supprimés auraient pu être utiles à leur défense. Ainsi que le juge Doherty l'a affirmé en concluant que le sous-al. 686(1)(b)(iii) était inapplicable (à la p. 477):

[TRADUCTION] Il est particulièrement inadéquat d'imposer aux appelants la charge de prouver que l'erreur révélée en l'espèce leur a causé préjudice. Les appelants n'ont pas vu la version non révisée des affidavits. Comment peut-on s'attendre à ce qu'ils démontrent que la révision injustifiée de ces documents leur a été préjudiciable, alors qu'ils n'ont pas la moindre idée des renseignements qui leur ont été cachés de façon illégitime? Faire reposer sur les appelants la charge d'établir qu'en leur refusant un accès suffisant aux affidavits on leur a causé un préjudice revient à dire qu'un accusé doit prouver qu'il y a eu fraude avant d'obtenir une ordonnance visant l'ouverture du paquet scellé, prétention qui est maintenant rejetée. Dans les deux cas, l'accusé se trouve dans la position intenable d'avoir à prouver soit le préjudice, soit la fraude, sans avoir accès aux documents mêmes qui lui sont essentiels pour établir cette preuve.

À mon avis, en démontrant que le juge du procès a supprimé des affidavits une grande quantité de renseignements qu'il n'était pas justifié de continuer à garder confidentiels pour les motifs énumérés dans la décision *Parmar*, les appelants ont fait la preuve *prima facie* que leur capacité de présenter une défense pleine et entière a été entravée, car on leur a refusé la possibilité d'examiner à fond la validité des sept autorisations d'écoute électronique contestées devant le juge du procès. Les appelants ne devraient pas être obligés de démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus. L'intimée n'a pu me convaincre qu'aucun préjudice n'a été causé, et on ne peut attendre d'un tribunal d'appel qui n'a pas accès au dossier des avocats qu'il fasse des conjectures dans les circonstances. Il me faut donc conclure qu'il y a eu atteinte à la capacité des appelants de présenter une défense pleine et entière.

The respondent submits that regardless of whether the trial judge erred in editing the affidavits, it is a complete answer to these appeals that each of the affidavits as edited by the trial judge disclosed sufficient grounds to sustain the relevant authorizations. The respondent takes the position that there is no need to consider the excised portions of the affidavit if the authorization can be supported exclusively on the basis of the affidavit as edited. However, this submission ignores the fact that the material contained in the excised material may be used to impugn the contents of the portions of the affidavit which have been disclosed. In the absence of overriding policy concerns which justified confidentiality, the appellants were entitled to have the opportunity to use the deleted material in this fashion. As Doherty J.A. put it at p. 478, “[i]t may be that the appellants, armed with the deleted information taken in combination with additional information which they may have had, could have demonstrated the inaccuracy of allegations made in the affidavits, or fraud, or culpable non-disclosure”.

The trial judge reviewed the material which had been deleted from the affidavits in the course of assessing the validity of the authorizations. In doing so he presumably considered whether any of that material detracted from the contents of the portions of the affidavits which were disclosed. However, this judicial screening of the material which was improperly withheld from the appellants did not cure the failure to make proper disclosure. The trial judge did not have access to the same information as the defence. The fact that the trial judge may not have seen how the excised material could have assisted the appellants does not necessarily mean that defence counsel would not have found a way to use that material to their advantage.

### 3. Is Section 686(1)(b)(iii) applicable?

This is not an appropriate case in which to apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The wiretap evidence obtained pursuant to the impugned authorizations formed a substantial part of the evidence against the appellants. The fact that the appellants

L’intimée soutient que, sans égard à la question de savoir si le juge du procès a ou non commis une erreur en révisant les affidavits, le fait que chacun d’eux, dans sa version révisée, révèle des motifs suffisants de maintenir l’autorisation visée suffit à disposer entièrement des présents pourvois. Elle plaide qu’il n’est pas nécessaire d’examiner les passages supprimés d’un affidavit s’il est possible d’étayer l’autorisation en se fondant exclusivement sur l’affidavit révisé. Cet argument, cependant, ne tient pas compte du fait que les renseignements contenus dans les passages supprimés pourraient servir à attaquer le contenu des parties de l’affidavit qui ont été divulguées. En l’absence de considérations de principe prépondérantes justifiant la confidentialité, les appelants devaient avoir la possibilité d’utiliser de cette façon les passages supprimés. Ainsi que l’a exposé le juge Doherty (à la p. 478) [TRADUCTION] «[l]es appelants auraient peut-être pu, armés des renseignements supprimés combinés à ceux qu’ils avaient déjà en main, démontrer l’inexactitude des déclarations faites dans les affidavits, la fraude ou la non-divulgarion coupable».

Pour déterminer la validité des autorisations, le juge du procès a examiné les renseignements qui avaient été supprimés des affidavits révisés. On peut présumer qu’au cours de cet examen, il a vérifié si ces renseignements n’amointrissaient pas la valeur de ceux qui figuraient dans les parties des affidavits qui ont été communiquées. Cependant, l’examen judiciaire des renseignements qui ont été illégitimement cachés aux appelants n’a pas remédié à l’absence de divulgation appropriée. Le juge du procès n’a pas eu accès aux mêmes renseignements que la défense. Le fait qu’il n’ait pas vu en quoi les passages supprimés auraient pu être utiles aux appelants ne signifie pas nécessairement que les avocats de la défense n’auraient pas trouvé un moyen de s’en servir à leur avantage.

### 3. Le sous-alinéa 686(1)b(iii) est-il applicable?

La présente espèce ne donne pas ouverture à l’application du sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*. Les éléments de preuve obtenus par écoute électronique en vertu des autorisations contestées constituent une partie importante de la preuve pré-



were deprived of the right to make full answer and defence when challenging the admissibility of that evidence necessarily means that a new trial must be ordered. It is impossible to say that the verdicts against the appellants would necessarily have been the same if the defence had succeeded in establishing that even one of the impugned authorizations was invalid.

The respondent submits that each of the impugned affidavits should be examined individually to determine whether any over-editing occurred and the Court should examine the packets and original unedited affidavits to determine the extent to which the appellants are specifically named or dealt with in the excised material. The respondent adds that, if over-editing is found in a particular affidavit, to the extent that it can be said that the trial judge failed to act judicially, the Court must determine whether any conversations were intercepted pursuant to the relevant authorization and if so, whether any of those calls were incriminating.

There are a number of reasons why the respondent's submission must be rejected. First, if any authorizations were set aside by this Court on the grounds that the appellants were not afforded a proper opportunity to test their validity, the validity of subsequent authorizations would be placed in doubt to the extent that they were issued on the basis of evidence obtained pursuant to the invalidated authorizations. Second, even though the appellants were not directly incriminated by the conversations recorded pursuant to some of the authorizations, incriminating remarks made by other individuals during those conversations were admitted as evidence against the appellants under the co-conspirator's exception to the rule against hearsay. Third, if any of the wiretap evidence had been declared inadmissible, an unknown portion of the other evidence against the appellants may have been rendered inadmissible as derivative evidence. The combined effect of these factors makes it impossible to conclude that the verdicts entered against the appellants would necessarily have been

sentée contre les appelants. Le fait que ceux-ci ont été privés du droit de présenter une défense pleine et entière lorsqu'ils ont contesté l'admissibilité de ces éléments de preuve implique nécessairement qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il est impossible d'affirmer que les verdicts prononcés contre les appelants auraient nécessairement été les mêmes si la défense avait réussi à établir l'invalidité de ne serait-ce qu'une des autorisations.

L'intimée fait valoir que la Cour devrait examiner chacun des affidavits en cause afin de déterminer s'il y a eu surrévision et qu'elle devrait faire de même avec les paquets scellés et les affidavits originaux non révisés afin de déterminer dans quelle mesure les appelants sont expressément nommés ou visés dans les passages supprimés. Elle ajoute que, si elle conclut qu'un affidavit particulier a été surrévisé, la Cour doit déterminer, dans la mesure où on peut dire que le juge du procès n'a pas agi judiciairement, si des conversations ont été interceptées en vertu des autorisations visées et, le cas échéant, si l'une ou l'autre d'entre elles étaient incriminantes.

La Cour ne peut accepter cet argument pour plusieurs raisons. Premièrement, si la Cour devait annuler une autorisation parce que les appelants n'ont pas dûment bénéficié de la possibilité d'en contester la validité, cette décision pourrait faire douter de la validité d'autorisations subséquentes qui auraient pu être accordées sur la foi d'éléments de preuve obtenus en vertu de l'autorisation invalidée. Deuxièmement, même si les conversations enregistrées en vertu de certaines autorisations n'incriminaient pas directement les appelants, des remarques incriminantes faites par d'autres personnes au cours de ces conversations ont été utilisées en preuve contre les appelants en application de l'exception à la règle du ouï-dire visant les autres comploteurs. Troisièmement, si un élément de preuve quelconque obtenu par écoute électronique avait été jugé inadmissible, une portion inconnue des autres éléments de preuve à charge aurait pu devenir inadmissible à titre de preuve dérivée. L'effet combiné de ces facteurs s'oppose à toute conclusion que les verdicts prononcés contre

the same if they had succeeded in challenging the validity of one or more of the wiretap authorizations.

## VI. Conclusion

Under the circumstances, I am compelled to conclude that the trial judge erred in law by editing the affidavits in such a way that the appellants were denied the right to make full answer and defence. This error cannot be cured by the application of s. 686(1)(b)(iii). I therefore agree with Doherty J.A. that the appeals must be allowed, the convictions quashed and a new trial ordered.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin J.J. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — These appeals concern judge-made legal rules which governed legally authorized wiretapping of telephone conversations. The legislative provision at the heart of these cases is s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (enacted by the *Protection of Privacy Act*, S.C. 1973-74, c. 50, s. 2), which read at the time:

**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; [Emphasis added.]

(Later R.S.C., 1985, c. C-46, s. 187 (as am. by c. 27 (1st Suppl.), s. 24).)

les appelants auraient nécessairement été les mêmes si ces derniers avaient réussi à faire déclarer invalides une ou plusieurs des autorisations d'écoute électronique.

## VI. Conclusion

Dans ces circonstances, je n'ai d'autre choix que de conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit en révisant les affidavits d'une façon qui a privé les appelants du droit de présenter une défense pleine et entière, erreur que ne peut réparer l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii). Je souscris, par conséquent, à la conclusion du juge Doherty selon laquelle il y a lieu d'accueillir les pourvois, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Ces appels concernent les règles juridiques d'origine jurisprudentielle qui ont régi l'écoute électronique légalement autorisée de conversations téléphoniques. La disposition législative qui est au cœur de ces pourvois est le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (édicte par la *Loi sur la protection de la vie privée*, S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2), qui prévoyait à l'époque:

**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; [Je souligne.]

(Devenu L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187 (mod. par ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 24).)

We are concerned here with subpara. (ii). The appellants sought the opening of the sealed packets containing the evidence. Those, in the form of affidavits, were submitted to a judge for the purpose of authorizing the wiretap of the appellants' and others' telephone conversations in the course of an investigation of a drug traffic conspiracy. Although that motion was granted and cross-examination of the affiants and two additional witnesses was allowed on a *Wilson* review application (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594), the wiretapped conversations were found to be admissible at trial and were admitted in evidence. Further application in the form of *certiorari* was denied. The appellants, Leonard Farinacci and Yves Lépine were convicted of conspiracy to traffic in methamphetamine and the appellant Kenneth Jeffreys was convicted of conspiracy to traffic in cocaine. Their appeals to the Ontario Court of Appeal were dismissed by a majority: *R. v. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. They come before us as of right. My colleague Sopinka J. would allow the appeals. I dissent and would dismiss the appeals for the following reasons.

Before discussing the issues raised in these appeals, it is relevant to set out at some length the proceedings which gave rise to the appeals as well as the judgments below.

- I -

#### Facts and Proceedings

The charges against the appellants were part of many laid against members of two motorcycle clubs, the Iron Hawgs and the Outlaws. In the summer of 1983, the Metropolitan Toronto Police Force had commenced an investigation into the distribution of illicit drugs by members of the Iron Hawgs (Project Boar). In the spring of 1984, the Metropolitan Toronto Police obtained two authorizations to intercept private communications from the Supreme Court of Ontario (March 1, 1984, before Trainor J. (Exhibit 3) and April 14, 1984,

En l'espèce, c'est le sous-al. (ii) qui nous intéresse. Les appelants ont demandé que les paquets scellés renfermant les éléments de preuve soient ouverts. Leur contenu, sous forme d'affidavits, avait été soumis à un juge afin qu'il autorise l'écoute électronique des conversations téléphoniques des appelants et d'autres personnes dans le cadre d'une enquête sur un complot en vue de faire le trafic de stupéfiants. Bien que le juge ait fait droit à cette requête et permis, sur une demande de révision de type *Wilson* (arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594), que les auteurs des affidavits et deux autres témoins soient contre-interrogés, les conversations enregistrées ont été déclarées admissibles au procès et versées en preuve. Une demande ultérieure sous forme de *certiorari* a été rejetée. Les appelants Leonard Farinacci et Yves Lépine ont été déclarés coupables de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine et l'appelant Kenneth Jeffreys a été déclaré coupable de complot en vue de faire le trafic de cocaïne. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a rejeté leurs appels: *R. c. Durette* (1992), 9 O.R. (3d) 557, 54 O.A.C. 81, 72 C.C.C. (3d) 421. Ils viennent devant nous de plein droit. Mon collègue le juge Sopinka est d'avis d'accueillir les appels. Je ne suis pas d'accord et je les rejeterais pour les motifs qui suivent.

Avant d'examiner les questions que soulèvent ces pourvois, il est pertinent de relater au long les procédures qui y ont donné lieu, ainsi que les jugements des instances inférieures.

- I -

#### Les faits et les procédures

Les accusations portées contre les appelants faisaient partie de plusieurs autres portées contre deux clubs de motards, les Iron Hawgs et les Outlaws. Durant l'été de 1983, la Police de la communauté urbaine de Toronto a commencé une enquête sur la distribution de drogues illicites par les membres des Iron Hawgs (Projet Boar). Au printemps de 1984, elle a obtenu de la Cour suprême de l'Ontario deux autorisations d'intercepter des communications privées (le 1<sup>er</sup> mars 1984, le juge Trainor (pièce 3) et le 14 avril 1984,

before Ewaschuk J. (Exhibit 5)). During approximately the same period, the Niagara Regional Police and the Ontario Provincial Police had commenced a parallel investigation into the manufacture and distribution of illicit drugs (Project Skylab). Police officers obtained six authorizations to intercept private communications from Judge Scott of the Ontario District Court of Niagara covering the period between November 1983 and August 1984 (November 16, 1983 (Exhibit 1); January 12, 1984 (Exhibit 2); March 9, 1984 (Exhibit 4); May 7, 1984 (Exhibit 6); June 11, 1984 (Exhibit 7); and July 9, 1984 (Exhibit 8)).

In August 1984, the two separate police investigations merged because the two targeted clubs had amalgamated. Officers involved in the combined investigations obtained three further authorizations to intercept private communications from Judge Scott of the Ontario District Court covering the period between August 1984 and January 1985 (only one was presented at the trial (Exhibit 9)). There were therefore a total of eleven authorizations: nine from the District Court and two from the Supreme Court of Ontario. They covered a period from November 1983 to January 1985.

As a result of these police investigations and wiretapping, about 80 persons were arrested on January 22, 1985, at nine different Outlaws clubhouses in Ontario and Québec, as well as numerous private residences. The three appellants were among the persons arrested. Charges against 61 Ontario accused were laid under a single information alleging conspiracy to traffic in methamphetamine, cocaine and LSD. A preliminary hearing was scheduled for December 2, 1985.

On November 19, 1985, the Attorney General of Canada preferred two indictments, replacing the original information and cancelling the preliminary hearing. One indictment, presented in the Supreme Court of Ontario, named 12 accused. The other, presented in the Ontario District Court, named 27 accused, including the three appellants. Since these trials are interrelated as far as the wire-

le juge Ewaschuk (pièce 5)). À peu près à la même époque, la Police régionale de Niagara et la Police provinciale de l'Ontario ont commencé une enquête parallèle sur la fabrication et la distribution de drogues illicites (Projet Skylab). Les policiers ont obtenu du juge Scott de la Cour de district de l'Ontario à Niagara six autorisations d'intercepter des communications privées pour la période de novembre 1983 à août 1984 (le 16 novembre 1983 (pièce 1); le 12 janvier 1984 (pièce 2); le 9 mars 1984 (pièce 4); le 7 mai 1984 (pièce 6); le 11 juin 1984 (pièce 7); et le 9 juillet 1984 (pièce 8)).

En août 1984, les deux enquêtes policières ont été réunies parce que les deux clubs visés s'étaient fusionnés. Les policiers chargés de ces enquêtes combinées ont obtenu du juge Scott de la Cour de district de l'Ontario trois autres autorisations d'intercepter des communications privées pour la période d'août 1984 à janvier 1985 (dont une seule a été présentée au procès (pièce 9)). En tout, donc, onze autorisations: neuf de la Cour de district et deux de la Cour suprême de l'Ontario. Elles visaient une période allant de novembre 1983 à janvier 1985.

Par suite de ces enquêtes policières et de l'écoute électronique, environ 80 personnes ont été arrêtées le 22 janvier 1985, à neuf locaux différents des Outlaws en Ontario et au Québec, ainsi que dans plusieurs résidences. Les trois appelants étaient au nombre des personnes arrêtées. Des accusations ont été portées contre 61 résidents de l'Ontario en vertu d'une seule dénonciation alléguant un complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine, de cocaine et de LSD. Une enquête préliminaire a été fixée au 2 décembre 1985.

Le 19 novembre 1985, le procureur général du Canada a présenté deux actes d'accusation, remplaçant la dénonciation initiale et annulant l'enquête préliminaire. L'un, présenté devant la Cour suprême de l'Ontario, renfermait les noms de 12 accusés. L'autre, présenté devant la Cour de district de l'Ontario, ceux de 27 accusés, dont les trois appelants. Comme ces procès sont liés en ce qui

tap authorizations are concerned, it is necessary to refer to them.

*Supreme Court of Ontario Trial (R. v. Marsh, unreported)*

In the case of 12 accused, the trial began on June 2, 1986 before Bowlby J. On June 24, 1986, Bowlby J. granted an application to open the nine sealed packets (seven District Court and two Supreme Court of Ontario authorizations). Bowlby J. permitted access by the defence to the affidavits. After Bowlby J. edited the affidavits, released them to defence counsel and permitted extensive cross-examinations of the three affiants by the defence, he ruled on the *Wilson* application brought by the accused, upholding the validity of the nine authorizations (September 30, 1986).

Of the 12 persons indicted, nine entered pleas of guilty before or during the trial, in one case the charges were stayed and the two other accused were convicted, on February 27, 1987. There were no appeals against convictions. As the Supreme Court trial was over, a date for the District Court trial was set for May 11, 1987.

*District Court Trial*

The District Court trial commenced on May 11, 1987 before Judge O'Connell. From May 11 until June 24, 1987, O'Connell Dist. Ct. J. entertained the following pre-trial motions:

- (i) a motion to stay the proceedings on the basis of unreasonable delay;
- (ii) a motion to quash the indictments on the basis that s. 507 of the *Criminal Code* was inconsistent with ss. 7, 9, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
- (iii) a motion to have separate trials;
- (iv) a motion to sever the trial on the counts;
- (v) a motion to change the venue of the trial;

concerne les autorisations d'écoute électronique, il est nécessaire de s'y référer.

*Procès devant la Cour suprême de l'Ontario (R. c. Marsh, décision inédite)*

Dans le cas des 12 accusés, le procès, présidé par le juge Bowlby, a commencé le 2 juin 1986. Le 24 juin 1986, le juge Bowlby a accordé une demande d'accès aux neuf paquets scellés (sept autorisations de la Cour de district et deux de la Cour suprême de l'Ontario). Il a permis à la défense de prendre connaissance des affidavits. Après avoir supprimé des passages des affidavits, les avoir remis aux avocats de la défense et avoir permis à la défense de contre-interroger à fond les trois déposants, le juge Bowlby a statué sur la demande de type *Wilson* des accusés, confirmant la validité des neuf autorisations (30 septembre 1986).

Des 12 inculpés, neuf ont inscrit un plaidoyer de culpabilité avant ou durant le procès, un a bénéficié d'une suspension des accusations et les deux autres ont été déclarés coupables, le 27 février 1987. Il n'y a pas eu d'appel à l'encontre des déclarations de culpabilité. Le procès devant la Cour suprême terminé, le procès devant la Cour de district a été fixé au 11 mai 1987.

*Procès devant la Cour de district*

Le procès devant la Cour de district a commencé le 11 mai 1987. Il était présidé par le juge O'Connell. Entre le 11 mai et le 24 juin 1987, le juge O'Connell a entendu les requêtes préliminaires suivantes:

- (i) requête pour arrêt des procédures fondée sur le délai déraisonnable;
- (ii) requête pour annulation des actes d'accusation fondée sur l'incompatibilité de l'art. 507 du *Code criminel* et des art. 7, 9, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- (iii) requête pour tenue de procès séparés;
- (iv) requête pour division du procès selon les chefs d'accusation;
- (v) requête pour changement de venue;

(vi) a motion to open the seven sealed packets containing the affidavits sworn in support of applications to obtain authorizations to intercept private communications; and

(vii) a *Wilson* motion, to quash the seven District Court authorizations to intercept private communications.

It is the disposition of the two latter applications which is relevant to the present appeals.

On May 13, 1987, O'Connell Dist. Ct. J. granted the application to open the packets and gave the appellants access to nine sealed packets (although seven were asked for, including the two Supreme Court of Ontario authorizations) containing the affidavits, subject to the packets being judicially edited. O'Connell Dist. Ct. J. did not require the appellants to establish a *prima facie* case of fraud or any other preconditions in order to obtain access to the sealed packets. On May 15, 1987, after O'Connell Dist. Ct. J. opened the nine sealed packets, removed the affidavits and edited them himself according to *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (Ont. H.C., Watt J.) ("*Parmar (No. 1)*") and gave a copy of the nine edited affidavits to the Crown for review. O'Connell Dist. Ct. J. then proceeded to review each affidavit with Crown counsel, identifying each of the deletions which he had made and seeking the Crown's submissions. The appellants' counsel were present throughout this exercise.

It is acknowledged that O'Connell Dist. Ct. J. made more extensive deletions to the nine affidavits than Bowlby J. had in the Supreme Court trial in *R. v. Marsh*.

O'Connell Dist. Ct. J. released edited copies of the nine affidavits to the appellants and heard submissions from the appellants' counsel over the course of two days with respect to his editing (May 19 and 20, 1987). O'Connell Dist. Ct. J. did not accede to the appellants' requests for more information as to the content of the affidavits, although

(vi) requête pour accès aux sept paquets scellés contenant les affidavits à l'appui des demandes d'autorisation d'intercepter des communications privées;

(vii) requête de type *Wilson* en annulation des sept autorisations, accordées par la Cour de district, d'intercepter des communications privées.

C'est la décision rendue sur ces deux dernières requêtes qui est au cœur des présents pourvois.

Le 13 mai 1987, le juge O'Connell a fait droit à la demande d'accès aux paquets et permis aux appelants de prendre connaissance de neuf paquets scellés (bien qu'ils aient demandé l'accès à sept, dont les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario) contenant les affidavits, mais seulement après qu'il les aurait édités («révisés» dans le *Code criminel*). Le juge O'Connell n'a pas requis les appelants de faire une preuve *prima facie* de fraude ou de remplir d'autres conditions préalablement au droit de consulter le contenu des paquets scellés. Le 15 mai 1987, après avoir ouvert les neuf paquets scellés, le juge O'Connell a retiré les affidavits, les a lui-même édités conformément à la décision *R. c. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260 (H.C. Ont., le juge Watt) («*Parmar (n° 1)*»), puis il a remis une copie des neuf affidavits édités au substitut du procureur général afin qu'il puisse les examiner. Le juge O'Connell a ensuite étudié chaque affidavit avec le substitut du procureur général, indiquant chacun des passages supprimés et le priant de lui faire des observations, le tout en présence des avocats des appelants.

Il est constant que le juge O'Connell a édité les neuf affidavits de façon plus extensive que ne l'avait fait le juge Bowlby lors du procès devant la Cour suprême (*R. c. Marsh*).

Le juge O'Connell a remis aux appelants des copies éditées des neuf affidavits et, durant deux jours (les 19 et 20 mai 1987), il a écouté les arguments de leurs avocats au sujet de l'édition qu'il en avait fait. Il n'a pas fait droit aux demandes des appelants qui voulaient plus de détails sur le contenu des affidavits, mais il leur a dit si leur nom

he did inform them as to whether they were named in the deleted portions of the affidavits and proceeded to list those accused in the deleted portions of the nine affidavits. The trial judge said that he deleted information relating to informers on the basis that it would reveal their identity, based on *Parmar (No. 1)*, and he also deleted minor improper or irrelevant commentaries. He refused to consider the extent to which Bowlby J. has edited the same affidavits in the course of the *Wilson* hearing of September 30, 1986 in *R. v. Marsh*.

The appellants then cross-examined the three affiants (Edward Typer, Walter Baker and James Douglas Wilkinson) for nine full days (May 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29 and June 1, 2, 1987). O'Connell Dist. Ct. J. granted permission to cross-examine without requiring the appellants to satisfy any of the threshold tests set out in *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), and *R. v. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300 (Ont. H.C., Watt J.), *aff'd* (1989), 53 C.C.C. (3d) 489 (Ont. C.A.).

On June 5, 1987, O'Connell Dist. Ct. J. ruled on a *voir dire* that the appellants could not cross-examine the "sub-affiants" who supplied the information to the affiants. Notwithstanding his ruling on the *voir dire*, O'Connell Dist. Ct. J. granted the appellants' request to call two additional witnesses. Constables Robert Lines and William Murray were cross-examined for three days (June 7, 8 and 9, 1987).

On June 15, 1987, the appellants filed a *Wilson* application to set aside the seven District Court authorizations. O'Connell Dist. Ct. J. dismissed the application on June 24, 1987 and ruled that the interceptions were lawfully made and the intercepted communications were admissible in evidence against the appellants and their co-accused.

The appellants then brought a motion in the nature of a *certiorari*, before the Supreme Court of Ontario (Watt J.), to set aside O'Connell Dist.

figurait dans les passages supprimés des affidavits et il a énuméré les noms des accusés figurant dans ces passages des neuf affidavits. Le juge du procès a dit qu'il avait suivi la décision *Parmar (n° 1)*, précitée, pour la suppression des renseignements relatifs aux indicateurs, afin de ne pas révéler leur identité, et qu'il avait aussi écarté certaines remarques déplacées ou non pertinentes. Il a refusé de prendre en considération le nombre de passages que le juge Bowlby avait supprimés dans les mêmes affidavits, dans l'affaire *R. c. Marsh*, dans le cours d'une requête de type *Wilson* entendue le 30 septembre 1986.

Les appelants ont ensuite contre-interrogé les trois déposants (Edward Typer, Walter Baker et James Douglas Wilkinson) pendant neuf jours entiers (les 21, 22, 25, 26, 27, 28 et 29 mai, et les 1<sup>er</sup> et 2 juin 1987). Le juge O'Connell leur a permis de les contre-interroger sans qu'ils aient à remplir l'une ou l'autre des conditions préalables énoncées dans les décisions *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), et *R. c. Parmar* (1987), 37 C.C.C. (3d) 300 (H.C. Ont., le juge Watt), *conf. par* (1989), 53 C.C.C. (3d) 489 (C.A. Ont.).

Le 5 juin 1987, le juge O'Connell a décidé, lors du *voir-dire*, que les appelants ne pouvaient pas contre-interroger les «sous-déposants», c'est-à-dire ceux qui avaient fourni les renseignements aux déposants. Malgré sa décision sur le *voir-dire*, le juge O'Connell a fait droit à la requête des appelants qui voulaient citer deux autres témoins. Les agents Robert Lines et William Murray ont été contre-interrogés durant trois jours (les 7, 8 et 9 juin 1987).

Le 15 juin 1987, les appelants ont déposé une requête de type *Wilson* visant à l'annulation des sept autorisations accordées par la Cour de district. Le juge O'Connell a rejeté la demande le 24 juin 1987 et décidé que les interceptions avaient été faites légalement et que les communications interceptées étaient admissibles en preuve contre les appelants et leurs coaccusés.

Les appelants ont alors saisi la Cour suprême de l'Ontario (le juge Watt) d'une requête en *certiorari* visant à infirmer la décision du juge O'Connell sur

Ct. J.'s decision on the appellants' *Wilson* application, challenging the wiretap authorizations on the sole ground that the trial judge edited too much of the affidavits provided to the judge who authorized the wiretaps. On September 10, 1987, this application was dismissed by Watt J.: *R. v. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. According to Watt J., O'Connell Dist. Ct. J. did not err in finding that the edited affidavits set out probable and reasonable grounds sufficient to support the issuance of the authorizations neither did he exceed his jurisdiction nor breach the rules of natural justice in limiting the scope of the cross-examination, determining whether certain persons should be cross-examined and whether certain evidence sought to be admitted ought to be received as relevant.

Concurrently, in September 1987, a second *Wilson* motion was presented before Watt J. of the Supreme Court of Ontario in order to set aside the two Supreme Court of Ontario authorizations. The motion was dismissed by Watt J. Watt J. re-edited the affidavits of Dennis Pearce dated March 1 and April 14, 1984 (which were Exhibits 8A and 9A before O'Connell Dist. Ct. J.) and distributed the edited affidavits to the appellants. He made less deletions to the affidavits than those made by O'Connell Dist. Ct. J. The appellants had the opportunity to cross-examine the affiant, Dennis Pearce, at length on his affidavits. No appeal was taken of Watt J.'s decision.

The trial before O'Connell Dist. Ct. J. finally resumed. After the jury was selected in October 1987, the trial effectively commenced on November 16, 1987. Between November 19, 1987 and April 18, 1988, the Crown called 98 witnesses, tendered 98 exhibits and played approximately 600 tape recordings of private intercepted communications. Between April 19, 1988 and May 9, 1988, the defence (the appellants) called 30 witnesses and tendered 27 exhibits. The address to the jury by counsel lasted eight days (May 16-19 and 24-27, 1988). O'Connell Dist. Ct. J. made his charge to the jury on May 30, and June 1 and 2, 1988.

leur requête de type *Wilson* au seul motif que, selon eux, le juge du procès avait surédicté les affidavits fournis au juge qui avait autorisé l'écoute électronique. Le 10 septembre 1987, le juge Watt a rejeté cette requête: *R. c. Durette* (1987), 61 O.R. (2d) 590, 37 C.C.C. (3d) 126. Selon lui, le juge O'Connell n'a pas commis d'erreur en concluant que les affidavits édités révélaient des motifs probables et raisonnables suffisants pour justifier l'octroi des autorisations, et n'a pas excédé sa compétence ni manqué aux règles de la justice naturelle en restreignant l'étendue du contre-interrogatoire ou en statuant sur la possibilité de contre-interroger certaines personnes et sur l'admissibilité en tant que pertinents de certains éléments de preuve.

Simultanément, en septembre 1987, une seconde requête de type *Wilson* a été présentée devant le juge Watt de la Cour suprême de l'Ontario, en vue de faire annuler les deux autorisations accordées par la Cour suprême de l'Ontario. Le juge Watt a rejeté la requête. Il a édité à nouveau les affidavits de Dennis Pearce du 1<sup>er</sup> mars et du 14 avril 1984 (qui étaient les pièces 8A et 9A devant le juge O'Connell) et a remis les affidavits ainsi édités aux appelants. Il a supprimé moins de passages des affidavits que ne l'avait fait le juge O'Connell. Les appelants ont eu la possibilité de contre-interroger longuement le déposant, Dennis Pearce, sur ses affidavits. La décision du juge Watt n'a pas été portée en appel.

Le procès a finalement repris devant le juge O'Connell. Après la sélection des jurés en octobre 1987, le procès a commencé le 16 novembre 1987. Entre le 19 novembre 1987 et le 18 avril 1988, le ministère public a cité 98 témoins, présenté 98 pièces et fait entendre environ 600 enregistrements de communications privées interceptées. Entre le 19 avril 1988 et le 9 mai 1988, la défense (les appelants) a fait comparaître 30 témoins et produit 27 pièces. Les exposés des avocats au jury ont pris huit jours (du 16 au 19 et du 24 au 27 mai 1988). Le juge O'Connell a donné ses directives au jury le 30 mai, et les 1<sup>er</sup> et 2 juin 1988.



After 10 days of deliberation, the jury rendered its verdict on June 11, 1988. Of the 27 persons originally indicted in the District Court, seven had their charges stayed by the court at the request of the Crown before, during or after the conclusion of the trial; 13 entered pleas of guilty before or during the trial; six were convicted (including the three appellants and Rawley Durette) and one was acquitted. Those convicted were sentenced in June and July 1988.

In June and December 1988, the three appellants and the co-accused Rawley Durette filed a notice of appeal to the Ontario Court of Appeal, appealing their convictions and sentences. The appellants' and Rawley Durette's appeals were dismissed by the Ontario Court of Appeal on May 15, 1992 (Brooke and Finlayson J.J.A. for the majority, Doherty J.A. dissenting). Based on that dissent, the appellants appealed their convictions to this Court as of right, while Rawley Durette did not.

Appellants' application for leave to appeal on other issues was dismissed by this Court on March 18, 1993, [1993] 1 S.C.R. vi.

### Judgments

*Ontario District Court* (first *Wilson* application before Judge O'Connell)

O'Connell Dist. Ct. J. said that, after editing the affidavits in accordance with *Parmar* (No. 1), *supra*, he had ordered disclosure or access to the sealed packets containing the materials which Judge Scott of the Ontario District Court of Niagara relied on to grant the authorizations. He then stated that the "editing was undertaken to protect sensitive information, and the names of the informants".

O'Connell Dist. Ct. J. considered the constitutionality of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now Part VI of R.S.C., 1985, c. C-46). After reviewing *Parmar* (No. 1), he concluded that, in determining whether the facts

Après 10 jours de délibération, le jury a rendu son verdict le 11 juin 1988. Parmi les 27 personnes mises originalement en accusation devant la Cour de district, sept ont bénéficié d'une suspension des accusations prononcée par la cour à la demande du ministère public, soit avant, pendant ou après le procès; 13 ont inscrit un plaidoyer de culpabilité avant ou pendant le procès; six ont été déclarées coupables (dont les trois appelants et Rawley Durette) et une a été acquittée. Les sentences ont été prononcées en juin et en juillet 1988.

En juin et en décembre 1988, les trois appelants et le coaccusé Rawley Durette ont déposé un avis d'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, pour appeler des déclarations de culpabilité et des sentences. Le 15 mai 1992, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels (les juges Brooke et Finlayson, pour la majorité, et le juge Doherty, dissident). Invoquant cette dissidence, les appelants (mais non Rawley Durette) ont formé devant notre Cour un pourvoi de plein droit contre leur déclaration de culpabilité.

La demande d'autorisation de pourvoi des appelants sur d'autres questions a été rejetée par notre Cour le 18 mars 1993, [1993] 1 R.C.S. vi.

### Les jugements

*La Cour de district de l'Ontario* (première requête de type *Wilson*, devant le juge O'Connell)

Le juge O'Connell a dit qu'après avoir édité les affidavits conformément à la décision *Parmar* (n° 1), précitée, il avait ordonné la divulgation ou la communication des paquets scellés contenant les documents sur lesquels le juge Scott de la Cour de district de l'Ontario à Niagara s'était appuyé pour accorder les autorisations. Puis, il a expliqué que la [TRADUCTION] «révision a été faite dans le but de protéger des renseignements de nature délicate ainsi que le nom des indicateurs».

Le juge O'Connell s'est penché sur la constitutionnalité de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant la partie VI, L.R.C. (1985), ch. C-46). Après avoir examiné la décision *Parmar* (n° 1), il a conclu que, pour déter-

revealed to the authorizing judge should be different from the facts proven on the review application, the former were the facts displayed in the original rather than the edited affidavit disclosed to the defence counsel; the reviewing judge should consider the non-edited affidavits. He also was of the opinion that the onus upon such an application rested upon the applicants and that the onus is discharged on adequate proof of, *inter alia*, fraudulent misrepresentation, intentional non-disclosure, negligent material misrepresentation or misleading disclosures. O'Connell Dist. Ct. J. further held that the factual material disclosed to the authorizing judge must be sufficient.

O'Connell Dist. Ct. J. reviewed the evidence, that is the testimony of the affiants and the witnesses and the affidavits, and concluded that:

It cannot be said that there is proven negligence amounting to material misrepresentation, material non-disclosure, or that there is misleading disclosure, fraud, or simply non-disclosure as to important facts, any of which would vitiate the authorizations. [Emphasis added.]

Furthermore, O'Connell Dist. Ct. J. applied the test set out in *Wilson v. The Queen*, *supra*, and concluded that, as a reviewing judge, he should not substitute his discretion for that of the authorizing judge unless the facts on which the authorizations were granted differed from the facts proved on the *ex parte* review. O'Connell Dist. Ct. J. then concluded that:

... it is my view that I am duty-bound to review the affidavit which was put before the authorizing judge, notwithstanding that counsel for the applicants do not have a copy of that affidavit; they having been supplied with an edited copy . . . [I]t seems to me impossible to review an affidavit and make a ruling as to whether a judge would have granted an authorization based on an affidavit without looking at that particular affidavit. I appreciate the issue that it raises . . . but I believe, if I read *Wilson* correctly, that that is evidence under review, notwithstanding the editing.

miner si les faits révélés au juge qui accorde les autorisations devaient être différents de ceux prouvés lors de l'audition de la requête en révision, les faits révélés au premier juge étaient ceux exposés dans l'original plutôt que dans la version éditée remise aux avocats de la défense et que le juge siégeant en révision devrait étudier les affidavits dans leur version non éditée. Il a également exprimé l'avis que le fardeau de preuve incombait aux requérants, dont ils pouvaient se décharger en apportant la preuve, entre autres, de représentations frauduleuses, non-divulgaration intentionnelle, déclaration substantiellement inexacte faite par négligence, ou encore divulgation trompeuse. Le juge O'Connell a décidé, en outre, que les éléments factuels révélés au juge qui accorde les autorisations doivent être suffisants.

Après avoir examiné la preuve, soit le témoignage des déposants et des témoins, ainsi que les affidavits, le juge O'Connell a conclu:

[TRADUCTION] La preuve n'établit pas qu'il y a eu négligence équivalant à une déclaration substantiellement inexacte ou à une non-divulgaration importante ou qu'il y a eu déclaration trompeuse, fraudée ou simplement non-divulgaration relativement à des faits importants, incidents qui pourraient tous vicier les autorisations. [Je souligne.]

En outre, le juge O'Connell a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, et a conclu qu'en sa qualité de juge siégeant en révision, il ne devrait pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé les autorisations à moins que les faits y ayant donné lieu ne diffèrent des faits établis au cours de l'audition *ex parte* de la requête en révision. Il en arrive ensuite à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] . . . à mon avis, je suis tenu d'examiner l'affidavit soumis au juge saisi des demandes d'autorisation, bien que les avocats des requérants ne disposent que d'une version révisée de ces affidavits. [ . . . ] [I]l me paraît impossible d'examiner un affidavit et de déterminer si un juge aurait accordé une autorisation sur la foi de ce document sans consulter l'affidavit en question. Je me rends bien compte que cela soulève un problème [ . . . ], mais à mon sens, si j'interprète correctement l'arrêt *Wilson*, c'est l'élément de preuve que je dois prendre en considération, malgré la révision.

O'Connell Dist. Ct. J. added that he would have come to the same conclusion with respect to the edited affidavit. He was of the opinion that there was a basis for the issuance of the authorizations and that

the affiants had reasonable and probable grounds to believe as to what they deposed to by stating that all the matters deposed to were true to the best of their knowledge and belief and were relevant as to the issue of whether the judge would grant the authorization sought. [Emphasis added.]

The application to quash the authorizations was therefore dismissed by O'Connell Dist. Ct. J.

*Supreme Court of Ontario* (motion in the nature of *certiorari* before Watt J.) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Watt J. held that the test to be applied on an application by way of *certiorari* is whether there was some evidence upon which the reviewing judge could have been satisfied that there was some evidence before the authorizing judge upon which he could have been satisfied that there was compliance with the *Criminal Code* provisions. Further, rulings of an evidentiary nature made in the course of the review hearing are not subject to review by the superior court unless they result in errors of a jurisdictional nature.

On the point of whether or not the facts proved on the review hearing were different from the facts before the authorizing judge (Scott Dist. Ct. J.) and O'Connell Dist. Ct. J.'s view that he was required to have regard to the unedited affidavit notwithstanding that it had not been disclosed in full to defence counsel, Watt J. found that O'Connell Dist. Ct. J.'s decision did not constitute a jurisdictional error.

Similarly, Watt J. held that O'Connell Dist. Ct. J. was entitled to make rulings as to the scope of cross-examination of the affiants and entitled to hold that a person who had supplied the information to the affiants (a "sub-affiant") could not be cross-examined. It was plainly within O'Connell Dist. Ct. J.'s authority to limit the scope of cross-

Le juge O'Connell a ajouté qu'il serait parvenu à la même conclusion s'il avait tenu compte des affidavits édités. Il a conclu que les autorisations étaient fondées et que

[TRADUCTION] les déposants avaient des motifs raisonnables et probables de croire ce qu'ils avaient déclaré, savoir que, pour autant qu'ils le sachent, leurs déclarations étaient vraies et se rapportaient à la question de savoir si le juge accorderait l'autorisation demandée. [Je souligne.]

En conséquence, il a rejeté la demande d'annulation des autorisations.

*La Cour suprême de l'Ontario* (requête de la nature d'un *certiorari*, devant le juge Watt) (1987), 61 O.R. (2d) 590

Le juge Watt a conclu que le test applicable sur requête en *certiorari* consiste à déterminer s'il existait des éléments de preuve susceptibles de convaincre le juge siégeant en révision que le juge qui a accordé les autorisations disposait d'éléments de preuve suffisants pour satisfaire aux dispositions du *Code criminel*. En outre, les décisions de nature procédurale prises au cours de l'audition de la requête en révision échappent au contrôle de la cour supérieure, sauf si elles entraînent des erreurs de compétence.

Quant à la question de savoir si les faits prouvés lors de l'audition de la requête en révision étaient différents de ceux soumis au juge qui a accordé les autorisations (le juge Scott) et quant à l'opinion du juge O'Connell selon lequel il était tenu d'examiner l'affidavit dans sa version non éditée, même si les avocats de la défense ne disposaient que d'une version éditée, le juge Watt a conclu que la décision du juge O'Connell ne constituait pas une erreur de compétence.

De même, le juge Watt a décidé que le juge O'Connell était en droit de décider de l'étendue du contre-interrogatoire des déposants et qu'il avait le droit de décider qu'une personne qui avait fourni des renseignements aux déposants («sous-déposant») ne pouvait pas être contre-interrogée. Le juge O'Connell avait manifestement compétence

examination, to determine whether certain persons should be cross-examined and whether certain evidence sought to be admitted ought to be received as relevant. In making these determinations, in his view, O'Connell Dist. Ct. J. did not exceed his jurisdiction nor breach the rules of natural justice.

Finally, Watt J. concluded, at p. 603:

Neither am I persuaded that there was not some evidence upon the basis of which the reviewing judge [O'Connell Dist. Ct. J.] could have been satisfied that there was some evidence before the learned authorizing judge [Scott Dist. Ct. J.] upon which he could have been satisfied of the necessary prerequisites of Part IV.1 to issue the impugned orders. [Emphasis added.]

Watt J. dismissed the motion in the nature of *certiorari*.

*Ontario Court of Appeal* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Finlayson J.A. (Brooke J.A. concurring)

Finlayson J.A., writing for the majority, dealt with the issue of the validity of the authorizations to intercept private communications and the admissibility and use of the taped recordings and dismissed the appellants' submissions as to: (1) the failure of the trial judge to provide judicial summaries of edited material; (2) his improper editing of affidavits supporting the wiretap authorizations; and (3) his refusal to permit cross-examination of police officers who had provided information to deponents of affidavits supporting authorizations.

Finlayson J.A. examined the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and concluded that "all questions relating to wiretaps can and should be dealt with by the trial judge. He is obliged to consider them along with any other issue relating to the reception of evidence" (p. 445). Therefore, the issues were whether the wiretaps were authorized by law and were carried out according to the terms of the

pour restreindre l'étendue du contre-interrogatoire, pour statuer sur la possibilité de contre-interroger certaines personnes et sur l'admissibilité en tant que pertinents de certains éléments de preuve. D'après le juge Watt, le juge O'Connell, en se prononçant de la sorte, n'a pas excédé sa compétence ni manqué aux règles de justice naturelle.

En dernier lieu, le juge Watt conclut, à la p. 603:

[TRADUCTION] Je ne suis pas persuadé non plus qu'il n'existait pas d'éléments de preuve susceptibles de convaincre le juge siégeant en révision [le juge O'Connell] que le juge qui a accordé les autorisations [le juge Scott] disposait d'éléments de preuve pouvant le convaincre que les conditions préalables prévues à la partie IV.1 pour rendre les ordonnances contestées avaient été remplies. [Je souligne.]

Le juge Watt a rejeté la requête en *certiorari*.

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421

Le juge Finlayson (avec l'appui du juge Brooke)

Au nom de la majorité, le juge Finlayson a abordé la question de la validité des autorisations d'intercepter des communications privées et celle de l'admissibilité et de l'utilisation des enregistrements, et il a rejeté les arguments des appelants sur les points suivants: (1) le refus du juge du procès de fournir des résumés des passages supprimés; (2) son édition injustifiée des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique, et (3) son refus d'autoriser le contre-interrogatoire des policiers qui avaient fourni des renseignements aux auteurs des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation.

Le juge Finlayson a examiné l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, de la Cour suprême du Canada et conclu que [TRADUCTION] «toutes les questions concernant l'écoute électronique peuvent et doivent être tranchées par le juge du procès. Il est tenu d'étudier ces questions et toutes les autres questions relatives à l'admissibilité de la preuve» (p. 445). Par conséquent, il s'agissait de décider si l'écoute électronique avait été autorisée conformé-

authorizations. Finlayson J.A., then, noted that the problem in wiretap cases was that the material supporting the authorizations is in a sealed packet which can only be opened by a judge, and when the packet is opened, only an edited version of the material is made available to the defence. However, Finlayson J.A., relying on *Garofoli*, which followed *Parmar (No. 1)*, *supra*, said that the court should determine "whether what was done by the trial judge fell so far short of the spirit of the procedural standard suggested by Sopinka J. [in *Garofoli*] that we feel compelled to order a new trial" (p. 447).

Finlayson J.A. concluded that the appellants' case was not impaired by O'Connell Dist. Ct. J.'s failure to provide summaries. He noted that the appellants had not requested summaries and emphasized that the real issue was the editing process undertaken by O'Connell Dist. Ct. J. He pointed out that O'Connell Dist. Ct. J. had advised counsel of the method he was using in editing the affidavits and that there had been no objections to the proposed procedure. He noted that the differences between the edited versions of the affidavits by O'Connell Dist. Ct. J. as compared by Watt J. lead to the conclusion that O'Connell Dist. Ct. J. had not followed to the letter the guidelines proposed by Watt J. in *Parmar (No. 1)*. Finlayson J.A. nevertheless concluded that (at pp. 449-50):

On the other hand, the information excised [from the affidavits], while substantial in terms of quantity, is nothing more than a further recital, with specific examples, of how these biker gangs conducted their illegal drug operations . . . . In one sense, the edited material adds nothing to what is on the public record at trial . . . . I am satisfied that there was an abundance of evidence to support the original authorizations. In looking at all of the excised material in isolation, I am at a loss to understand how it could have assisted these appellants at trial in effectively opposing the admissibility of the wiretap evidence affecting them.

My own view is that the trial judge was over-cautious in his attempts to protect the identity of the informants

ment à la loi et si elle avait été faite suivant les conditions fixées dans les autorisations. Le juge Finlayson a ensuite fait observer que le problème qui se pose dans les affaires d'écoute électronique tient au fait que les documents déposés au soutien des autorisations sont placés dans un paquet scellé que seul un juge peut ouvrir et que, lorsque le paquet est ouvert, seule une version éditée des documents est remise à la défense. Toutefois, s'appuyant sur l'arrêt *Garofoli*, rendu après la décision *Parmar (n° 1)*, précitée, il a déclaré que la cour devait déterminer [TRADUCTION] «si ce que le juge du procès a fait violait à ce point l'esprit des normes procédurales proposées par le juge Sopinka [dans *Garofoli*] que nous nous estimons forcés d'ordonner la tenue d'un nouveau procès» (p. 447).

Le juge Finlayson a conclu que l'omission du juge O'Connell de fournir des résumés n'avait pas nuï à la défense des appelants. Il a fait remarquer que ces derniers n'en avaient pas demandé et a souligné que le débat véritable portait sur la procédure d'édition des affidavits suivie par le juge O'Connell. Il a signalé que ce dernier avait expliqué aux avocats la méthode qu'il entendait employer, laquelle n'avait suscité aucune objection. Il a fait remarquer que les différences relevées entre les versions du juge O'Connell et celles du juge Watt permettent de conclure que le juge O'Connell n'a pas suivi à la lettre les lignes directrices tracées par le juge Watt dans l'affaire *Parmar (n° 1)*. Le juge Finlayson conclut néanmoins (aux pp. 449 et 450):

[TRADUCTION] En revanche, bien qu'ils aient été nombreux, les passages [des affidavits] supprimés ne contenaient rien de plus qu'une répétition, accompagnée d'exemples précis, de la description de la manière dont les clubs de motards effectuaient leur trafic de stupéfiants. [ . . . ] Dans un sens, les passages supprimés n'ajoutent rien à ce qui a déjà été rendu public durant le procès. [ . . . ] je suis convaincu que la preuve était amplement l'octroi des autorisations originales. Si je prends séparément tous les passages supprimés, je ne vois pas comment ils auraient pu aider les appelants à plaider l'inadmissibilité des éléments de preuve les concernant obtenus par écoute électronique.

À mon sens, le juge du procès s'est montré exagérément prudent dans sa tentative pour cacher l'identité des

and the nature of the undercover operation. I also question whether he should have deleted matters that he felt constituted improper or irrelevant commentary. That is but one opinion, however, and is not enough to override that of an experienced trial judge.

Therefore, I do not think O'Connell J.'s editing amounted to an error of law. If his decision is such an error, then in my opinion it occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. [Emphasis added.]

Finlayson J.A. then agreed with O'Connell Dist. Ct. J. that the authorizations should not be set aside on the basis that all known targets were not named and that the outcome on this issue would not have changed had the defence been provided with the edited material. Finlayson J.A. also thought that the silence of defence counsel before O'Connell Dist. Ct. J. regarding the edited affidavits of Bowlby J. lead to the conclusion that the editing of Bowlby J. was either similar to that of O'Connell Dist. Ct. J. or that what was revealed by comparing the two edited versions was not significant.

Finlayson J.A. concluded that (at p. 453):

On balance, I do not think the appellants Farinacci, Lépine and Jeffreys can show significant prejudice as a result of the editing process. In the absence of such prejudice, the failure of the trial judge to fully anticipate guidelines that would be set down by subsequent courts for editing affidavits is not sufficient, on appeal, to set aside the authorizations in question.

Finlayson J.A. stated that, even after cross-examination of the affiants, the defence had been unable to make out a case, to the satisfaction of O'Connell Dist. Ct. J., and then noted that defence counsel had not cross-examined the sub-affiants that did testify and concluded that O'Connell Dist. Ct. J.'s view was correct in not allowing another trial simply on the *Wilson* application.

indicateurs et la nature de l'opération d'infiltration. Je ne suis pas certain qu'il ait eu raison de supprimer ce qui constituait à ses yeux des commentaires déplacés ou non pertinents. Je ne fais qu'exprimer une opinion, cependant, et elle ne saurait suffire pour l'emporter sur celle d'un juge du procès expérimenté.

Par conséquent, je ne pense pas que la révision du procès faite par le juge O'Connell ait constitué une erreur de droit. S'il y a eu erreur de droit, à mon avis, elle n'a causé aucun tort important ni erreur judiciaire grave. [Je souligne.]

Le juge Finlayson a adhéré à l'opinion du juge O'Connell selon laquelle le fait que toutes les cibles connues n'étaient pas nommées ne justifiait pas l'annulation des autorisations et selon laquelle cette question n'aurait pas été tranchée différemment si la défense avait disposé des passages supprimés. Le juge Finlayson a, en outre, émis l'avis que le fait que les avocats de la défense n'aient pas soufflé mot, devant le juge O'Connell, au sujet des affidavits édités par le juge Bowlby permettait de conclure soit que la version du juge Bowlby était semblable à celle du juge O'Connell, soit que rien d'important ne ressortait de la comparaison des deux versions.

Le juge Finlayson conclut (à la p. 453):

[TRADUCTION] Tout bien considéré, je ne crois pas que les appelants Farinacci, Lépine et Jeffreys soient en mesure d'établir que la révision leur a causé un préjudice appréciable. En l'absence d'un tel préjudice, le défaut du juge du procès de prévoir les lignes directrices applicables à la révision d'affidavits qui seraient énoncées par les tribunaux subséquents ne constitue pas un motif suffisant pour annuler, en appel, les autorisations en cause.

Le juge Finlayson a dit que, même après le contre-interrogatoire des déposants, la défense n'avait pu convaincre le juge O'Connell, puis il a fait observer que les avocats de la défense n'avaient pas contre-interrogé les sous-déposants qui ont témoigné et il a conclu que le juge O'Connell avait, à juste titre, refusé d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur une simple requête de type *Wilson*.

Finlayson J.A.'s final conclusion was that the trial judge was right in holding that the authorizations to intercept private communications were valid, expressing the view that the appellants "received anything less than a fair trial" (p. 456).<sup>a</sup> He dismissed the appeals against convictions as well as against sentences.

Doherty J.A. (dissenting)

Doherty J.A., relying on the decision of our Court *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, stated that full disclosure to the defence of all material information, subject to certain exceptions based on overriding public interest concerns, was a constitutionally mandated standard. The affidavits were, in his view, "clearly material" to the admissibility of the interceptions and concluded that (at p. 466):

Apart from public interest concerns which may operate in a particular case, I see no reason why an accused should not be entitled to see exactly what the judge saw who relied on the affidavits to issue the authorization. Disclosure of the full affidavit should be the starting premise. Anything less potentially impairs an accused's ability to make full answer and defence and must be justified by the Crown in accordance with established principles.

Doherty J.A. then went on to say that a deletion from an affidavit before it was disclosed to the defence derogated from the goal of full public visibility of the administration of criminal justice and potentially adversely affects public confidence in our system of criminal justice. Therefore, a trial judge should make only those deletions which are essential to give effect to confidentiality concerns that remain paramount as of the time the editing is sought.

Doherty J.A. concluded that O'Connell Dist. Ct. J. did not correctly apply the principles set out in *Parmar (No. 1)*, *supra*, for the following reasons (at pp. 471-73):

Pour terminer, le juge Finlayson a conclu que le juge du procès avait décidé à bon droit que les autorisations d'intercepter des communications privées étaient valides, rien ne le portant à croire que les appelants [TRADUCTION] «n'ont pas vraiment bénéficié d'un procès équitable» (p. 456). Il a rejeté les appels formés contre les déclarations de culpabilité et contre les sentences.

Le juge Doherty (dissent)

S'appuyant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, le juge Doherty a déclaré que la divulgation complète de tous les renseignements importants pour la défense, sous réserve de certaines exceptions fondées sur des considérations prépondérantes relevant de l'intérêt public, est devenue la norme imposée par la Constitution. D'après lui, les affidavits constituent [TRADUCTION] «indéniablement des éléments de preuve pertinents» en ce qui a trait à l'admissibilité des interceptions, et il conclut (à la p. 466):

[TRADUCTION] Mises à part les considérations relatives à l'intérêt public qui peuvent exister dans des cas particuliers, je ne conçois pas pourquoi un accusé ne pourrait pas avoir le droit de voir exactement ce qu'a vu le juge qui s'est fondé sur les affidavits pour accorder l'autorisation. Le principe de base devrait être la divulgation intégrale de l'affidavit. Toute révision risque de porter atteinte à la capacité d'un accusé de présenter une défense pleine et entière et doit être justifiée par le ministère public en conformité avec les principes établis.

Le juge Doherty a ajouté que la suppression de passages d'un affidavit avant sa divulgation à la défense trahissait l'objectif de transparence absolue de l'administration de la justice pénale et pouvait miner la confiance du public envers notre système de justice pénale. Un juge de première instance ne devrait donc faire que les suppressions qui sont indispensables pour répondre aux préoccupations relatives à la confidentialité qui prévalent encore au moment où l'édition est demandée.

Le juge Doherty a conclu que le juge O'Connell avait mal appliqué les principes énoncés dans la décision *Parmar (n° 1)*, précitée, pour les raisons suivantes (aux pp. 471 à 473):

First, the trial judge edited the affidavits extensively without any input from the Crown or any information beyond that which appeared in the affidavits . . . [T]he trial judge should have called upon the Crown to justify the continued need for confidentiality of those sources. Without that inquiry, there could be no valid assessment of what parts of the affidavit should be excised before they were turned over to the accused.

Secondly, the trial judge repeatedly indicated that he deleted "information from informants and others which is to be protected" . . . It appears that in editing the affidavits the trial judge sought not only to protect the identity of informants, but to exclude from defence scrutiny all information obtained from those informants. In doing so, he took much too broad an approach to the editing process.

Thirdly, the trial judge indicated that he had edited out of the affidavits material which he regarded as "commentary" or "opinion" or "summary". Such characterizations have no role in the editing process . . . It may be that allegations properly characterized as "commentary" or "opinion" have no place in the affidavit. This is not, however, any reason to remove them from the affidavit during the editing process . . .

Fourthly, the trial judge indicated that the editing of the same affidavits done by the judge [Bowlby J.] who presided over the earlier trial of the first group of accused was "irrelevant" to his editing task. With respect, it was very relevant . . . [T]he trial judge's failure to appreciate the significance of the earlier editing process to his task further confirms my view that he misunderstood and misapplied the factors relevant to the editing of the affidavits.

Fifthly and finally, the editing of two of the affidavits by Watt J. in the course of a "*Wilson*" application brought during this trial provides cogent evidence that the trial judge went well beyond what was required when editing the affidavits . . . One can only conclude from this comparison that the trial judge went well beyond what was necessary to protect the public interest

[TRADUCTION] Premièrement, le juge du procès a effectué une révision substantielle des affidavits sans y faire participer le ministère public et sans disposer d'autres renseignements que ceux qui figuraient dans ces documents. [ . . . ] [L]e juge du procès aurait dû demander au ministère public de justifier la nécessité de continuer à protéger la confidentialité de ces sources. En l'absence d'une telle enquête, le juge ne pouvait valablement déterminer les parties de l'affidavit qui devaient être supprimées avant la remise des documents aux accusés.

Deuxièmement, le juge du procès a indiqué à maintes reprises qu'il avait supprimé des passages contenant «des renseignements provenant d'indicateurs ou d'autres personnes et nécessitant protection». [ . . . ] En révisant les affidavits, le juge du procès ne semble pas avoir voulu seulement protéger l'identité des indicateurs, mais aussi soustraire tous les renseignements provenant de ces derniers à l'examen des avocats de la défense. Il a ainsi donné beaucoup trop d'ampleur au processus de révision.

Troisièmement, le juge du procès a signalé qu'il avait supprimé des affidavits des passages qui, d'après lui, constituaient des «commentaires», des «opinions» ou des «résumés». Il n'y a pas lieu de procéder à de telles qualifications pendant le processus de révision. [ . . . ] Il est fort possible que des affirmations, qualifiées à juste titre de «commentaires» ou d'«opinions» n'aient pas leur place dans un affidavit. Cela ne constitue pas, toutefois, une raison de les écarter au cours du processus de révision. [ . . . ]

Quatrièmement, le juge du procès a déclaré que la révision des affidavits en cause par le juge [Bowlby] présidant le procès, commencé plus tôt, du premier groupe d'accusés était «sans rapport» avec sa propre tâche de révision. Avec égards, elle était très pertinente. [ . . . ] [L]e fait que le juge du procès n'a pas reconnu l'importance qu'avait la révision antérieure pour sa tâche confirme davantage mon opinion qu'il a mal interprété et mal appliqué les facteurs pertinents de la révision des affidavits.

Cinquièmement et finalement, la révision de deux des affidavits par le juge Watt à l'occasion d'une demande de type «*Wilson*» présentée pendant le procès prouve de façon convaincante que le juge du procès a supprimé beaucoup plus de passages des affidavits qu'il n'était nécessaire. [ . . . ] Cette comparaison ne permet qu'une seule conclusion, savoir que le juge du procès est allé



when he edited the two affidavits which were subsequently placed before Watt J.

The trial record compels the conclusion that the trial judge misapplied the factors relevant to the editing of the affidavits. An examination of the unedited affidavits which were made available to this court confirms that this misapplication resulted in considerable unwarranted editing of the affidavits.

Doherty J.A. concluded that the deletions kept from the appellants a substantial body of material which they were entitled to have when mounting their challenge to the admissibility of the intercepted communications. It was not simply a case of over-cautiousness from the trial judge. Furthermore, since the deletions prevented a proper and full inquiry into the validity of the authorizations, the appellants did establish an error in law.

In view of this error of law, the onus was on the Crown to establish that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred, according to Doherty J.A. There was no onus on the appellants to show that the error prejudiced them at the trial. Doherty J.A. concluded that (at p. 479):

In my opinion, the Crown cannot establish that the improper editing of the affidavits resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice. It cannot be concluded with any degree of certainty that had the appellants had proper access to all of the material in the affidavits, the authorizations would necessarily have been held valid and the "wiretap" evidence admissible. There is simply no way of knowing what further evidence might have come out on the cross-examination of the affiants had the entire affidavits been available, what further evidence might have been adduced had the appellants been aware of the improperly edited portions of the affidavits, or what different challenges to the authorizations the appellants may have made had they received the access to the affidavits to which they were entitled.

Doherty J.A. would have allowed the appeals, quashed the convictions and ordered a new trial.

bien au-delà de ce que nécessitait la protection de l'intérêt public lorsqu'il a révisé les deux affidavits qui ont par la suite été soumis au juge Watt.

Le dossier du procès impose la conclusion que le juge du procès n'a pas correctement appliqué les facteurs pertinents pour la révision des affidavits. La cour a pu obtenir la version non révisée des affidavits, et leur examen confirme que cette erreur a mené à des suppressions injustifiées.

Le juge Doherty a conclu que la suppression de passages a privé les appelants d'une somme considérable de renseignements auxquels ils avaient droit pour la préparation de leur contestation de l'admissibilité des communications interceptées. Cette suppression n'était pas simplement le résultat d'une prudence exagérée de la part du juge du procès. Puisqu'elle a aussi empêché l'examen complet et approprié de la validité des autorisations, les appelants ont établi que le juge du procès avait commis une erreur de droit.

Étant donné cette erreur de droit, il incombait au ministère public, selon le juge Doherty, d'établir qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en avait résulté. Les appelants n'avaient pas la charge de montrer que l'erreur leur avait porté préjudice au procès. Le juge Doherty conclut (à la p. 479):

[TRADUCTION] À mon avis, le ministère public ne peut pas établir qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'a résulté de la révision injustifiée. On ne saurait conclure avec certitude que, si les appelants avaient pu consulter tous les renseignements contenus dans les affidavits, les autorisations auraient nécessairement été jugées valides et les éléments de preuve obtenus au moyen de l'écoute électronique, jugés admissibles. Nul ne peut savoir ce qui aurait pu ressortir du contre-interrogatoire des déposants si l'on avait disposé de l'intégralité des affidavits, quels autres éléments de preuve auraient pu être présentés si les appelants avaient pu prendre connaissance des passages supprimés incorrectement, ou quel autre moyen de contestation des autorisations les appelants auraient pu faire valoir s'ils avaient pu consulter les affidavits comme ils en avaient le droit.

Le juge Doherty aurait accueilli les appels, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

The Issue

The only issue before this Court is whether the editing by the trial judge of the affidavits in support of the authorizations to intercept private communications deprived the appellants of their right to make full answer and defence as guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In other words, did the editing process followed by the trial judge constitute an error of law and, if so, did such error violate appellants' *Charter* rights?

It is important to note at this stage that, at the hearing before us, counsel for the appellants recognized that had the affidavits submitted to the judge in order to obtain the wiretap authorizations contained only the edited affidavits, such affidavits would have been sufficient for the issuing of the authorizations since, in his words, "there appear to be reasonable and probable grounds" (Transcript of Audio Tapes of Proceedings, at p. 136). Therefore, in my view, wiretap evidence was admissible at trial and, consequently, properly admitted.

Finally, before dealing with the crux of the appeals, it is not without interest to recall the jurisprudential history which has led to the development of the procedural requirements in the field of wiretap authorizations.

- II -

In adopting s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, the legislator did not indicate the basis upon which the sealed packet were to be opened, simply stating that it "shall not be (a) opened . . . except (ii) pursuant to an order of a judge . . .". It left the courts with the task of deciding the proper approach to the matter. That was done not without sharp division between different courts, particularly between the Ontario Court of Appeal and the British Columbia Court of Appeal, with both courts having their own adepts, creating a huge body of contradictory jurisprudence in courts of first instance and fostering a number of appeals

La question en litige

La seule question en litige devant notre Cour est de savoir si l'édition, par le juge du procès, des affidavits déposés à l'appui des demandes d'autorisation d'interception de communications privées a privé les appelants d'une défense pleine et entière, droit que leur garantissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Autrement dit, la méthode d'édition suivie par le juge du procès constituait-elle une erreur de droit et, dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle porté atteinte aux droits des appelants garantis par la *Charte*?

Il importe de faire observer à ce point-ci que, lors de l'audience devant nous, l'avocat des appelants a reconnu que si les affidavits soumis au juge en vue d'obtenir les autorisations d'écoute électronique avaient consisté seulement dans les affidavits édités, ils auraient été suffisants pour justifier l'octroi des autorisations, puisque, selon ses propres mots, [TRADUCTION] «il semble y avoir des motifs raisonnables et probables» (transcription des cassettes des procédures, à la p. 136). Je suis donc d'avis que la preuve obtenue par l'écoute électronique était admissible au procès et, par conséquent, que c'est à bon droit qu'elle a été admise.

En dernier lieu, avant d'aborder le point capital des présents pourvois, il n'est pas sans intérêt de rappeler l'évolution jurisprudentielle qui a abouti aux exigences procédurales actuelles dans le domaine des autorisations d'écoute électronique.

- II -

En adoptant le sous-al. 178.14(1)a)(ii) du *Code criminel*, le législateur n'a pas précisé à quelles conditions le paquet scellé pourrait être ouvert, se contentant de dire qu'il «ne doit pas a) être ouvert [ . . . ] si ce n'est [ . . . ] (ii) en application d'une ordonnance d'un juge». Il a laissé aux tribunaux le soin de décider des critères applicables en la matière. Ce qu'ils ont fait, non sans divergence de vues notables, en particulier entre la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, chacune faisant école, ce qui a provoqué une avalanche de décisions contradictoires des cours de première instance et donné lieu à

which finally reached the Supreme Court of Canada.

The two approaches were based on a divergent interpretation of s. 178.14(1)(a)(ii). For the British Columbia Court of Appeal (*Re Regina and Dersch* (1987), 36 C.C.C. (3d) 435), the rule embodied in that section being the secrecy of the sealed packet, the exception had to be interpreted narrowly. For the Ontario Court of Appeal (*R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Lachance* (1988), 27 O.A.C. 45; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; and *R. v. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97), the principle of openness set out in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, a pre-*Charter* decision regarding the public's right of access to search warrants, was the starting point. The Supreme Court embraced the latter point of view (*Garofoli, supra*; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520).

The foundations of this whole jurisprudence, however, were laid much earlier and it is my view that when s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* was adopted in 1974, Parliament was entitled to rely on what was settled law at the time.

From time immemorial in the common law and under the *Criminal Code*, once a justice had authorized the issuance of a warrant, that authorization could not be challenged (see: *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, aff'g *sub nom. Canadian Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.), and authorities referred to in judgments of the majority at pp. 406 and 418-19; *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (P.C.); and *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690 (C.A.), at pp. 694-95).

McIntyre J. held in *Wilson v. The Queen, supra*, at p. 604:

nombre d'appels que la Cour suprême du Canada a finalement été appelée à trancher.

Les deux points de vue reposaient sur une interprétation divergente du sous-al. 178.14(1)(a)(ii). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a estimé, pour sa part, dans l'arrêt *Re Regina and Dersch* (1987), 36 C.C.C. (3d) 435, que, puisque la règle formulée dans cette disposition était le secret du paquet scellé, l'exception devait être interprétée de façon restrictive. Pour la Cour d'appel de l'Ontario (*R. c. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142; *R. c. Lachance* (1988), 27 O.A.C. 45; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, et *R. c. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97), le point de départ était le principe de la transparence énoncé dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, rendu avant l'adoption de la *Charte*, touchant le droit d'accès du public aux mandats de perquisition. La Cour suprême a épousé le point de vue ontarien (arrêts *Garofoli, précité*; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520).

Les assises de toute cette jurisprudence ont cependant été posées il y a bien plus longtemps et j'estime que le législateur, en adoptant en 1974 le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) du *Code criminel*, était en droit de s'appuyer sur l'état du droit tel qu'il existait à l'époque.

De temps immémorial en common law et aux termes du *Code criminel*, lorsqu'un juge de paix avait autorisé la délivrance d'un mandat, cette autorisation ne pouvait pas être contestée (voir *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, conf. *sub nom. Canadian Transport (U.K.) Ltd. c. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A.C.-B.), et les arrêts cités dans les motifs de la majorité aux pp. 406, 418 et 419; *Maynard c. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *Badar Bee c. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 (C.P.), et *Gibson c. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690 (C.A.), aux pp. 694 et 695).

Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine, précité*, le juge McIntyre dit, à la p. 604:

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

The authorizations in question here are all orders of a superior court. Unless Parliament has altered or varied the rule above-described, it would apply in this case. It would then follow that in this action to determine the guilt or innocence of the accused the trial judge was in error in entertaining a collateral attack on the validity of the authorizations and, in effect, going behind them. Support for this view, with some qualifications for cases where there has been a defect on the face of the authorization or fraud, is to be found in *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6) (1977)*, 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), where Zuber J.A., at pp. 371-72, said:

Ordinarily the trial Court is obliged to simply accept the authorization at face value. Cases in which a trial Court could decline to accept the authorization would be rare indeed and, without attempting to set out an exhaustive list, would include cases in which the authorization was defective on its face, or was vitiated by reason of having been obtained by a fraud. However, even an authorization that was said to be defective on its face may attract the curative provisions of s. 178.16(2)(b) . . . [Emphasis added.]

He then said, at p. 605:

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

McIntyre J. relied upon *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6) (1977)*, 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), in which Zuber J.A. also stated, at p. 371:

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

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

Les autorisations dont il est question en l'espèce sont toutes des ordonnances d'une cour supérieure. À moins que le Parlement n'ait de quelque façon modifié la règle précitée, elle s'applique en l'espèce. Il s'ensuit alors que, dans cette action visant à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, le juge du procès a eu tort de connaître d'une attaque indirecte portant sur la validité des autorisations et, en fait, de les vérifier. Sous réserve du cas où l'autorisation est à première vue entachée d'un vice et du cas où elle a été obtenue par la fraude, ce point de vue est appuyé par l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6) (1977)*, 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), où le juge Zuber affirme, aux pp. 371 et 372:

[TRADUCTION] Normalement, la cour de première instance doit simplement accepter l'autorisation telle quelle. Les cas où une cour de première instance pourrait refuser d'accepter l'autorisation seraient rares et, sans tenter de dresser une liste exhaustive, comprendraient ceux où elle est à première vue entachée d'un vice ainsi que ceux où elle a été obtenue par la fraude. Cependant, même une autorisation que l'on prétend entachée d'un vice à première vue peut bénéficier des dispositions réparatrices de l'al. 178.16(2)(b). . . [Je souligne.]

Puis, il ajoute, à la p. 605:

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

Le juge McIntyre s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Welsh and Iannuzzi (No. 6) (1977)*, 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), où le juge Zuber dit aussi, à la p. 371:

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

the whole scheme of Part IV.1 of the *Code*. [Emphasis added.]

*Wilson v. The Queen*, *supra*, was unanimously re-affirmed by this Court in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764: an authorization which has not been set aside is not subject to collateral attack and must be given full effect according to its terms.

Before the advent of the *Charter*, once an authorization to intercept private communications was given and appeared on its face to be valid, no further search into its confidential materials could be done, except in rare and exceptional circumstances (*Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (Alta. S.C.T.D.), at p. 220). Rare and exceptional circumstances were found to occur where the authorization was obtained by fraud, non-disclosure or for an unlawful purpose or where a man's innocence was directly at stake (*Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (B.C.S.C.)), or where the evidence was not compatible with the face of the authorization (*R. v. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441 (B.C. Co. Ct.), at p. 444; *R. v. Madden*, Ont. Co. Ct., April 28, 1977, at p. 45 (Locke Co. Ct. J.), unreported). This list of exceptional circumstances was held not to be exhaustive (*R. v. Wai Ting Li (No. 1)*, [1976] 6 W.W.R. 128 (B.C. Co. Ct.), at p. 137; *Welsh and Iannuzzi, supra*, at pp. 371-72), but the study of the case law shows that it was in fact; no other "exceptional circumstances" were mentioned. Similar reasons to review the authorizations were given by the courts: "fraud or deception" (*Wai Ting Li, supra*, at p. 137); "deception, fraud or an error or mistake or omission amounting to a substantive defect" (*R. v. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (Nfld. Dist. Ct.), at p. 256).

For example, in *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (Ont. H.C.), the authorization was successfully challenged by the defence on the ground that the Crown had not mentioned to the authorizing judge that a similar charge had

*incompatible avec l'esprit de la partie IV.1 du Code*. [Je souligne.]

L'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, a été réaffirmé par notre Cour à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764: une autorisation qui n'a pas été annulée ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte et doit être appliquée intégralement.

Avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, lorsqu'une autorisation d'intercepter des communications privées avait été accordée et était à première vue valide, l'on ne pouvait pas examiner à nouveau les documents confidentiels déposés à l'appui, sauf dans des cas rares et exceptionnels (*Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (C.S. Alb. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 220). C'était notamment le cas si l'autorisation avait été obtenue par la fraude, grâce à une non-divulgation ou dans un dessein illicite, ou quand la démonstration de l'innocence d'une personne était directement en cause (*Re Miller and Thomas and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 257 (C.S.C.-B.)), ou encore quand la preuve était incompatible avec les termes exprimés de l'autorisation (*R. c. Cheng* (1976), 33 C.C.C. (2d) 441 (C. cté C.-B.), à la p. 444; *R. c. Madden*, C. cté Ont., 28 avril 1977, à la p. 45 (le juge Locke), inédit). Les tribunaux ont déclaré que cette liste de cas exceptionnels n'était pas exhaustive (*R. c. Wai Ting Li (No. 1)*, [1976] 6 W.W.R. 128 (C. cté C.-B.), à la p. 137; *Welsh and Iannuzzi*, précité, aux pp. 371 et 372), mais l'examen de la jurisprudence montre qu'elle l'est en fait; aucun autre «cas exceptionnel» n'a été mentionné. Les tribunaux ont cité d'autres raisons semblables pour reconsidérer les autorisations: [TRADUCTION] «la fraude ou la tromperie» (*Wai Ting Li*, précité, à la p. 137); [TRADUCTION] «la tromperie, la fraude ou une erreur ou une omission équivalant à un vice important» (*R. c. Haslam* (1976), 3 C.R. (3d) 248 (C. dist. T.-N.), à la p. 256).

Par exemple, dans l'affaire *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (H.C. Ont.), l'autorisation a été contestée avec succès par la défense pour le motif que le ministère public n'avait pas informé le juge qui a accordé l'autori-

already been laid against the accused without electronic surveillance. This non-disclosure vitiated the authorization because it withheld from the authorizing judge that other means of investigation existed; the wiretapping was not, therefore, appropriate.

This illustrates that, in the pre-*Charter* era, authorizations to intercept private communications could not be challenged, unless fraud or non-disclosure was alleged. (See: *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (B.C.S.C.); *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405 (B.C.C.A.); *R. v. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (B.C.C.A.). See also: Stanley A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), at pp. 156-58; Daniel A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), at pp. 352-61; and David Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at pp. 248-55.) There was simply no right for an accused to have the sealed packet opened upon request. Dickson J. (later C.J.), in a concurrent opinion in *Wilson v. The Queen*, *supra*, found that the trial judge had made a *prima facie* finding of misleading disclosure and, therefore, expressed the following *obiter dictum*, at p. 622:

It is not necessary to decide whether this restricted view of s. 178.14 is correct. There is a broad consensus that *prima facie* evidence of fraud or non-disclosure is a valid reason for opening the packet. Misleading disclosure would be in the same category. [Emphasis added.]

Any application for review of an authorization had to be presented before the court that made it (*Wilson v. The Queen*, *supra*, at p. 607 (McIntyre J.)). However, a mere attempt to attack the admissibility of the evidence based on speculation was not enough *per se*. As Bellemare, *supra*, wrote, at p. 353:

[TRANSLATION] It must first be pointed out that the review of the authorization implicitly provided for in s. 178.14(1)(a)(ii) must not be used as a pretext for "fishing expeditions". In other words, the remedy provided

sation qu'une accusation semblable avait déjà été portée contre l'accusé sans qu'on ait eu recours à l'écoute électronique. L'autorisation était viciée du fait de cette non-divulgation, parce que l'on avait caché au juge qui l'a accordée le fait qu'il y avait d'autres méthodes d'enquête possibles; l'écoute électronique n'était donc pas un moyen approprié.

Voilà qui démontre que, avant l'adoption de la *Charte*, les autorisations d'intercepter des communications privées ne pouvaient pas être contestées, sauf en cas d'allégation de fraude ou de non-divulgation. (Voir *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (C.S.C.-B.); *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405 (C.A.C.-B.), et *R. c. Gill* (1980), 18 C.R. (3d) 390 (C.A.C.-B.). Voir aussi Stanley A. Cohen, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), aux pp. 156 à 158; Daniel A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), aux pp. 352 à 361; et David Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), aux pp. 248 à 255.) L'ouverture du paquet scellé ne constituait simplement pas un droit accordé à l'accusé sur demande. Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), estimant que le juge du procès avait conclu *prima facie* qu'il y avait eu déclaration trompeuse, a émis en conséquence l'*obiter dictum* qui suit, à la p. 622:

Il n'est pas nécessaire de décider si cette interprétation restrictive de l'art. 178.14 est exacte. On s'entend généralement pour dire qu'une preuve *prima facie* de fraude ou de non-divulgation justifie l'ouverture du paquet. Il en irait de même des déclarations trompeuses. [Je souligne.]

Toute demande de révision d'une autorisation devait être présentée devant le tribunal qui l'avait accordée (*Wilson c. La Reine*, précité, à la p. 607 (le juge McIntyre)). Toutefois, une simple tentative d'attaquer sur simple conjecture l'admissibilité de la preuve n'était pas suffisante en soi. Comme le note Bellemare, *op. cit.*, à la p. 353:

Il faut d'abord souligner que la révision de l'autorisation prévue implicitement par l'article 178.14(1)(a)(ii) ne doit pas servir de prétexte à des «expédient de pêche». Autrement dit, le recours prévu par l'article

for in s. 178.14(1)(a)(ii) was not enacted to *DISCOVER* any substantive irregularities that may have tainted the authorization issuing process, but rather to *ASCERTAIN* and *CONFIRM* the existence of substantive defects otherwise discovered by the applicant, which must have been previously alleged and established by him in court. [Emphasis added; italics in original.]

In my view, the following passage of Anderson J.'s (later J.A.) decision in *Miller and Thomas*, *supra*, at p. 288, represented the state of the law at the time:

Another reason for holding that there is no right of review, is that, in my opinion, Parliament did not provide for or intend that the sealed packet be opened merely for the purpose of ascertaining whether grounds existed for quashing the authorization. I do not think that a judicial discretion (to open the packet) should be exercised on the basis that defence counsel wish to engage in a fishing expedition. Surely, at the very least, some grounds must be stated before an application to open the packet can succeed. If this were not so, the material which Parliament ordered should be kept secret would become a matter of public knowledge, in every case, where it was stated that the Crown wished to make use of private communications or evidence derived by the use of private communications. All that would be required to obtain an order to have the packet opened and copies of the material made available to defence counsel would be a request that counsel desired to see the material contained in the sealed packet for purposes of their defence. Although it may be presumed that 99% of all affidavits filed pursuant to s. 178.13 would be flawless in every respect, yet the highly confidential material would be aired to public view in all cases. [Emphasis added.]

This view is consistent with the general and long held rule in criminal and civil law forbidding fishing expeditions (*Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *McKercher v. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231 (B.C.S.C.); *Wright v. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488 (Ex. Ch.); *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 51 *et seq.*; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 17, para. 5, at p. 7; and *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, para. 9, at p. 289). See also, in the context of wiretap authorizations: *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)*, *supra*, at p. 219; *Haslam, supra*, at pp. 256-58; *R. v. Sabloff*, Sup.

178.14(1)(a)(ii) n'a pas été édicté pour *DÉCOUVRIR* d'éventuelles irrégularités de fond ayant pu entacher le processus d'émission de l'autorisation, mais plutôt pour *VÉRIFIER* et *CONFIRMER* l'existence de vices de fond autrement découverts par le requérant, lesquels ont dû avoir été allégués et établis préalablement par lui devant le tribunal. [Je souligne; en italique dans l'original.]

À mon avis, le passage suivant des motifs du juge Anderson (plus tard juge de la Cour d'appel) dans l'affaire *Miller and Thomas*, précitée, à la p. 288, représente l'état du droit à l'époque:

[TRADUCTION] Pour affirmer qu'il n'y a aucun droit de révision, on peut invoquer aussi, à mon sens, l'argument que le législateur n'a ni prescrit ni voulu que l'on puisse ouvrir le paquet scellé simplement pour vérifier s'il existe des motifs d'annuler l'autorisation. Je ne pense pas que la volonté des avocats de la défense de faire une expédition de pêche justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (pour l'ouverture du paquet). Il est certain que ce dernier doit, à tout le moins, faire valoir certains motifs pour que la cour fasse droit à sa demande d'ouverture du paquet. Sans quoi, les documents que le législateur a prescrit de garder secrets seraient portés à la connaissance du public, dans tous les cas où le ministère public voudrait utiliser des communications privées ou des éléments de preuve tirés de telles communications. Pour obtenir une ordonnance portant ouverture du paquet scellé et remise de copies des documents aux avocats de la défense, ceux-ci n'auraient qu'à demander l'accès aux documents contenus dans le paquet scellé en vue de se préparer au procès. Bien qu'on puisse présumer que 99 pour 100 des affidavits déposés conformément à l'art. 178.13 seraient irréprochables à tous égards, les documents à caractère confidentiel seraient rendus publics dans tous les cas. [Je souligne.]

Cette opinion va dans le sens de la règle générale, établie depuis longtemps, tant en droit pénal qu'en droit civil, qui interdit les expéditions de pêche (*Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *McKercher c. Vancouver-Iowa Shingle Co.*, [1929] 4 D.L.R. 231 (C.S.C.-B.); *Wright c. Doe* (1837), 7 AD. & E. 313, 112 E.R. 488 (Ex. Ch.); *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 51 et suiv.; *Halsbury's Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1976), vol. 17, par. 5, à la p. 7, et *Wigmore on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1940), vol. 1, par. 9, à la p. 289). Voir aussi, dans le contexte des autorisations d'écoute électronique: *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)*, précité, à la

Ct. Montréal, No. 500-27-005928-79, October 10, 1979, J.E. 80-73, at p. 13 (Greenberg J.); *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58 (Alta. S.C.T.D.), at p. 65; *Re Stewart and The Queen*, *supra*, at pp. 401-2; and *R. v. Sklar*, B.C.S.C., October 17, 1975, at p. 11 (Toy J.), unreported.

That was before the *Charter*. Since the advent of the *Charter*, a line of cases ordering unlimited access to the sealed packet arose and culminated with the majority opinion of this Court in *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* and *Zito*, *supra*.

A review of post-*Charter* decisions involving the opening of the sealed packet begins with the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, February 28, 1986, [1986] 1 S.C.R. ix). Martin J.A. (Blair J.A. and Cory J.A. (now of this Court) concurring) stated at p. 76:

The case-law severely restricts the accused's access to the sealed packet and generally is to the effect that the sealed packet may only be opened where there is *prima facie* evidence of fraud or non-disclosure: see *Re Miller and Thomas and The Queen* . . . ; *Re Stewart and The Queen* . . . ; *Re Royal Com'n Inquiry into Activities of Royal American Shows Inc.* (No. 3) . . . ; *Watt* . . . ; *Cohen* . . . [References omitted.]

However, as Martin J.A. noted (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 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 . . .

Counsel for the appellants contended that the denial to the accused of access to the application and accompanying material leading to the authorization precludes the accused from making full answer and defence and hence Part IV.1 is unconstitutional. Mr. Hubbard for the Attor-

p. 219, *Haslam*, précité, aux pp. 256 à 258; *R. c. Sabloff*, C.S. Montréal, n° 500-27-005928-79, 10 octobre 1979, J.E. 80-73, à la p. 13 (le juge Greenberg); *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58 (C.S. Alb. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 65; *Re Stewart and The Queen*, précité, aux pp. 401 et 402, et *R. c. Sklar*, C.S.C.-B., 17 octobre 1975, à la p. 11 (le juge Toy), inédit.

C'était avant la *Charte*. Depuis son adoption, un courant jurisprudentiel accordant l'accès illimité au paquet scellé s'est fait jour et a culminé avec l'opinion exprimée, à la majorité, par notre Cour dans les arrêts *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* et *Zito*, précités.

L'examen des décisions postérieures à la *Charte* qui préconisent l'ouverture du paquet scellé commence par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, le 28 février 1986, [1986] 1 R.C.S. ix). Le juge Martin (avec l'appui du juge Blair et du juge Cory (maintenant juge de notre Cour)) affirme, à la p. 76:

[TRADUCTION] La jurisprudence restreint strictement l'accès de l'accusé au paquet scellé et prescrit généralement que le paquet ne peut être ouvert que si une preuve *prima facie* de fraude ou de non-divulgaration a été présentée; voir *Re Miller and Thomas and The Queen* [ . . . ], *Re Stewart and The Queen* [ . . . ], *Re Royal Com'n Inquiry into Activities of Royal American Shows Inc.* (No. 3) [ . . . ]; *Watt* [ . . . ], *Cohen* [ . . . ] [Références omises.]

Toutefois, le juge Martin fait remarquer (à la p. 77):

[TRADUCTION] L'avocat des appelants 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 fraude ou non-divulgaration, 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-divulgaration. [ . . . ]

L'avocat des appelants a soutenu qu'en refusant à l'accusé l'accès à la demande d'autorisation et aux documents à l'appui, on le prive d'une défense pleine et entière et que, en conséquence, la partie IV.1 est inconstitutionnelle. Au nom du procureur général du Canada,



ney-General of Canada responded to this argument by pointing out, quite correctly in my view, that no provision in Part IV.1 and, in particular, no provision in s. 178.14 providing for the confidentiality of the material leading to the authorization denies an *accused* access to that material where it is essential to his defence. Rather, he said such denial results from the way in which the provisions have been interpreted by the courts. [Italics in original.]

He then observed (at p. 77):

It may be that the interests protected by the policy underlying the restriction of an accused's access to the sealed packet can in many cases be effectively protected in other ways, e.g., by deleting in the copy supplied to the accused the names of informers and innocent persons who might be injured by the revelation of their names.

In *Wilson v. The Queen*, *supra*, Mr. Justice Dickson said at p. 621 S.C.R., p. 109 C.C.C., p. 589 D.L.R.:

The affidavit would not need to be made public in order to rule evidence inadmissible; selected aspects only could be made public. As Stanley A. Cohen suggests in his work *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), the integrity of the packet might be preserved "through judicial screening and, if access is necessary, judicial editing" (p. 155).

Martin J.A., while dismissing the appeal, then concluded as follows at p. 77:

In any event, I do not consider that the case-law restricting the accused's access to the sealed packet renders Part IV.1 unconstitutional. The restriction may be relevant to the issue of whether the accused in a particular case has been denied a fair trial, secured by s. 7 of the Charter, but it does not render Part IV.1 unconstitutional as contravening s. 8 of the Charter. [Emphasis added.]

That decision was interpreted in subsequent cases as a proposition for the opening of the packet even in the absence of allegations of fraud, non-disclosure or misleading disclosure (*R. v. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264 (Ont. Dist. Ct.); *R. v.*

M<sup>e</sup> Hubbard a répondu à cet argument en soulignant — ce en quoi il a tout à fait raison, à mon sens — qu'aucune disposition de la partie IV.1 et, en particulier, aucune disposition de l'art. 178.14 assurant le secret des documents relatifs à l'autorisation ne prive l'accusé de l'accès aux documents, s'ils sont essentiels à sa défense. Il a dit que le refus résulte plutôt de la manière dont les tribunaux ont interprété les dispositions. [En italique dans l'original.]

Puis, il fait observer (à la p. 77):

[TRADUCTION] Il se peut que les intérêts protégés par la ligne de conduite qui sous-tend la restriction de l'accès de l'accusé au paquet scellé puissent dans bon nombre de cas être protégés efficacement par d'autres moyens, par exemple, par la suppression sur la copie remise à l'accusé du nom des indicateurs et des innocents auxquels la divulgation de leur identité risque de porter préjudice.

Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, le juge Dickson dit, à la p. 621 R.C.S., à la p. 109 C.C.C., à la p. 589 D.L.R.:

Il ne serait pas nécessaire, pour juger un élément de preuve inadmissible, de rendre public l'affidavit; il serait possible de n'en rendre publics que certains aspects. Comme le laisse entendre Stanley A. Cohen dans son ouvrage *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), l'intégrité du paquet pourrait être préservée [TRADUCTION] «au moyen d'un tri judiciaire initial et, si l'accès est nécessaire, au moyen d'une sélection judiciaire» (à la p. 155).

Rejetant l'appel, le juge Martin conclut tout de même, à la p. 77:

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, j'estime que la jurisprudence en faveur d'un droit d'accès restreint de l'accusé au paquet scellé ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle. La restriction est peut-être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé dans un cas particulier a été privé d'un procès équitable, garanti par l'art. 7 de la Charte, mais elle ne rend pas la partie IV.1 inconstitutionnelle au regard de l'art. 8 de la Charte. [Je souligne.]

Cette décision a été interprétée comme permettant l'ouverture du paquet même en l'absence d'allégation de fraude, de non-divulgation ou de divulgation trompeuse (*R. c. Ross* (1985), 26 C.C.C. (3d) 264 (C. dist. Ont.); *R. c. Wood* (1986), 26

*Wood* (1986), 26 C.C.C. (3d) 77 (Ont. H.C.); *R. v. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508 (P.E.I.S.C. in banco); *R. v. Stacey*, Ont. H.C., May 20, 1986, Callaghan A.C.J.H.C., unreported; *R. v. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176 (Alta. Q.B.); *R. v. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249 (N.W.T.S.C.); *R. v. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552 (N.S.S.C.T.D.); *R. v. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61 (Sask. Q.B.); and *R. v. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257 (Ont. H.C.).

C.C.C. (3d) 77 (H.C. Ont.); *R. c. Martel* (1986), 27 C.C.C. (3d) 508 (C.S.Î.-P.-É. en banc); *R. c. Stacey*, H.C. Ont., 20 mai 1986, le juge en chef adjoint Callaghan, inédit; *R. c. Birt and Anderson* (1986), 31 C.C.C. (3d) 176 (B.R. Alb.); *R. c. Madsen and Scobel* (1986), 31 C.C.C. (3d) 249 (C.S.T.N.-O.); *R. c. Graves* (1987), 31 C.C.C. (3d) 552 (C.S.N.-É. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Pascoe* (1987), 32 C.C.C. (3d) 61 (B.R. Sask.), et *R. c. Martin* (1986), 32 C.C.C. (3d) 257 (H.C. Ont.).

A contrary view was expressed in *Miller and Thomas, supra*, where Anderson J. held that the sealed packet could only be opened where an accused had demonstrated that an authorization was obtained by fraud, non-disclosure or for an unlawful purpose. That decision was also followed in a number of subsequent cases (*R. v. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164 (Ont. H.C.); *Re Regina and Dersch* (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (B.C.S.C.); *R. v. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44 (Q.B.)), and particularly in the case of *Dersch* (B.C.C.A.), *supra*, where Esson J.A. (later C.J.S.C.) undertook a comprehensive and detailed analysis of the case law on this issue including *Parmar (No. 1), supra*. In that case, Watt J. of the Ontario High Court of Justice had recognized an automatic right to access to the sealed packet by an accused. Esson J.A. strongly objected to *Parmar (No. 1)*'s "constitutional right to fish" in the following terms (at p. 465):

Dans l'affaire *Miller and Thomas*, précitée, le juge Anderson a émis une opinion contraire, disant que le paquet scellé ne pouvait être ouvert que si l'accusé montrait que l'autorisation avait été obtenue par la fraude, grâce à une non-divulgaration ou dans un dessein illicite. Cette décision a également été suivie dans nombre d'affaires (*R. c. Rowbotham* (1984), 42 C.R. (3d) 164 (H.C. Ont.); *Re Regina and Dersch* (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (C.S.C.-B.); *R. c. Stensrud and Smith* (1987), 56 Sask. R. 44 (B.R.)) et, surtout, dans l'arrêt *Dersch* (C.A.C.-B.), précité, où le juge Esson (plus tard juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) a fait une analyse complète et détaillée de la jurisprudence sur la question, notamment, de la décision *Parmar (n° 1)*, précitée, dans laquelle le juge Watt de la Haute Cour de justice de l'Ontario a reconnu à l'accusé un droit d'accès automatique au paquet scellé. Le juge Esson s'est énergiquement opposé à la reconnaissance, prônée dans la décision *Parmar (n° 1)*, d'un [TRADUCTION] «droit garanti par la Constitution aux expéditions de pêche», dans les termes suivants (à la p. 465):

The law forbids fishing in [constitutional] waters. The law which forbids fishing does not offend the constitution. It is therefore in full force and effect. So there must still be no fishing in these waters.

[TRADUCTION] Le droit interdit les expéditions de pêche [en matière constitutionnelle]. Cette interdiction ne porte pas atteinte à la Constitution. Elle doit donc être appliquée intégralement. L'interdiction d'expéditions de pêche en cette matière reste donc valable.

Concluding that the automatic opening of the packet was neither a constitutional requirement nor a proper interpretation of s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, Esson J.A. summarized his reasons (at pp. 475-76):

Le juge Esson conclut que ni la Constitution ni l'interprétation correcte du sous-al. 178.14(1)(a)(ii) du *Code criminel* n'exigent l'ouverture automatique du paquet; il résume ensuite ses motifs (aux pp. 475 et 476):

The basic reason for that conclusion is that the Charter has not affected, in any general way, the statutory and case law which restricts access to the packet and pre-

[TRADUCTION] Le motif fondamental de cette conclusion est que la Charte n'a pas modifié de manière générale la législation et la jurisprudence qui restreignent l'accès au

cludes the trial judge from going behind the authorization. That follows from the finding that Part IV.1 is consistent with the Charter.

The reasoning in the unrestricted access cases disregards the significance of the constitutionality of the legislation and, beyond that, is based on errors including the following:

1. It relies upon a process of reading down the language of the law and reading in substitute provisions deemed by the court to be more appropriate. That approach would not be permissible even if done with a view to salvaging the constitutionality of the law (*Hunter v. Southam*). It is even less justified when done in respect of a law of unchallenged constitutionality.
2. It gives to the language of ss. 7 and 11(d) of the Charter expanded meanings without regard to the history and traditions of our law; and without regard to the purpose intended to be achieved by the Charter sections.
3. It overlooks the significance of s. 24(2) which is the specific Charter provision governing exclusion of evidence; and overlooks the consideration that the careful balancing of interests in that section renders it particularly inappropriate to apply the Charter to extend the scope of the arbitrary and unbalanced exclusionary rule embodied in s. 178.16 of the *Code*.
4. It applies the presumption of innocence, which is applicable to individuals who face charges, to negate general laws based on the recognition that we have and always will have crime and criminals.

In *Playford, supra*, the Ontario Court of Appeal rejected Esson J.A.'s analysis on the basis that (at pp. 180-81, Goodman J.A. (Blair and Cory J.J.A. concurring)):

... once the authorization and any renewal thereof has expired or the investigation of the offence and the persons suspected of being involved therein has been completed, there is no logical or policy reason to refuse to reveal the contents of the sealed packet, provided that, where appropriate to protect the identity of an informant, the contents of the sealed packet may be properly edited. It is no answer to say that the provision of access by the accused to the affidavit may result in a fishing expedition which will unduly lengthen trials. . . . There is no sensible reason for requiring an accused to provide

contenu du paquet et qui empêchent le juge du procès de vérifier l'autorisation. Cela découle de la conclusion que la partie IV.1 est compatible avec la Charte.

Le raisonnement tenu par les juges qui ont opté pour l'accès illimité ne tient pas compte de l'importance de la constitutionnalité de la loi et, en outre, repose sur certaines erreurs, dont les suivantes:

1. Il procède d'une interprétation atténuée des termes de la loi et du remplacement de ceux-ci par d'autres jugés plus appropriés par le tribunal. Cette méthode serait inacceptable même si elle visait à préserver la constitutionnalité de la loi (*Hunter c. Southam*). Elle est encore moins justifiée quand elle touche une loi dont la constitutionnalité n'est pas attaquée.
2. Il donne une interprétation large à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la Charte sans faire cas de l'histoire et des traditions de notre droit, et sans faire cas du but visé par les dispositions de la Charte.
3. Il oublie l'importance du par. 24(2), qui est la disposition de la Charte qui régit explicitement l'exclusion d'éléments de preuve, et il oublie cet autre facteur: le juste équilibre établi entre les intérêts en cause dans ce paragraphe fait en sorte qu'il est particulièrement contre-indiqué d'appliquer la Charte de façon à élargir la portée de la règle d'exclusion arbitraire et caractérisée par l'absence d'équilibre qu'énonce l'art. 178.16 du *Code*.
4. Il applique la présomption d'innocence, qui est applicable aux inculpés, de façon à nier des règles de droit générales qui sont fondées sur la reconnaissance du fait qu'il y a et qu'il y aura toujours des crimes et des criminels.

Dans l'arrêt *Playford*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario écarte l'analyse du juge Esson pour la raison qui suit (aux pp. 180 et 181) (le juge Goodman avec l'appui du juge Blair et du juge Cory):

[TRADUCTION] . . . quand l'autorisation, initiale ou renouvelée, est expirée ou que l'enquête relative à l'infraction et aux suspects est terminée, il n'y a aucune raison logique ni aucune raison de principe qui justifie le refus de divulguer le contenu du paquet scellé, pourvu qu'il puisse être révisé dans la mesure nécessaire pour cacher l'identité d'un indicateur. L'on ne saurait opposer l'argument que le fait d'en donner accès à l'accusé peut entraîner des expéditions de pêche susceptibles de retarder le procès. [ . . . ] Il n'est pas raisonnable d'obliger l'accusé à faire la preuve des raisons pour lesquelles

an evidentiary basis for requiring a sealed packet to be opened. As pointed out previously, the evidentiary basis may exist in the material in the sealed packet to which he [or she] does not have access.

*Playford* was followed in the subsequent cases of *Rowbotham*, *Lachance* and *Garofoli* of the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Zito* (1988), 42 C.C.C. (3d) 565, McCarthy J.A. of the Quebec Court of Appeal (Bisson J.A. (now C.J.) and Philippon J. (*ad hoc*) concurring) applied the decisions of the Ontario Court of Appeal in *Rowbotham* and *Garofoli* to hold that the sealed packet must be opened. *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* and *Zito* reached our Court where a majority agreed with the positions taken by the Court of Appeal of Ontario. In *Dersch*, Sopinka J. for the majority held, at p. 1517:

*Prima facie* misconduct is not required to be shown by the accused applicant who seeks access to the sealed packet. The assertion, as in this case, that the admission of the evidence is challenged and that access is required in order to permit full answer and defence to be made is sufficient.

The minority, *per* McLachlin J., in which I concurred, “[o]n a balancing approach”, would have required an accused to “make a preliminary showing that his or her interest in privacy or a fair trial justifies opening the packet” (*Garofoli*, *supra*, at p. 1482). That view did not prevail.

That there is an automatic right for an accused to open the sealed packet was settled by *Dersch*. Also, in accordance with such a right, that the judge on a *Wilson* review is entitled to edit the contents of the sealed package to protect the state’s legitimate interest in the non-disclosure of the identity of informers and the police investigation techniques is settled by *Garofoli*.

Section 178.14 of the *Criminal Code* of 1970 was the law at the time of the trials in *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* and *Zito* and, accordingly, our judgments in those cases were based on s. 178.14

le paquet scellé devrait être ouvert. Comme nous l’avons déjà souligné, ces raisons peuvent se trouver dans le paquet scellé auquel il [ou elle] n’a pas accès.

L’arrêt *Playford* a été suivi dans les arrêts *Rowbotham*, *Lachance* et *Garofoli* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans l’arrêt *Zito c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 1539, le juge McCarthy de la Cour d’appel du Québec (avec l’appui du juge Bisson (maintenant Juge en chef) et du juge Philippon (*ad hoc*)) a appliqué les décisions de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Rowbotham* et *Garofoli*, et statué que le paquet scellé devait être ouvert. Saisie des affaires *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* et *Zito*, notre Cour a souscrit, à la majorité, au point de vue adopté par la Cour d’appel de l’Ontario. Dans l’arrêt *Dersch*, le juge Sopinka conclut au nom de la majorité, à la p. 1517:

L’accusé requérant qui cherche à avoir accès au contenu du paquet scellé n’est pas tenu de faire la preuve *prima facie* de conduite répréhensible. L’affirmation, comme en l’espèce, que l’utilisation de la preuve est contestée et qu’il est nécessaire d’avoir accès au contenu du paquet pour préparer une défense pleine et entière, est suffisante.

Pour la minorité, le juge McLachlin, aux motifs de laquelle j’ai souscrit, a émis l’avis que, «[s]elon la méthode de conciliation» des intérêts opposés, 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» (*Garofoli*, précité, à la p. 1482). Ce point de vue ne l’a pas emporté.

Le droit automatique de l’accusé d’ouvrir le paquet scellé a été reconnu dans l’arrêt *Dersch*. De même, conformément à ce droit, l’arrêt *Garofoli* a établi le droit du juge saisi d’une requête en révision de type *Wilson* d’éditer le contenu du paquet scellé pour protéger l’intérêt légitime de l’État dans la non-divulgaration de l’identité des indicateurs et des techniques d’enquête de la police.

L’article 178.14 du *Code criminel* de 1970 était en vigueur à l’époque des procès dans les affaires *Garofoli*, *Lachance*, *Dersch* et *Zito*, et nos jugements dans celles-ci étaient fondés sur cette dispo-

of the *Criminal Code*. Since then, s. 178.14 was reenacted as s. 187 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (in the new Part VI), and amended by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.). This amendment has not modified the substance of the former s. 178.14(1)(a)(ii). The present appeals are governed by this s. 187:

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

(a) opened or the contents thereof removed except

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

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552; [Modifications underlined.]

However, that s. 187 of the *Criminal Code* was repealed by *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 7 (Bill C-109), which came into force on August 1, 1993, and replaced by the following disposition:

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

(1.1) An authorization given under this Part need not be placed in the packet except where, pursuant to subsection 184.3(7) or (8), the original authorization is in the hands of the judge, in which case that judge must place it in the packet and the facsimile remains with the applicant.

Depuis lors, l'art. 178.14 a été repris sous la forme de l'art. 187 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (dans la nouvelle partie VI), et modifié par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.). Cette modification n'a pas changé la substance de l'ancien sous-al. 178.14(1)(a)(ii). Les présents pourvois sont régis par cet art. 187:

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

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

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

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

Toutefois, cet art. 187 du *Code criminel* a été abrogé par l'art. 7 de la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40 (projet de loi C-109), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1993, et remplacé par la disposition suivante:

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

(1.1) L'autorisation donnée en vertu de la présente partie n'a pas à être placée dans le paquet sauf si, conformément aux paragraphes 184.3(7) ou (8), l'original est entre les mains du juge, auquel cas celui-ci est tenu de placer l'autorisation dans le paquet alors que le demandeur conserve le fac-similé.

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

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

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

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

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

(1.5) Where a sealed packet is opened, its contents shall not be destroyed except pursuant to an order of a judge of the same court as the judge who gave the authorization.

(2) An order under subsection (1.2), (1.3), (1.4) or (1.5) made with respect to documents relating to an application made pursuant to section 185 or subsection 186(6) or 196(2) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application for the authorization to which the order relates was made has been given an opportunity to be heard.

(3) An order under subsection (1.2), (1.3), (1.4) or (1.5) made with respect to documents relating to an application made pursuant to subsection 184.2(2) or section 184.3 may only be made after the Attorney General has been given an opportunity to be heard.

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

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

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

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

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

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

(1.5) Dans le cas où le paquet est ouvert, son contenu ne peut être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge de la même juridiction que celui qui a donné l'autorisation.

(2) Une ordonnance visant les documents relatifs à une demande présentée conformément à l'article 185 ou aux paragraphes 186(6) ou 196(2) ne peut être rendue en vertu des paragraphes (1.2), (1.3), (1.4) ou (1.5) qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation, ou sur l'ordre de qui cette demande a été présentée, a eu la possibilité de se faire entendre.

(3) Une ordonnance visant les documents relatifs à une demande présentée conformément au paragraphe 184.2(2) ou à l'article 184.3 ne peut être rendue en vertu des paragraphes (1.2), (1.3), (1.4) ou (1.5) qu'après que le procureur général a eu la possibilité de se faire entendre.

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

(a) compromise the identity of any confidential informant;

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

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

(d) prejudice the interests of innocent persons.

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

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

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

According to this new legislation, the opening of the packet is not mandatory and once the packet is opened, ss. 187(4) to 187(7) now provide a procedure for the editing of the affidavit and the reviewing of such editing. This new legislation makes it clear, in my view, that fishing expeditions are now out and the discretion of the review judge, who is now the trial judge, is enlarged as is the prosecution's, although the "accused shall be provided with an edited copy of the document", should the judge be satisfied that the conditions set on in subs. (1.4)(a) and (b) of s. 187 in particular are complied with as well as all other requirements of s. 187. It is only if the judge is of the opinion that a deleted part of the affidavit is required in order for the accused to make full answer and defence and for which the provision of a judicial summary would not be sufficient, that such part is

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

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

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

d) pourrait causer un préjudice à un innocent.

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

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

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

D'après cette nouvelle loi, l'ouverture du paquet n'est pas obligatoire et, une fois le paquet ouvert, les par. 187(4) à (7) prévoient désormais une procédure pour l'édition de l'affidavit et pour le contrôle de cette édition. Il ressort clairement de ces nouvelles dispositions, à mon sens, que les expéditions de pêche sont désormais abolies et que le pouvoir discrétionnaire du juge effectuant la révision, qui est maintenant le juge du procès, est élargi à l'instar de celui du poursuivant, mais «[u]ne copie des documents, après avoir été ainsi révisée [ . . . ], est remise au prévenu» si le juge est convaincu que les conditions énoncées aux sous-al. 187(1.4)a) et b), en particulier, ont été remplies ainsi que toutes les autres exigences de l'art. 187. Une partie supprimée de l'affidavit ne peut être remise au prévenu que si le juge est d'avis que cette partie est nécessaire pour permettre au pré-

to be made available to the accused. Moreover, the interests that the editing process are to protect are clearly set out in this new s. 187.

A further important consideration at the heart of this case is the necessity to protect the identity of police informers. As Beetz J., for the Court, said in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93:

It follows from these reasons that at common law the secrecy rule regarding police informers' identity has chiefly taken 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 [or she] is himself [or herself] 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 . . . 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. [Emphasis added.]

The only exception to that strict rule of very long standing is when an accused's innocence is at stake, which is clearly not the case here. Beetz J. wrote, at p. 93:

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.

There is no need to go to great lengths to know what is the fate of police informers in criminal trials, particularly so in drug trafficking and conspiracy cases. Police witness programs, which also apply to informers, eloquently speak to the dangers that such people are facing. Also significant is the expense which society incurs to insure the safety of those who, at the risk of their lives in many cases, help society rid itself of those criminal elements which jeopardize the foundation of a civilized world, and the security and well-being of its citizens. Editing the information relating to wire-

venu de présenter une réponse et défense pleine et entière et qu'un résumé judiciaire serait insuffisant. En outre, les intérêts que le processus d'édition vise à protéger sont énoncés clairement au nouvel art. 187.

Une autre considération importante au cœur de la présente affaire est la nécessité de protéger l'identité des indicateurs de police. Comme le disait le juge Beetz au nom de la Cour dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93:

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. [ . . . ] Son application ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge. [Je souligne.]

La seule exception à cette règle stricte d'origine très ancienne est le cas où la démonstration de l'innocence d'un accusé est en cause, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. Le juge Beetz écrit, à la p. 93:

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.

Point n'est besoin de s'interroger longuement pour connaître le sort des indicateurs de police dans les procès au criminel, en particulier dans les affaires de trafic de stupéfiants et de complot. Les programmes policiers de protection des témoins, qui s'appliquent aussi aux indicateurs de police, attestent éloquemment les dangers que courent ces personnes. Des sommes considérables sont en outre dépensées par la société pour assurer la sécurité de ceux qui, au péril de leur vie dans bien des cas, l'aident à se débarrasser des éléments criminels qui minent les fondations du monde civilisé



tap by the police of conversations in the context of a criminal investigation is part of this effort by society to protect both the identity of informers and police investigation techniques. The unsubstantiated pretext of the right to full and fair defence should not be allowed to put in jeopardy such an important tool in the fight against crime.

The same concerns guided the developments in the common law world, including, for example, the American case law. In *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), the leading case on “informers’ privilege” and the non-disclosure of their identity, Burton J., speaking for the majority of the United States Supreme Court, underlined the rationale of the rule (at p. 59):

What is usually referred to as the informer’s privilege is in reality the Government’s privilege to withhold from disclosure the identity of persons who furnish information of violations of law to officers charged with enforcement of that law . . . . The purpose of the privilege is the furtherance and protection of the public interest in effective law enforcement. The privilege recognizes the obligation of citizens to communicate their knowledge of the commission of crimes to law-enforcement officials and, by preserving their anonymity, encourages them to perform that obligation. [Emphasis added.]

Clark J., in dissent, agreed (at pp. 66-67):

First, it is well to remember that the illegal traffic in narcotic drugs poses a most serious social problem . . . . Moreover, it is a most difficult crime to detect and prove . . . . Enforcement is, therefore, most difficult without the use of “stool pigeons” or informants. Their use has long had the approval of the courts. To give them protection governments have always followed a policy of nondisclosure of their identities. Experience teaches that once this policy is relaxed — even though the informant be dead — its effectiveness is destroyed. Once an informant is known the drug traffickers are quick to retaliate. Dead men tell no tales. The old pen-

ainsi que la sécurité et le bien-être des citoyens. L’édition des informations ayant trait à l’écoute électronique de conversations par la police dans le contexte d’une enquête criminelle procède de cet effort de la société pour protéger l’identité des indicateurs et des techniques d’enquête de la police. Sous le prétexte non justifié d’un droit à une défense pleine et entière, on ne saurait compromettre un élément aussi important de la répression du crime.

Les mêmes préoccupations ont orienté la jurisprudence dans les pays de common law, entre autres, aux États-Unis. Dans l’arrêt *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957), décision de principe sur le «privilegé des indicateurs» et sur le refus de divulguer leur identité, le juge Burton, au nom de la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis, souligne la raison d’être de la règle (à la p. 59):

[TRADUCTION] Ce qu’on appelle habituellement le privilège des indicateurs est en réalité le privilège des autorités de ne pas révéler l’identité des personnes qui donnent à des policiers des renseignements concernant des crimes. [ . . . ] Le but du privilège est de favoriser et de protéger l’intérêt public en matière d’application efficace de la loi. Le privilège reconnaît que les citoyens ont l’obligation de communiquer à la police ce qu’ils ont appris sur la perpétration d’infractions et, en préservant leur anonymat, il les encourage à s’acquitter de cette obligation. [Je souligne.]

Le juge Clark, dissident, adhère à cet avis (aux pp. 66 et 67):

[TRADUCTION] Tout d’abord, il convient de ne pas oublier que le trafic illégal de stupéfiants suscite des problèmes sociaux des plus graves. [ . . . ] De plus, c’est un crime très difficile à découvrir et à prouver. [ . . . ] Il est donc très difficile de faire respecter la loi sans recourir à des dénonciateurs ou indicateurs. Les tribunaux ont approuvé ce recours depuis longtemps. Pour assurer leur protection, l’État a toujours posé en principe la non-divulgarion de leur identité. L’expérience a montré que lorsqu’une entorse est faite à ce principe — serait-ce à cause du décès de l’indicateur — son efficacité est réduite à néant. Une fois l’identité d’un indicateur connue, les trafiquants de drogues ne tardent pas exercer des représailles. Les morts ne parlent pas. Le vieux châtimeur qui consistait à couper la langue, naguère infligé

alty of tongue removal, once visited upon the informer Larunda, has been found obsolete. [Emphasis added.]

In *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967), the United States Supreme Court, in the context of a charge of possession of narcotics, reiterated its position (at p. 311, Stewart J. for the majority):

What *Roviaro* thus makes clear is that this Court was unwilling to impose any absolute rule requiring disclosure of an informer's identity even in formulating evidentiary rules for federal criminal trials. Much less has the Court ever approached the formulation of a federal evidentiary rule of compulsory disclosure where the issue is the preliminary one of probable cause, and guilt or innocence is not at stake. Indeed, we have repeatedly made clear that federal officers need not disclose an informer's identity in applying for an arrest or search warrant. [Emphasis added; italics in original.]

Even the United States Supreme Court, in the leading case of *Franks v. Delaware*, *supra*, did not go as far as our Court did in *Dersch*, *supra*. It held that the Fourth and Fourteenth Amendments require 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. It also emphasized that the "deliberate falsity or reckless disregard whose impeachment is permitted today is only that of the affiant, not of any nongovernmental informant" (Blackmun J., for the majority, at p. 171 (emphasis added)). The decision in *Franks* neither required nor contemplated routine disclosure of informant's identities and the Court took care to avoid deciding or predetermining "the difficult question whether a reviewing court must ever require the revelation of the identity of an informant once a substantial preliminary showing of falsity has been made" (Blackmun J., at p. 170). See also: *Colorado v.*

à l'indicateur Larunda, est maintenant tenu pour dépassé. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *McCray c. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967), la Cour suprême des États-Unis réitère sa position, cette fois dans le contexte d'une accusation de possession de stupéfiants (à la p. 311, le juge Stewart, pour la majorité):

[TRADUCTION] En conséquence, ce qui ressort clairement de l'arrêt *Roviaro*, c'est que notre cour n'était pas disposée, même en formulant des règles de preuve applicables dans les procès criminels fédéraux, à imposer une règle absolue qui exigerait la divulgation de l'identité d'un indicateur. Elle a encore moins envisagé la formulation d'une règle de preuve fédérale qui obligerait à la divulguer lorsqu'il s'agit d'une demande préliminaire portant sur le motif probable et que la culpabilité ou l'innocence ne sont pas en cause. En fait, nous avons précisé à maintes reprises que les policiers fédéraux n'ont pas à divulguer l'identité d'un indicateur lorsqu'ils demandent un mandat d'arrestation ou de perquisition. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Même la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt de principe *Franks c. Delaware*, précité, n'est pas allée aussi loin que l'a fait notre Cour dans l'arrêt *Dersch*, précité. D'après cet arrêt américain, les Quatrième et Quatorzième amendements exigent qu'une audition soit tenue si l'accusé apporte une démonstration préliminaire substantielle que le déposant a fait une fausse déclaration intentionnellement ou avec une totale indifférence de la vérité et que cette fausse déclaration était nécessaire pour conclure à l'existence d'un motif probable. En outre, selon le tribunal américain, [TRADUCTION] «les déclarations fausses faites délibérément ou avec une totale indifférence dont le rejet est aujourd'hui permis sont seulement celles faites par l'auteur de l'affidavit, et non celles faites par un indicateur qui n'appartient pas à un organisme chargé de l'application de la loi» (le juge Blackmun, pour la majorité, à la p. 171 (je souligne)). L'arrêt *Franks* n'exigeait ni n'envisageait la divulgation systématique de l'identité des indicateurs, et la cour a pris garde de ne pas décider ou préjuger de [TRADUCTION] «la question épineuse de savoir si le tribunal siégeant en révision doit exiger la divulgation de l'identité d'un indicateur après qu'une solide démonstration préliminaire de la

*Nunez*, 465 U.S. 324 (1984); at pp. 326-27 (White J.).

The rule set out in *Roviaro* has been consistently followed in wiretapping cases. See: *United States v. Cantor*, 470 F.2d 890 (3d Cir. 1972), at p. 892 (Rosenn J.); *United States v. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (E.D. Pa. 1973), at p. 1342 (Newcomer J.); *People v. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (Sup. Ct. 1973), at pp. 948-49 (Myers J.); *United States v. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (E.D. Pa. 1974), at p. 259 (Bechtle J.); and *United States v. Danovaro*, 877 F.2d 583 (7th Cir. 1989), at pp. 587-88 (Easterbrook J.).

In *State of New Jersey v. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993), the Supreme Court of New Jersey held that, under a disposition creating an "official information privilege" (*Rules of Evidence*, N.J.S.A. 2A:84A, Rule 34), the State of New Jersey could not disclose to an accused the location from which police conducted surveillance of criminal activity. The court was concerned with the safety of ongoing police operations. Clifford J., for the court, made the following observations (at p. 330) which are apposite in the context of wiretapping where the safety of ongoing criminal investigations and police investigation techniques are equally at stake:

Failure to protect the confidential locations from which police have witnessed criminal activity would harm several important public interests. First, non-disclosure avoids compromising ongoing surveillances. Police officers often experience difficulty in finding places from which to observe criminal conduct unobtrusively . . . Failure to conceal exact locations may force the State to choose between dropping the charges against a defendant or losing future arrests. Also, disclosure of the information might cause criminal offenders simply to relocate their activities to a place not visible from that surveillance location.

Second, the privilege, protects police officers and private citizens from reprisal. Officer McCauley hesitated

fausseté de ses déclarations a été apportée» (le juge Blackmun, à la p. 170). Voir également *Colorado c. Nunez*, 465 U.S. 324 (1984), aux pp. 326 et 327 (le juge White).

La règle énoncée dans l'arrêt *Roviaro* a été suivie uniformément dans les affaires d'écoute électronique. Voir: *United States c. Cantor*, 470 F.2d 890 (3d Cir. 1972), à la p. 892 (le juge Rosenn); *United States c. D'Alfonso*, 357 F. Supp. 1341 (E.D. Pa. 1973), à la p. 1342 (le juge Newcomer); *People c. Sturgis*, 352 N.Y.S.2d 942 (Sup. Ct. 1973), aux pp. 948 et 949 (le juge Myers); *United States c. Garramone*, 374 F. Supp. 256 (E.D. Pa. 1974), à la p. 259 (le juge Bechtle), et *United States c. Danovaro*, 877 F.2d 583 (7th Cir. 1989), aux pp. 587 et 588 (le juge Easterbrook).

Dans l'arrêt *State of New Jersey c. Garcia*, 618 A.2d 326 (1993), la Cour suprême du New Jersey a décidé, au sujet d'une disposition créant un [TRADUCTION] «privilege relatif aux renseignements officiels» (*Rules of Evidence*, N.J.S.A. 2A:84A, règle 34), que l'État du New Jersey ne pouvait pas révéler à l'accusé la position d'où les policiers surveillaient une activité criminelle. La cour s'est inquiétée de la sécurité des personnes participant aux enquêtes en cours. Au nom de la cour, le juge Clifford a fait une observation qui est pertinente dans le contexte de l'écoute électronique lorsque sont compromises à la fois la sécurité des personnes participant à des enquêtes criminelles et des techniques d'enquête de la police (à la p. 330):

[TRADUCTION] En ne protégeant pas le secret concernant la position d'où la police surveille une activité criminelle, on porterait atteinte à l'intérêt public sous plusieurs aspects importants. Premièrement, en ne le divulguant pas, on évite de compromettre la surveillance en cours. Les policiers ont souvent du mal à trouver des endroits d'où ils pourront observer discrètement une activité criminelle. [ . . . ] Si l'emplacement exact n'est pas tenu secret, l'État sera forcé de choisir entre l'abandon des accusations contre un prévenu et la possibilité de faire d'autres arrestations. En outre, la divulgation des renseignements pourrait amener les contrevenants à changer simplement le lieu de leur activité pour un autre qui ne pourra pas être observé de cette position.

Deuxièmement, le privilege protège les policiers et les simples citoyens contre les représailles. L'agent