

**Wilfred Wayne Dersch, Marianne Payne,
Raymond John Waller, Grethe Elise Waller
and Ralph Ross Harris** *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

INDEXED AS: DERSCH v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)

File No.: 20580.

1988: April 27.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain,
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

Re-hearing: 1989: October 2; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Interception of private communica-
tions — Access to sealed packet — Whether accused
must show prima facie misconduct by applicant before
being able to inspect affidavit filed in support of wire-
tap authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c.
C-34, s. 178.14 — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, ss. 7, 8.*

Appellants were charged with various drug trafficking offences. The evidence against them was obtained partly from wiretaps. They were granted access to the sealed packets containing the affidavits used to obtain the wiretap authorizations, but the provincial superior court ruled that the packets should not have been released when the appellants had not shown *prima facie* misconduct by the applicants for the authorizations. The Court of Appeal affirmed this decision.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: *Prima facie* misconduct is not required to be shown by an accused who seeks access to the documents relating to an application for a wiretap authorization. The assertion that the admission of the evidence is challenged and that access is required in

*Chief Justice at the time of hearing.

**Chief Justice at the time of judgment.

**Wilfred Wayne Dersch, Marianne Payne,
Raymond John Waller, Grethe Elise Waller
et Ralph Ross Harris** *Appellants*

a c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

RÉPERTORIÉ: DERSCH c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)

b N° du greffe: 20580.

1988: 27 avril.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson,
c Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

Nouvelle audition: 1989: 2 octobre; 1990: 22 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Interception de communica-
tions — Accès au paquet scellé — L'accusé doit-il
faire la preuve prima facie de conduite répréhensible de
la part du requérant avant de pouvoir inspecter l'affi-
davit déposé à l'appui de la demande d'autorisation
d'écoute électronique? — Code criminel, S.R.C. 1970,
f ch. C-34, art. 178.14 — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 7, 8.*

Les appelants ont été accusés de diverses infractions relatives au trafic de drogues. La preuve contre eux a été obtenue en partie par écoute électronique. Ils ont obtenu g l'accès aux paquets scellés contenant les affidavits produits pour la demande d'autorisation d'écoute électronique, mais la cour supérieure de la province a statué qu'on n'aurait pas dû accorder l'accès au contenu des paquets alors que les appelants n'avaient présenté h aucune preuve *prima facie* de la conduite répréhensible des auteurs des demandes d'autorisation. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

i Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: L'accusé qui cherche à avoir accès aux documents relatifs à une autorisation d'écoute électronique n'est pas tenu de faire la preuve *prima facie* de conduite répréhensible. L'affirmation que l'utilisation de la preuve est contestée et qu'il

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

**Juge en chef à la date du jugement.

order to permit full answer and defence to be made is sufficient.

Under s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, the sealed packet is to be opened only on the order of a judge. The fact that Parliament relies on judicial discretion does not disclose an intention to deny the accused disclosure, but rather indicates that the judge must carefully and thoroughly exercise his discretion taking into account all the interests involved. A series of pre-Charter cases read in certain very restrictive criteria, but the right to make full answer and defence requires disclosure to an accused, since without the information contained in the packet he may not be able to establish that the interception was unlawfully made and thus inadmissible, or unreasonably made and thus in contravention of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised in conformity with the *Charter* right unless the application is granted.

Here, the authorization is spent, and the concern with respect to disclosure of police informers and techniques will be addressed by the trial judge in determining the degree to which editing is required. If dissatisfied with the editing, the Crown always has the option of withdrawing tender of the evidence.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The question of whether the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application, who must balance the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. Given the importance of the accused's right to make full answer and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. Here there is nothing to suggest that the balance mandates any other conclusion than the issuing judge's decision to open the packet.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C.

est nécessaire d'avoir accès au contenu du paquet pour préparer une défense pleine et entière, est suffisante.

Selon le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) du *Code criminel*, le paquet scellé ne doit être ouvert qu'en application de l'ordonnance d'un juge. Le fait que le Parlement s'en remette au pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne révèle pas l'intention de nier à l'accusé la divulgation du contenu du paquet scellé; il indique plutôt que le juge doit exercer avec soin son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de tous les intérêts en jeu. Une série de décisions antérieures à la *Charte* a ajouté, par interprétation, certains critères très restrictifs, mais le droit à une défense pleine et entière exige la divulgation à l'accusé puisque, sans les renseignements contenus dans le paquet, il peut ne pas être en mesure d'établir que l'interception a été faite illégalement et ne peut donc être utilisée, ou qu'elle a été faite de manière abusive et viole donc l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande.

En l'espèce, l'autorisation est épuisée et les préoccupations relatives à la divulgation de l'identité d'informateurs et de techniques policières seront examinées par le juge qui décidera du degré de révision nécessaire. S'il n'est pas satisfait de la révision des textes, le ministère public a toujours l'option de retirer l'élément de preuve.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: La question de savoir si le paquet devrait être ouvert ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande, qui doit soupeser, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Vu l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers. En l'espèce, rien ne laisse supposer que l'évaluation exige une autre conclusion que la décision du juge saisi de la demande d'autoriser l'ouverture du paquet.

i Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *R. v. Playford* (1987),

(3d) 142; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 [ad. 1973-74, c. 50, s. 2; am. 1985, c. 19, s. 24].
18 U.S.C. §§2510-20 (1988).

Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, 43 D.L.R. (4th) 562, [1987] 6 W.W.R. 700, 36 C.C.C. (3d) 435, 59 C.R. (3d) 289, affirming Murray J.'s order (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, quashing Wetmore Co. Ct. J.'s decision granting the appellants access to sealed packets. Appeal allowed.

Thomas R. Berger and Howard Rubin, for the appellants.

S. David Frankel, Q.C., for the respondent.

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

SOPINKA J.—This appeal is one of a series of appeals which were heard together because they deal with various aspects of the law relating to the interception of private communications (hereinafter “wiretaps”). The statutory provisions which are engaged are contained in Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The other cases in the series are *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520, judgments in which are delivered concurrently with the judgment in this case. The central issue in

40 C.C.C. (3d) 142; *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2; mod. 1985, ch. 19, art. 24].
18 U.S.C. §§2510 à 2520 (1988).

Doctrine citée

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, 43 D.L.R. (4th) 562, [1987] 6 W.W.R. 700, 36 C.C.C. (3d) 435, 59 C.R. (3d) 289, qui a confirmé l'ordonnance du juge Murray (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, qui avait annulé la décision du juge Wetmore de la Cour de comté d'accorder aux appelants accès aux paquets scellés. Pourvoi accueilli.

Thomas R. Berger et Howard Rubin, pour les appelants.

S. David Frankel, c.r., pour l'intimé.

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

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi fait partie d'une série de pourvois entendus ensemble parce qu'ils portent sur divers aspects du droit relatif à l'interception de communications privées ou écoute électronique. Les dispositions législatives en cause sont contenues à la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Les autres pourvois sont *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520 dont les arrêts sont déposés en même temps que celui-ci. La question centrale en l'espèce est le droit d'un accusé à l'accès au

this case is the right of access by an accused person to the packet which, pursuant to s. 178.14(1) (now s. 187(1)), is required to be sealed.

Facts

The appellants were charged with various offences involving drug trafficking. They were given notice, in accordance with the statutory requirement, that evidence against them included wiretap evidence obtained under 22 authorizations under Part IV.1 of the *Criminal Code*. The appellants applied to the Vancouver County Court for an order pursuant to s. 178.14(1)(a)(ii) to have access to the contents of the sealed packets containing the affidavits filed in support of the wiretap authorizations. The application for access was in each case supported by an affidavit stating that access to the statements by the police officers was necessary to properly conduct a preliminary hearing and in order for the accused to make full answer and defence.

Wetmore Co. Ct. J. granted access in an oral judgment, following the cases of *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594 (presumably the minority judgment), and *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.). The Crown applied to the Supreme Court of British Columbia for an order of *certiorari* to quash the County Court order, and prohibition to prevent Wetmore Co. Ct. J. from making available to the accused copies of the affidavits sealed in the packets. Murray J., in reasons reported at (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (*sub nom. Re Regina and Dersch*), granted the Crown's applications, holding that the issuing court acted without jurisdiction in releasing the sealed packet when the accused provided no evidence of a *prima facie* case of misconduct on the part of the applicant for the authorization. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was unanimously dismissed with reasons written by Esson J.A. which are reported as *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145. Leave to appeal to this Court was granted on December 3, 1987, [1987] 2 S.C.R. vi, on the following ground:

contenu du paquet qui, en application du par. 178.14(1) (maintenant le par. 187(1)), doit être scellé.

a Les faits

Les appelants ont été accusés de diverses infractions relatives au trafic de drogues. Comme l'exige la loi, ils ont été avisés qu'on produirait en preuve des communications privées interceptées par suite de 22 autorisations obtenues en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel*. Les appelants ont demandé à la Cour de comté de Vancouver une ordonnance selon le sous-al. 178.14(1)a(ii) qui leur donnerait accès au contenu des paquets scellés contenant les affidavits produits pour obtenir l'autorisation d'écoute électronique. Dans chaque cas, la demande était appuyée d'un affidavit indiquant qu'il était nécessaire de prendre connaissance des déclarations des policiers pour assurer la bonne marche de l'enquête préliminaire et pour que l'accusé puisse préparer une défense pleine et entière.

Suivant les arrêts *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594 (présumément les motifs de la minorité), et *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), le juge Wetmore de la Cour de comté a accueilli la demande dans un jugement oral. Le ministère public a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance de *certiorari* qui annulerait l'ordonnance de la Cour de comté, et une ordonnance de prohibition qui empêcherait le juge Wetmore de mettre à la disposition des accusés des copies des affidavits contenus dans les paquets scellés. Dans des motifs publiés à (1986), 32 C.C.C. (3d) 346 (*sub nom. Re Regina and Dersch*), le juge Murray a accueilli la demande du ministère public, statuant que la Cour de comté avait agi sans compétence en donnant accès au contenu du paquet scellé alors que les accusés n'avaient présenté aucune preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part de l'auteur de la demande d'autorisation. Le juge Esson a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, publiés sous l'intitulé *Dersch v. Canada (Attorney General)* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145, rejetant l'appel. Notre Cour a accordé une autorisation de pourvoi le 3 décembre 1987, [1987] 2 R.C.S. vi, sur le moyen suivant:

Whether the British Columbia Court of Appeal erred in construing s. 178.14 of the *Criminal Code* of Canada as imposing a burden on an accused to show *prima facie* misconduct by the applicant, before the accused may inspect the affidavit filed to obtain an electronic search order.

Although the issue on which leave to appeal was granted does not refer to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, counsel were permitted to raise arguments on the interpretation of s. 178.14 in light of the *Charter*.

Access to Sealed Packet

Section 178.14 reads as follows:

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 content thereof removed except

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

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; and

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

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

Pursuant to s. 178.14, the documents relating to an application for an authorization are confidential. They are to be placed in a packet and sealed. The packet is to be opened only on the order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 482 (now s. 552). This provision extends the definition of a judge beyond that of a judge of a superior court to include a

[TRADUCTION] la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur en donnant à l'art. 178.14 du *Code criminel* une interprétation qui impose à l'accusé l'obligation de présenter une preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part de l'auteur de la demande avant que l'accusé puisse examiner l'affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique.

Quoique la question à l'égard de laquelle l'autorisation de pourvoi a été accordée ne mentionne pas la *Charte canadienne des droits et libertés*, les avocats ont été autorisés à présenter des arguments sur l'interprétation de l'art. 178.14 en fonction de la *Charte*.

Accès au paquet scellé

L'article 178.14 est ainsi rédigé:

178.14 (1) Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou du paragraphe 178.13(3) ou 178.23(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autorisation, doivent être placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet doit être gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne doit pas

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

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

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

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

(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.

Suivant l'art. 178.14, les documents relatifs à une demande d'autorisation sont confidentiels et doivent être placés dans un paquet scellé qui ne doit être ouvert qu'en application de l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'art. 482 (maintenant l'art. 552). Cette disposition étend la définition d'un juge de manière à comprendre, outre un

judge of a district or county court and a judge of the Court of Quebec. The power granted to a judge to open the packet is not limited by any provisions in Part IV.1 of the *Criminal Code*. Parliament, therefore, intended to confer on the judge an unlimited discretion.

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

What these special considerations should be is the source of considerable disagreement among judges in the provinces. The series of appeals of which this is one illustrates the extent of the disagreement. The following is a summary of the dispositions made with respect to this issue:

(1) *Dersch*: The trial judge ordered the packet opened but was reversed by Murray J. and the British Columbia Court of Appeal.

(2) *Garofoli*: The trial judge refused to open but the Ontario Court of Appeal did.

(3) *Lachance*: No application was made to open because counsel thought this was foreclosed by binding authority. The Ontario Court of Appeal opened the packet.

(4) *Zito*: The trial judge refused to open the packet. The Court of Appeal of Quebec directed the opening of the packet at a new trial which it directed.

juge d'une cour supérieure, un juge d'une cour de district ou de comté ou un juge de la Cour du Québec. Aucune disposition de la partie IV.1 du *Code criminel* ne limite le pouvoir d'un juge d'ouvrir le paquet. Le Parlement a donc voulu conférer au juge un pouvoir discrétionnaire illimité.

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

Ce que devraient être ces considérations spéciales est source de nombreuses divergences parmi les juges des provinces. La série de pourvois dont celui-ci fait partie illustre l'étendue des divergences. Voici un résumé des décisions rendues sur ce point:

(1) *Dersch*: Le juge de première instance a ordonné l'ouverture du paquet, mais sa décision a été infirmée par le juge Murray et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

(2) *Garofoli*: Le juge de première instance a refusé l'ouverture, mais la Cour d'appel de l'Ontario a accepté.

(3) *Lachance*: Aucune demande d'ouverture n'a été faite parce que l'avocat pensait que cela était interdit par des précédents faisant autorité. La Cour d'appel de l'Ontario a ouvert le paquet.

(4) *Zito*: Le juge de première instance a refusé l'ouverture du paquet. La Cour d'appel du Québec a ordonné l'ouverture du paquet au cours du nouveau procès dont elle a ordonné la tenue.

Pre-*Charter* cases saw in s. 178.14 a legislative intention to subordinate the rights of the accused to the needs of law enforcement. In addition to features of the section such as the sealed packet and limiting the power to open to specific kinds of judges, some cases emphasized the absence from Part IV.1 of a provision similar to that contained in Title III of the *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§2510-20 (1988). That Act specifically provides that the contents of the packet are to be delivered to the accused ten days before the commencement of trial. In reviewing these cases, Martin J.A., in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, commented, at p. 40:

It was determined that, since there is a specific provision for production in the United States legislation and there is no such provision in the Canadian legislation, Parliament intended to deny access to the sealed packet by the accused.

This led to the conclusion that exceptional circumstances were required to be shown by the applicant before an order for opening the packet was justified. The effect of these cases is summarized by Watt (now Justice Watt of the Ontario Court (General Division)) in *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at pp. 251-52:

... applications for orders pursuant to section 178.14(1)(a)(ii) to open the sealed packet and reveal its contents to the applicant have a limited chance of success whether the purpose therefor is to discover the period or reasons for court-ordered electronic surveillance or to enable either an accused or the Crown to develop arguments as to the admissibility of evidence at a forthcoming trial. Fraud and material non-disclosure in the supporting material have frequently been referred to as the "exceptional circumstances" which justify the granting of such an order but the difficulty in obtaining extrinsic evidence of either negates their utility as a means of obtaining the relief sought.

In *Wilson v. The Queen*, *supra*, this Court discussed the terms on which an authorization could be set aside. Neither the majority nor the minority

Les arrêts antérieurs à la *Charte* ont vu dans l'art. 178.14 une intention du législateur de subordonner les droits de l'accusé aux exigences de l'application de la loi. En plus des particularités de l'article, comme le paquet scellé et la limitation du pouvoir d'ouverture à des catégories spécifiques de juges, certaines décisions ont souligné l'absence, dans la partie IV.1, d'une disposition semblable à celle contenue au titre III de l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, 18 U.S.C. §§2510 à 2520 (1988). Cette disposition prévoit expressément que le contenu du paquet doit être remis à l'accusé dix jours avant le début du procès. Faisant la revue de ces décisions, le juge Martin de la Cour d'appel a fait le commentaire suivant dans l'arrêt *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, à la p. 40:

[TRADUCTION] On a établi que, puisqu'aux États-Unis une disposition spécifique prévoit la production et que la loi canadienne n'a aucune disposition en ce sens, le Parlement a voulu nier à l'accusé l'accès au contenu du paquet scellé.

Cela a mené à la conclusion que le requérant doit démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles pour qu'une ordonnance d'ouverture du paquet soit justifiée. L'effet de ces décisions est résumé par Watt (maintenant le juge Watt de la Cour de justice de l'Ontario, Division générale) dans l'ouvrage *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), aux pp. 251 et 252:

[TRADUCTION] ... les demandes d'ordonnances en application du sous-al. 178.14(1)a(ii) visant à l'ouverture du paquet scellé et à la divulgation de son contenu au requérant ont des chances limitées de succès qu'elles aient pour objectif de découvrir la période ou les motifs de la surveillance électronique autorisée par la cour ou de permettre soit à l'accusé soit au ministère public de préparer des arguments quant à l'admissibilité de la preuve à un procès à venir. La fraude et la non-divulgation d'éléments importants dans la documentation à l'appui ont fréquemment été considérées comme des «circonstances exceptionnelles» qui justifient la délivrance d'une telle ordonnance, mais la difficulté d'obtenir la preuve extrinsèque de l'une ou de l'autre nie leur utilité comme moyen d'obtenir le redressement recherché.

Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, notre Cour a examiné les conditions sous lesquelles une autorisation pouvait être annulée. Ni les motifs de

reasons explicitly deal with the question of the prerequisites for access to the sealed packet. Furthermore, it was a case to which the *Charter* did not apply.

The restrictive approach to the interpretation of these provisions, as summarized by Watt, fails to take account of a fundamental difference between Title III in the United States and Part IV.1. While Title III contains specific provisions designed to protect various interests affected, Parliament was content to leave such protection in the hands of the judiciary. This applies not only in relation to production of the contents of the packet, but to minimization provisions. In my reasons in *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, I pointed out that the Canadian equivalent of s. 2518(5) of Title III is the discretion in s. 178.13(2)(d) vested in a judge. In *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, Estey J. summed up this feature of Part IV.1, at pp. 669-70 and 695 as follows:

The courts, therefore, must perform carefully and thoroughly their duty under s. 178.13(2)(d) and prescribe terms and conditions which may be advisable in the public interest under which these invasive devices may be installed. This judicial function is the essential safeguard of the public interest in the bilateral operations of Part IV.1 which must at once be both a shield against, and an instrument for, the invasion of privacy. It is for the court to ensure the balancing of these interests within the plan prescribed by Parliament.

My observation is intended to give emphasis to the importance of the judicial role in the program of privacy regulation as prescribed by Parliament in these provisions.

The fact that Parliament similarly relies on judicial discretion in s. 178.14(1)(a)(ii) does not disclose an intention to deny the accused disclosure of the sealed packet, but rather evinces an intention that a judge must "carefully and thoroughly" exercise his or her discretion taking into account all the interests involved.

The Court of Appeal in this case followed the line of reasoning of the pre-*Charter* cases. For the reasons outlined above, it is my view that, quite apart from the effects of the *Charter*, that reason-

la majorité ni ceux de la minorité ne traitent spécifiquement de la question des conditions préalables à la communication du paquet. En outre, la *Charte* ne s'appliquait pas à cette affaire.

^a L'interprétation restrictive de ces dispositions, résumée par le juge Watt, ne tient pas compte d'une différence fondamentale entre le titre III américain et la partie IV.1. Alors que le titre III ^b contient des dispositions spécifiques destinées à protéger divers intérêts touchés, le Parlement s'est contenté de laisser cette protection entre les mains du pouvoir judiciaire. Cela s'applique non seulement à la production du contenu du paquet, mais ^c aussi à la minimisation. Dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, j'ai signalé que l'équivalent canadien du par. 2518(5) du titre III est le pouvoir discrétionnaire que l'al. ^d 178.13(2)d) accorde à un juge. Dans l'arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, le juge Estey a résumé comme suit cette particularité de la partie IV.1, aux pp. 669, 670 et 695:

En conséquence, les tribunaux doivent remplir avec soin ^e le devoir qui leur incombe en vertu de l'al. 178.13(2)d) et prescrire les modalités qui peuvent être opportunes dans l'intérêt public relativement à la mise en place de ces dispositifs envahissants. Ce rôle judiciaire est un élément de protection indispensable de l'intérêt public ^f relativement à l'application ambivalente de la partie IV.1 qui doit à la fois préserver contre l'atteinte à la vie privée des personnes et la rendre possible. Il appartient au tribunal de maintenir l'équilibre entre ces intérêts dans le cadre du programme prescrit par le Parlement.

^g Ma remarque vise à faire ressortir l'importance du rôle des tribunaux dans le programme de réglementation de la vie privée que le Parlement prescrit dans ces dispositions.

^h Le fait qu'au sous-al. 178.14(1)a)(ii), le Parlement s'en remette de la même manière au pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne révèle pas l'intention de nier à l'accusé la divulgation du contenu du paquet scellé; il indique plutôt qu'on voulait qu'un ⁱ juge exerce «avec soin» son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de tous les intérêts en jeu.

La Cour d'appel en l'espèce a suivi le raisonnement de ces arrêts antérieurs à la *Charte*. Pour les motifs déjà exposés, je suis d'avis que, indépendamment des effets de la *Charte*, ce raisonnement

ing is suspect. It is unnecessary to come to a final conclusion on that subject because Part IV.1 must now be considered in light of the *Charter*. The Court of Appeal (*per* Esson J.A.) recognized this, but concluded that “the Charter has not affected, in any general way, the statutory and case law which restricts access to the packet” (p. 183). This conclusion was based in large measure on the interpretation placed by Esson J.A. on the judgment of Martin J.A. in *Finlay and Grellette*, *supra*, at pp. 76-77, which, in his opinion, did not intend to question the cases which restricted access to the sealed packet. In his opinion, the restrictions imposed by these cases simply meant that there might be cases in which these restrictions deprived an accused of access to material essential to the defence. Such a deprivation could be relevant to the question whether there had been a fair trial.

Since the decision of the Court of Appeal in this case, we have had the benefit of the judgment of the Court of Appeal of Ontario in *Rowbotham*, *supra*. The court, consisting of Martin J.A., Cory J.A. (as he then was) and Grange J.A., explained the effect of the *Charter* on the views expressed in the restricted access cases. The court stated: “If these views were originally correct, they are no longer the rule in this province since the enactment of the Charter” (p. 41). The court went on to explain, at p. 42:

To deny an accused access to the sealed packet puts him in an impossible position. Without the information contained in the packet, he may not be able to establish that the interception was unlawfully made and thus inadmissible, or unreasonably made and thus in contravention of s. 8 of the Charter. An accused would, in that way, be deprived of the right to make full answer and defence. In such circumstances, it could not be said that he had had the benefit of a fair trial, and the rights provided to him by ss. 7 and 11(d) of the Charter would, as a consequence, be infringed.

In *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, Goodman J.A., speaking for himself, Blair and Cory J.J.A., expressed the dilemma in which the accused is placed by the restricted access cases in these words, at p. 178:

est douteux. Il est inutile d'arriver à une conclusion définitive sur ce sujet parce que la partie IV.1 doit maintenant être examinée en fonction de la *Charte*. La Cour d'appel (le juge Esson) l'a reconnu mais a conclu, à la p. 183, que [TRADUCTION] «la *Charte* n'a pas affecté de manière générale la législation et la jurisprudence qui restreignent l'accès au contenu du paquet». Cette conclusion était fondée dans une large mesure sur l'interprétation qu'a donnée le juge Esson au jugement du juge Martin dans l'arrêt *Finlay and Grellette*, précité, aux pp. 76 et 77, qui, à son avis, n'a pas voulu mettre en doute les décisions qui restreignaient l'accès au contenu du paquet scellé. À son avis, les restrictions imposées par ces décisions signifiaient simplement qu'il peut y avoir des cas où ces restrictions privent un accusé de l'accès à des documents essentiels à sa défense. Cela pourrait avoir une incidence sur la question de savoir s'il y a eu un procès équitable.

Depuis l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, nous avons eu le bénéfice de l'arrêt *Rowbotham*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario. La cour, formée des juges Martin, Cory (maintenant juge de notre Cour) et Grange, a expliqué l'effet de la *Charte* sur les opinions exprimées dans les décisions portant restriction d'accès. La cour a dit, à la p. 41: [TRADUCTION] «Si ces opinions étaient correctes à l'origine, elles ne font plus autorité dans cette province depuis l'adoption de la *Charte*». La cour a poursuivi, à la p. 42:

[TRADUCTION] Nier à un accusé l'accès au contenu du paquet scellé le place dans une situation impossible. Sans les renseignements contenus dans le paquet, il peut ne pas être en mesure d'établir que l'interception a été faite illégalement et est donc inadmissible en preuve, ou qu'elle a été faite de manière abusive et viole donc l'art. 8 de la Charte. Un accusé serait ainsi privé du droit de présenter une défense pleine et entière. Dans ces circonstances, on ne pourrait pas dire qu'il a eu un procès équitable, et les droits que lui reconnaissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte seraient par conséquent violés.

Dans l'arrêt *R. v. Playford* (1987), 40 C.C.C. (3d) 142, le juge Goodman, en son nom et au nom des juges Blair et Cory, a exposé comme suit l'impasse devant laquelle les décisions portant restriction d'accès placent l'accusé, à la p. 178:

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

I agree that this is an accurate statement as to the position in which the accused is placed by the restricted access cases. As pointed out by Watt J., extrinsic evidence is seldom available to establish the requisite *prima facie* grounds. The accused is placed in this dilemma in virtually every case. If placing him or her in this dilemma is a denial of the right to make full answer and defence, then in every case in which access is denied, the accused is denied the right to make full answer and defence. Consequently, there would be in every such case a breach of s. 7 of the *Charter*, which includes among its principles of fundamental justice the right to make full answer and defence. If the restricted access cases are right in their interpretation of the section, then Parliament has authorized a procedure which uniformly results in a breach of the *Charter*. It follows that either the section is unconstitutional or the interpretation of the restrictive access cases cannot stand. With respect, I agree with the Ontario Court of Appeal that the section is constitutional and that the previous interpretation can no longer apply. It is fundamental to this view that denial of access constitutes a denial to make full answer and defence.

Esson J.A. was of the opinion that it did not. He reasoned that the accused was simply deprived of an opportunity to exclude evidence on a technical ground. He put the position this way, at p. 151:

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

The presumption of innocence requires the prosecution to prove that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. This must be done by admis-

[TRANSDUCTION] ... il ne peut avoir accès à l'affidavit à moins de pouvoir présenter une preuve *prima facie* des motifs pour lesquels il doit y avoir accès, et il ne peut pas faire la preuve de ces motifs à moins d'y avoir accès.

^a C'est là une description exacte de la situation dans laquelle les décisions portant restriction d'accès placent l'accusé. Comme le souligne le juge Watt, on a rarement en mains la preuve extrinsèque pour établir les motifs *prima facie* requis. L'accusé est presque chaque fois placé devant une impasse. Si le mettre dans cette impasse est une négation du droit de préparer une défense pleine et entière, alors, dans chaque cas où l'accès est refusé, on nie à l'accusé le droit de préparer une défense pleine et entière. Par conséquent, il y aurait dans chaque cas violation de l'art. 7 de la *Charte*, qui comprend, entre autres principes de justice fondamentale, le droit de préparer une défense pleine et entière. Si les décisions portant restriction d'accès interprètent bien l'article, le Parlement a alors autorisé une procédure qui produit inmanquablement une violation de la *Charte*. Par conséquent, ou l'article est inconstitutionnel ou l'interprétation des décisions portant restriction d'accès ne peut tenir. Avec égards, je partage l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario que l'article est constitutionnel et que l'interprétation antérieure ne peut plus s'appliquer. Cette opinion repose essentiellement sur le fait que la négation de l'accès constitue une négation du droit de présenter une défense pleine et entière.

^g Le juge Esson est d'avis que ce n'est pas le cas, estimant que l'accusé est simplement privé d'une possibilité d'écartier un élément de preuve pour un motif de forme. Il a formulé cette position comme suit, à la p. 151:

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

^j La présomption d'innocence exige que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Cela doit se faire au moyen

sible evidence. Part IV.1 provides that evidence of intercepted private communication is admissible only if lawfully obtained. To be admissible, the evidence must be obtained pursuant to an authorization that complies with the dictates of the provisions of Part IV.1. Under s. 8 of the *Charter*, the accused has acquired a constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure. Because an unlawful search will be an unreasonable one, s. 8 also confers on the accused the right to challenge the lawfulness of a search or seizure of which the accused is the target. That right would be hollow if it did not permit access to the sealed packet. The absence of reasonable and probable grounds for the authorization is a basis for challenge under both the *Code* and the *Charter*.

Goodman J.A. in *Playford, supra*, summed it up as follows, at p. 187:

If, indeed, the authorization had been obtained on the basis of some substantive defect which made the authorization invalid, then the private communication is unlawfully intercepted and is inadmissible as evidence and the interception constitutes an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter*.

Withholding information which enables the accused to assert the inadmissibility of evidence not only on statutory but constitutional grounds strikes me as going beyond depriving the accused of a technical ground. I prefer to characterize it in the language of Watt J. in *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260, at p. 273:

It is said that a critical aspect of the right to make full answer and defence, an incident of the constitutional right of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*, is the right to challenge the receivability of that portion of the prosecution's proof which is the primary evidence said to have been obtained by interceptions

The right to full answer and defence does not imply that an accused can have, under the rubric of the *Charter*, an overhaul of the whole law of evidence such that a statement inadmissible under, for instance, the hearsay exclusion, would be admissible if it tended to prove his or her innocence. (See *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351 (Ont. C.A.)) But it does provide, in my view, that

d'une preuve admissible. La partie IV.1 prévoit qu'une communication privée n'est admissible en preuve que si elle a été interceptée légalement. Pour être admissible, la preuve doit avoir été obtenue en vertu d'une autorisation qui respecte les exigences de la partie IV.1. En vertu de l'art. 8 de la *Charte*, l'accusé a acquis un droit constitutionnel d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Comme une fouille illégale sera généralement une fouille abusive, l'art. 8 confère aussi à l'accusé le droit de contester la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie dirigée contre l'accusé. Ce droit serait vide de sens s'il ne permettait pas l'accès au paquet scellé. L'absence de motifs raisonnables et probables pour l'autorisation est un moyen de contestation à la fois en vertu du *Code* et en vertu de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Playford*, précité, le juge Goodman a résumé ainsi la situation, à la p. 187:

[TRADUCTION] Si, en fait, l'autorisation a été obtenue sur le fondement de quelque vice de fond qui a rendu l'autorisation invalide, la communication privée est alors interceptée illégalement et ne peut être admise en preuve, et l'interception constitue une fouille ou perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

Retenir des renseignements qui permettraient à l'accusé de faire valoir qu'une preuve est inadmissible non seulement en vertu de la loi mais aussi en vertu de la constitution me paraît aller plus loin que priver l'accusé d'un moyen de forme. Je préfère, pour le qualifier, reprendre ce que dit le juge Watt dans la décision *R. v. Parmar* (1987), 34 C.C.C. (3d) 260, à la p. 273:

[TRADUCTION] On dit qu'un aspect décisif du droit de préparer une défense pleine et entière, qui découle du droit constitutionnel à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte*, est le droit de contester la recevabilité de la partie de la preuve de la poursuite qui est l'élément principal de preuve qu'on dit avoir été obtenu au moyen des interceptions

Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas qu'un accusé peut obtenir, en vertu de la *Charte*, une révision de l'ensemble du droit de la preuve qui aille jusqu'à rendre admissible une affirmation qui ne le serait pas, par exemple en vertu des règles du oui-dire, parce qu'elle tend à prouver son innocence. (Voir *R. v. Williams* (1985), 44 C.R. (3d) 351 (C.A. Ont.)) Mais il

the accused be given the opportunity to test the admissibility of a piece of evidence according to the ordinary rules that govern the admissibility of the evidence. I am therefore of the view that s. 178.14(1)(a)(ii) ought to be interpreted so that an opportunity is provided to do so.

The same view of the right to full answer and defence was taken with respect to documents relating to search warrants. In *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, Cory J.A., in delivering the judgment of the Court of Appeal, held that the material upon which the warrant was obtained should be produced to enable the accused to make full answer and defence. He added that the identity of police informers could be protected by careful editing.

We are dealing here with production of material in respect of an authorization that is spent. The concern with respect to disclosure of police informers and techniques will be addressed by the trial judge in determining the degree to which editing is required. This issue is discussed in my reasons in *Garofoli*, but two observations are appropriate. In the final analysis, the non-disclosure of informers and techniques is fully in control of the Crown. If dissatisfied with the degree of editing, the Crown always has the option of withdrawing tender of the evidence. Furthermore, as observed by the Court of Appeal in *Rowbotham*, *supra*, once disclosure becomes the rule, affidavits will be drawn in such a way that the police interest will be protected with a minimum of editing.

I do not agree with Esson J.A. that the view expressed above is an amendment to the statute. Section 178.14, as I have pointed out above, confers on a judge a wide-open discretion to order the packet to be opened. A series of cases has filled the gap in the legislation by reading in certain criteria for the exercise of that discretion in the case of an application for access by an accused person. Those criteria are very restrictive. A series of cases since the *Charter* has questioned those restrictions in light of the *Charter* guarantee of full answer and

signifie bien, à mon avis, qu'on doit accorder à l'accusé la possibilité de vérifier l'admissibilité d'un élément de preuve conformément aux règles ordinaires qui régissent l'admissibilité de la preuve. Je suis donc d'avis que le sous-al. 178.14(1)(a)(ii) devrait être interprété de manière à accorder cette possibilité.

Cette conception du droit à une défense pleine et entière a été adoptée à l'égard de documents relatifs à des mandats de perquisition. Rédigeant l'arrêt de la Cour d'appel *R. c. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, le juge Cory a conclu que les documents en vertu desquels le mandat avait été obtenu devraient être produits pour permettre à l'accusé de préparer une défense pleine et entière. Il a ajouté que l'identité des informateurs de police pourrait être protégée par la révision attentive des textes.

Nous traitons ici de la production de documents relatifs à une autorisation expirée. Les préoccupations relatives à la divulgation de l'identité d'informateurs et de techniques policières seront examinées par le juge qui déterminera le degré de révision nécessaire des textes. J'analyse ce point dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli*, mais deux observations s'imposent. En dernière analyse, la non-divulgation de l'identité des informateurs et des techniques est entièrement sous le contrôle du ministère public. S'il n'est pas satisfait de la révision des textes, le ministère public a toujours l'option de retirer cette preuve. En outre, comme l'a fait observer la Cour d'appel dans l'arrêt *Rowbotham*, précité, si la divulgation devient la règle, les affidavits seront rédigés de manière qu'une révision minimale des textes protégera les intérêts de la police.

Je ne partage pas l'avis du juge Esson que l'opinion qui précède constitue une modification de la loi. Comme je l'ai signalé, l'art. 178.14 confère à un juge un très large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'ouverture du paquet. Une série de décisions a comblé les lacunes de la loi en ajoutant, par interprétation, certains critères pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, lorsque l'accusé demande l'accès au contenu. Ces critères sont très restrictifs. Une série de décisions postérieures à la *Charte* a mis en doute ces restrictions dans le

defence. They hold that this right requires disclosure to an accused. The judge still has a discretion but, in the case of an accused, it would not be judicially exercised and in conformity with the *Charter* right unless the application is granted. This does not affect the discretion in respect of a request by a target or a member of the public who is not an accused person, to which different considerations would apply. This is not an amendment to the section, but rather an alteration of the judicial interpretation placed on it in light of the *Charter*.

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

contexte du droit à une défense pleine et entière garanti par la *Charte*. Elles ont conclu que ce droit exige la divulgation à l'accusé. Le juge conserve un pouvoir discrétionnaire mais, dans le cas d'un accusé, il ne peut l'exercer judiciairement et conformément à la *Charte* qu'en accueillant la demande. Cela ne modifie pas son pouvoir discrétionnaire relatif à une demande présentée par une cible ou une personne qui n'est pas l'accusé, auxquelles des considérations différentes s'appliquent. Ce n'est pas une modification apportée à la loi; c'est plutôt une modification, eu égard à la *Charte* de l'interprétation que les tribunaux lui avaient donnée.

Par conséquent, la question posée dans le moyen d'appel pour lequel l'autorisation de pourvoi a été accordée doit recevoir une réponse affirmative. 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.

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

Disposition

The appeal is allowed and the order of Wetmore Co. Ct. J. is restored. Other matters consequent on the opening of the sealed packet are not in issue here. They will be dealt with in *Garofoli* and *Lachance* in the context of their specific facts.

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

MCLACHLIN J.—This is one of a series of appeals relating to the electronic interception of private communications; the others in the series are *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; and *R. v. Zito*, [1990] 2 S.C.R. 1520. I have read the reasons of Justice Sopinka in each of these appeals, and I explained in *Garofoli* how my approach to the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, leads me to a different conclusion with respect to a number of the questions that these appeals present. I now address the issue on this appeal in light of the approach I adopt in *Garofoli*.

The issue in this case is whether an accused is entitled to have access to the sealed packet, the contents of which provide the basis for the granting of an authorization to wiretap private communications. The appellants applied pursuant to s. 178.14(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* for an order entitling them to access. Wetmore Co. Ct. J. granted access, but the order was overturned by Murray J., of the Supreme Court of British Columbia (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, who held that the issuing court acted without jurisdiction in providing access to the sealed packet when the appellants had provided no evidence of a *prima facie* case of misconduct on the part of the applicant for the authorization. The British Columbia Court of Appeal unanimously dismissed an appeal from the judgment of Murray J. (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145.

Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge Wetmore de la Cour de comté est rétablie. Les autres questions découlant de l'ouverture du paquet scellé ne sont pas en cause ici. Elles sont examinées dans les arrêts *Garofoli* et *Lachance* dans le contexte de leurs faits particuliers.

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

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit d'un seul parmi une série de pourvois portant sur l'interception électronique de communications privées; les autres sont *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; et *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520. J'ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge Sopinka dans chacun de ces pourvois et j'ai expliqué dans l'affaire *Garofoli* comment mon interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, me fait aboutir à une conclusion différente sur un certain nombre de questions que présentent ces pourvois. Je vais maintenant aborder la question posée dans le présent pourvoi, selon la position que j'adopte dans l'arrêt *Garofoli*.

La question en l'espèce est de savoir si un accusé a le droit d'avoir accès au paquet scellé, dont le contenu sert de fondement à l'autorisation de mettre des communications privées sur écoute électronique. Les appelants ont demandé conformément au sous-al. 178.14(1)a)(ii) du *Code criminel* une ordonnance leur permettant d'y avoir accès. Le juge Wetmore de la Cour de comté a accueilli la demande, mais l'ordonnance a été infirmée par le juge Murray de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1986), 32 C.C.C. (3d) 346, qui a statué que la Cour de comté avait agi sans compétence en donnant accès au paquet scellé alors que les appelants n'avaient présenté aucune preuve *prima facie* de conduite répréhensible de la part de l'auteur de la demande d'autorisation. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté à l'unanimité un appel formé contre le jugement rendu par le juge Murray (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 145.

As I explained in my reasons in *Garofoli*, the question of whether or not the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application. The fundamental considerations are the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, on the one hand; and the public interest in the administration of justice on the other. The judge in exercising his or her discretion must balance these considerations. Given the importance of the accused's right to make full answer and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases.

In this case, Wetmore Co. Ct. J. heard the application to open the packet and he granted access. This was a matter within his discretion, and there is nothing here to suggest that the balance between the interests of the accused and the public interest in the administration of justice mandates any other conclusion. I would therefore allow the appeal and restore the order of Wetmore Co. Ct. J.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants Dersch, Payne and Harris: K. S. Westlake, Vancouver.

Solicitors for the appellants Waller and Waller: Rubin & Associates, Vancouver.

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

Comme je l'ai expliqué dans mes motifs dans l'arrêt *Garofoli*, la question de savoir si le paquet devrait être ouvert ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Les principaux facteurs à considérer sont, d'une part, les droits de l'accusé à la protection de sa vie privée et à un procès équitable, dont le droit de présenter une défense pleine et entière, et, d'autre part, l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice. Le juge doit sopeser ces facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Vu l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance penchera généralement en faveur de l'ouverture du paquet, sous réserve de la révision des textes et de considérations spéciales en matière d'administration de la justice qui peuvent se présenter dans des cas particuliers.

En l'espèce, le juge Wetmore a instruit et accueilli la demande d'ouverture du paquet. Cette décision relevait de son pouvoir discrétionnaire, et rien ne laisse supposer que l'évaluation des droits de l'accusé et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice exige une autre conclusion. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue par le juge Wetmore.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants Dersch, Payne et Harris: K. S. Westlake, Vancouver.

Procureurs des appelants Waller et Waller: Rubin & Associates, Vancouver.

Procureur de l'intimé: John C. Tait, Ottawa.