

Francisco Batista Pires *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

- and -

Ronaldo Lising *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PIRES; R. v. LISING

Neutral citation: 2005 SCC 66.

File Nos.: 30151, 30240.

2005: May 18; 2005: November 17.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Interception of private communications — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether accused entitled as of right to

Francisco Batista Pires *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-
Britannique et Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Intervenants*

- et -

Ronaldo Lising *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-
Britannique et Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PIRES; R. c. LISING

Référence neutre : 2005 CSC 66.

N^{os} du greffe : 30151, 30240.

2005 : 18 mai; 2005 : 17 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit criminel — Interception de communications privées — Droit de l'accusé de contre-interroger relativement aux affidavits — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant souscrit l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique —

cross-examine affiant — Whether Garofoli approach should be abandoned.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Right to full answer and defence — Interception of private communications — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether requirement that leave be granted to cross-examine affiant consistent with Charter principles.

In a police investigation, M, a self-admitted drug dealer and petty criminal, agreed to “wear a wire” and act as police agent. Based on their agreement with M, the police applied for a consent wiretap authorization under s. 184.2 of the *Criminal Code*. The required affidavit was sworn and the authorization was granted permitting the interception of the private communications of both accused and other associates when any of them was speaking with M. The accused were subsequently charged with a number of drug-related offences. At trial, the accused challenged the admissibility of the tapes of conversations intercepted. They contended that the statutory preconditions for the authorization had not been met and that their right under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. In support of this *Charter* application, the accused sought leave to cross-examine the peace officer on his affidavit. Relying on *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, the trial judge denied leave to cross-examine the affiant and ultimately ruled the wiretap evidence to be admissible. The Court of Appeal upheld the trial judge’s ruling, concluding that leave to cross-examine was properly denied.

Held: The appeals should be dismissed.

The *Garofoli* approach to cross-examination is consistent with *Charter* principles. The *Garofoli* threshold test requires that the defence show a reasonable likelihood that cross-examination of the affiant will elicit testimony of probative value to the issue for consideration by the reviewing judge. It is grounded in two basic principles of evidence: relevance and materiality. It is also borne out of concerns about the prolixity of proceedings and, in many cases, the need to protect the identity of informants. The rule does not infringe the right to make full answer and defence. There is no

L'accusé peut-il contre-interroger de plein droit le déposant? — L'approche adoptée dans Garofoli doit-elle être abandonnée?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie abusive — Droit à une défense pleine et entière — Interception de communications privées — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant déposé l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique — L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger le déposant est-elle compatible avec les principes de la Charte?

Au cours d'une enquête policière, M, de son propre aveu un trafiquant de drogue et un petit délinquant, a accepté de « porter un micro-émetteur » et d'agir comme mandataire de la police. Sur la base de son entente avec M, la police a présenté une demande d'autorisation d'écoute électronique avec consentement en vertu de l'art. 184.2 du *Code criminel*. L'affidavit requis a été souscrit et un juge a accordé une autorisation permettant l'interception des communications privées des deux accusés et de leurs associés lorsque l'un d'eux parlait avec M. Les accusés ont par la suite été inculpés d'un certain nombre d'infractions liées à la drogue. Au procès, les accusés ont contesté l'admissibilité des enregistrements des conversations interceptées. Ils ont prétendu que les conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation n'avaient pas été remplies et que l'on avait porté atteinte au droit que leur garantit l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour appuyer cette demande fondée sur la *Charte*, les accusés ont demandé la permission de contre-interroger le policier relativement à son affidavit. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, le juge du procès a refusé l'autorisation de contre-interroger le déposant et a finalement déclaré la preuve d'écoute électronique admissible. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès et conclu que l'autorisation de contre-interroger avait à bon droit été refusée.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L'approche adoptée dans l'arrêt *Garofoli* relativement au contre-interrogatoire est compatible avec les principes de la *Charte*. Selon le critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Garofoli*, la défense doit démontrer qu'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du déposant apporte un témoignage probant à l'égard de la question soumise à l'appréciation du juge siégeant en révision. Ce critère repose sur deux principes de base en matière de preuve : la pertinence et le caractère substantiel. Il découle également de préoccupations relatives à la longueur des procédures et,

constitutional right to adduce irrelevant or immaterial evidence. The *Garofoli* threshold test is nothing more than a means of ensuring that, when a s. 8 *Charter* challenge is initiated, the proceedings remain focussed and on track. [3] [31]

There is no need to revisit *Garofoli* in view of subsequent legislative amendments and jurisprudential developments. The leave requirement to cross-examine strikes an appropriate balance between the entitlement to cross-examination as an aspect of the right to make full answer and defence, and the public interest in the fair, but efficient, use of judicial resources and the timely determination of criminal proceedings. While the right to cross-examine is of fundamental significance to the criminal trial process, it is neither unlimited nor absolute. The extent to which it becomes a necessary adjunct to the right to make full answer and defence depends on the context. An important contextual factor is the accused's right to full disclosure. The defence not only has access to all the documents relating to the authorization, but is also entitled to all material in the possession or control of the Crown that is potentially relevant to the case. Another relevant contextual factor is the important distinction between the right to test evidence introduced at the trial on the merits and the threshold evidentiary hearing to determine the admissibility of that evidence. The *Garofoli* review hearing is not intended to test the merits of any of the Crown's allegations in respect of the offence. The truth of the allegations asserted in the affidavit as they relate to the essential elements of the offence remain to be proved by the Crown on the trial proper. Rather, the review is simply an evidentiary hearing to determine the admissibility of relevant evidence about the offence obtained pursuant to a presumptively valid court order. The statutory preconditions for wiretap authorizations will vary depending on the language of the provision that governs their issuance. The reviewing judge on a *Garofoli* hearing only inquires into whether there was any basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the relevant statutory preconditions existed. There is thus only a relatively narrow basis for exclusion. Even if it is established that information contained within the affidavit is inaccurate, or that a material fact was not disclosed, this will not necessarily detract from the existence of the statutory preconditions. In the end analysis, the admissibility of the wiretap evidence will not be impacted under

dans bien des cas, à la nécessité de protéger l'identité des informateurs. La règle ne porte pas atteinte au droit à une défense pleine et entière. Il n'existe aucun droit constitutionnel de produire des éléments de preuve non pertinents ou non substantiels. Le critère préliminaire énoncé dans *Garofoli* n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que, une fois la contestation fondée sur l'art. 8 engagée, l'instance demeure sur la bonne voie. [3] [31]

Il n'est pas nécessaire de revoir l'arrêt *Garofoli* au regard des modifications apportées depuis à la loi et de l'évolution de la jurisprudence. L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger établit un juste équilibre entre le droit au contre-interrogatoire en tant qu'élément du droit à une défense pleine et entière, et l'intérêt du public dans l'utilisation équitable mais efficace des ressources judiciaires et le règlement diligent des instances criminelles. Bien que le droit de contre-interroger revête incontestablement une importance fondamentale dans les procès criminels, il n'est ni illimité ni absolu. La mesure dans laquelle il devient un complément indispensable du droit à une défense pleine et entière dépend du contexte. Le droit de l'accusé à une communication complète est un facteur contextuel important. La défense a non seulement accès à tous les documents relatifs à l'autorisation, elle a aussi droit à tous les documents potentiellement pertinents en la possession du ministère public ou relevant de lui. La distinction importante entre le droit de vérifier au fond la validité de la preuve présentée au procès et l'audition préliminaire de la preuve pour déterminer l'admissibilité de celle-ci constitue un autre facteur contextuel pertinent. L'audience en révision de type *Garofoli* n'a pas pour objet de vérifier le bien-fondé de l'une ou l'autre des allégations du ministère public concernant l'infraction. La véracité des allégations relatives aux éléments essentiels de l'infraction contenues dans l'affidavit reste à être prouvée par le ministère public au procès proprement dit. Au contraire, cette révision n'est qu'une simple audition de la preuve en vue de déterminer l'admissibilité de la preuve pertinente relative à l'infraction obtenue en vertu d'une ordonnance du tribunal présumée valide. Les conditions légales préalables qui doivent être respectées pour obtenir une autorisation d'écoute électronique varient selon le libellé de la disposition en régissant la délivrance. La seule question que se pose le juge siégeant en révision à l'occasion d'une audience de type *Garofoli* est de savoir s'il existait des motifs qui permettaient au juge ayant accordé l'autorisation d'être convaincu de la présence des conditions légales préalables pertinentes. Les motifs justifiant l'exclusion sont donc relativement restreints. Même s'il est établi que les renseignements contenus dans l'affidavit sont inexacts, ou qu'un fait substantiel n'a pas été communiqué, cela ne réfutera pas nécessairement la

s. 8 if there remains a sufficient basis for issuance of the authorization. [3] [25-30]

In the circumstances of this case, the trial judge did not err in denying the accused leave to cross-examine the affiant. There was no reasonable likelihood that cross-examination would elicit evidence of any probative value to the issue for consideration on a review of the authorization. The material issue for consideration on the *voir dire* in this case is whether at the time of granting the authorization there existed, on an objective basis, reasonable grounds to believe that: (a) an offence was or will be committed and (b) information concerning the offence will be obtained by the proposed interception. There is no contention that the information provided to the affiant by M, if reasonably credible, is insufficient to establish the requisite grounds. Although the affiant's own credibility may be material on a *Garofoli* hearing, the proposed cross-examination could, at best, reveal that the affiant overstated the potential value of polygraph results in support of his belief in M's truthfulness. This is insufficient to meet the *Garofoli* threshold. [4] [61-68]

The threshold test for determining whether cross-examination should be allowed is separate and distinct from the ultimate question of whether the authorization is valid. Hence, in determining whether the threshold test has been met, the trial judge cannot decide the question simply on the basis that other parts of the affidavit would support the authorization. The focus, rather, must be on the likely effect of the proposed cross-examination and on whether there is a reasonable likelihood that it will undermine the basis of the authorization. If the test is met, it is only at the conclusion of the *voir dire* that the trial judge will determine whether, on the basis of the amplified record, there still remains a basis for the authorization. However, the trial judge's apparent collapse of the two tests was of no consequence in this case. [69]

Cases Cited

Applied: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, aff'd [1980] 1 S.C.R. 785 (*sub nom. Charette v. The Queen*); *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Bordage* (2000), 146 C.C.C. (3d) 549; *R. v.*

présence des conditions légales préalables. En dernière analyse, l'admissibilité de la preuve d'écoute électronique ne sera aucunement affectée par l'art. 8 s'il subsiste un fondement suffisant pour justifier la délivrance de l'autorisation. [3] [25-30]

Dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant aux accusés la permission de contre-interroger le déposant. Il n'existait aucune probabilité raisonnable qu'un contre-interrogatoire apporte un élément de preuve probant quant à la question soulevée dans le cadre d'une révision de l'autorisation. En l'espèce, la question substantielle à examiner dans le voir-dire est de savoir s'il existait objectivement, au moment où l'autorisation a été accordée, des motifs raisonnables de croire : a) qu'une infraction avait été ou serait commise; b) que des renseignements relatifs à l'infraction seraient obtenus au moyen de l'interception envisagée. Nul ne prétend que les renseignements fournis au déposant par M, s'ils sont raisonnablement crédibles, ne suffisent pas à établir l'existence des motifs requis. Quoique la crédibilité du déposant lui-même puisse être déterminante à l'occasion d'une audience de type *Garofoli*, le contre-interrogatoire projeté pouvait tout au plus révéler que le déposant avait surestimé la valeur potentielle des résultats du test polygraphique à l'appui de sa croyance en la franchise de M. Cela ne suffit pas pour satisfaire au critère de l'arrêt *Garofoli*. [4] [61-68]

Le critère préliminaire applicable pour décider s'il y a lieu de permettre le contre-interrogatoire est distinct de la question ultime de la validité de l'autorisation. En conséquence, pour déterminer si le critère préliminaire a été respecté, le juge du procès ne peut se contenter de vérifier si les autres parties de l'affidavit auraient étayé l'autorisation. Il doit s'attacher à l'effet probable du contre-interrogatoire projeté et à la probabilité raisonnable que celui-ci sape le fondement de l'autorisation. Si le critère est respecté, ce n'est qu'à la fin du voir-dire que le juge du procès déterminera, sur la base d'un dossier étoffé par un complément de preuve, s'il reste un fondement à l'autorisation. Toutefois, la fusion des deux critères qu'a apparemment opérée le juge du procès n'a aucune incidence en l'espèce. [69]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés :** *R. c. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, conf. par [1980] 1 R.C.S. 785 (*sub nom. Charette c. La Reine*); *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Bordage*, [2000]

Araujo, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xvi; *R. v. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414; *R. v. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(2)(a), 178.12(1)(e), 178.13(2)(c), 178.16.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 184.2, 185, 187(1.4), 189(5), 254(3), 276(1), 278.2.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Southin and Newbury J.J.A.) (2004), 193 B.C.A.C. 42, 316 W.A.C. 42, 183 C.C.C. (3d) 232, 116 C.R.R. (2d) 100, [2004] B.C.J. No. 83 (QL), 2004 BCCA 33, upholding the accused's convictions on conspiracy and drug-related charges. Appeals dismissed.

Kenneth S. Westlake and Eric V. Gottardi, for the appellant Pires.

Gregory P. DelBigio, for the appellant Lising.

S. David Frankel, Q.C., and *Ronald C. Reimer*, for the respondent.

Alexander D. Smith and Scott C. Hutchison, for the intervener the Attorney General of Ontario.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Michael Code, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

The appellants were convicted of several drug-related charges. Their trial before judge and jury

J.Q. n° 2045 (QL); *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193, autorisation d'appel refusée, [1997] 2 R.C.S. xvi; *R. c. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414; *R. c. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 184.2, 185, 187(1.4), 189(5), 254(3), 276(1), 278.2.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(2)(a), 178.12(1)(e), 178.13(2)(c), 178.16.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Southin et Newbury) (2004), 193 B.C.A.C. 42, 316 W.A.C. 42, 183 C.C.C. (3d) 232, 116 C.R.R. (2d) 100, [2004] B.C.J. No. 83 (QL), 2004 BCCA 33, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés relativement à des accusations de complot et à des infractions liées à la drogue. Pourvois rejetés.

Kenneth S. Westlake et Eric V. Gottardi, pour l'appelant Pires.

Gregory P. DelBigio, pour l'appelant Lising.

S. David Frankel, c.r., et *Ronald C. Reimer*, pour l'intimée.

Alexander D. Smith et Scott C. Hutchison, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Michael Code, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

Les appelants ont été déclarés coupables relativement à plusieurs chefs d'accusation liés à la

occupied 77 days. The sole issue on this appeal is whether the appellants were wrongfully denied leave to cross-examine the affiant who filed in support of the first of several wiretap authorizations utilized during the investigation. The appellants sought leave to cross-examine the peace officer in support of their challenge to the admissibility of the wiretap evidence obtained pursuant to the judicial authorization. The trial judge, applying the law set out in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, held that the appellants had not made out a basis for the cross-examination. He dismissed their application to cross-examine the peace officer and, at the conclusion of the hearing, confirmed the validity of the authorization. His ruling was affirmed on appeal ((2004), 193 B.C.A.C. 42, 2004 BCCA 33).

2

The appellants urge this Court to abandon the approach adopted in *Garofoli* and to hold that an accused, on a challenge to the admissibility of wiretap evidence, is entitled as of right to cross-examine the affiant who filed in support of the authorization. They submit that the *Garofoli* leave requirement is no longer justified and constitutes an unconstitutional limitation on the right to make full answer and defence. Alternatively, they submit that the courts below interpreted the *Garofoli* standard too strictly in denying them leave to cross-examine the affiant even though, in the opinion of the trial judge, part of the affidavit contained what “appear[ed] to be” misleading evidence.

3

There is no question that the right to cross-examine is of fundamental significance to the criminal trial process. However, it is neither unlimited nor absolute. The extent to which it becomes a necessary adjunct to the right to make full answer and defence depends on the context. The *Garofoli* threshold test requires that the defence show a reasonable likelihood that cross-examination of the affiant will elicit testimony of probative value to the issue for consideration by the reviewing judge.

drogue. Leur procès devant juge et jury a duré 77 jours. La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les appelants se sont vu refuser à tort la permission de contre-interroger le déposant qui avait souscrit l'affidavit à l'appui de la première d'une série d'autorisations d'écoute électronique utilisées durant l'enquête. Les appelants souhaitaient contre-interroger l'agent de la paix pour appuyer leur contestation de l'admissibilité de la preuve obtenue par écoute électronique grâce à l'autorisation judiciaire. Appliquant les règles énoncées dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, le juge du procès a conclu que les appelants n'avaient pas établi de fondement justifiant le contre-interrogatoire. Il leur a refusé le droit de contre-interroger l'agent de la paix et a confirmé, au terme de l'audience, la validité de l'autorisation. Sa décision a été confirmée en appel ((2004), 193 B.C.A.C. 42, 2004 BCCA 33).

Les appelants invitent notre Cour à abandonner l'approche adoptée dans l'arrêt *Garofoli* et à statuer que, en cas de contestation de l'admissibilité d'une preuve obtenue par écoute électronique, l'accusé peut de plein droit contre-interroger le déposant qui a témoigné à l'appui de la demande d'autorisation. D'une part, ils prétendent que l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger prescrite dans *Garofoli* n'est plus justifiée et constitue une restriction inconstitutionnelle du droit à une défense pleine et entière. D'autre part, ils font valoir que les juridictions inférieures ont interprété trop strictement la norme fixée dans l'arrêt *Garofoli* en leur refusant le droit de contre-interroger le déposant, et ce, même si selon le juge du procès une partie de l'affidavit contenait ce qui [TRADUCTION] « sembl[ait] être » des éléments de preuve trompeurs.

Le droit de contre-interroger revêt incontestablement une importance fondamentale dans les procès criminels. Cependant, ce droit n'est ni illimité ni absolu. La mesure dans laquelle il devient un complément indispensable du droit à une défense pleine et entière dépend du contexte. Selon le critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Garofoli*, la défense doit démontrer qu'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du déposant apporte un témoignage probant à l'égard de la question soumise

It is grounded in two basic principles of evidence: relevance and materiality. It is also born out of concerns about the proximity of proceedings and, in many cases, the need to protect the identity of informants. The rule does not infringe the right to make full answer and defence. There is no constitutional right to adduce irrelevant or immaterial evidence. Further, the leave requirement strikes an appropriate balance between the entitlement to cross-examination as an aspect of the right to make full answer and defence, and the public interest in the fair, but efficient, use of judicial resources and the timely determination of criminal proceedings.

I therefore conclude that the *Garofoli* threshold test meets constitutional standards. Further, I am not persuaded that the trial judge erred in denying the appellants leave to cross-examine the affiant in the circumstances of this case. I would therefore dismiss the appeal.

I will first review the principles established in *Garofoli*. Next, I will deal with the alleged unconstitutionality of the leave requirement. Finally, I will review the proceedings below and give my reasons for concluding that this Court should not intervene with the trial judge's ruling.

2. The *Garofoli* Leave Requirement

In the years leading up to *Garofoli* and its companion cases, the law with respect to testing the admissibility of wiretap evidence had become what Sopinka J. described as a "procedural quagmire" (*Garofoli*, at p. 1445). The various procedures, each addressing a discrete procedural challenge and drawing on different bases for jurisdiction, had generally become known by the name of the cases that initiated them. They were the following:

à l'appréciation du juge siégeant en révision. Ce critère repose sur deux principes de base en matière de preuve : la pertinence et le caractère substantiel. Il découle également de préoccupations relatives à la longueur des procédures et, dans bien des cas, à la nécessité de protéger l'identité des informateurs. La règle ne porte pas atteinte au droit à une défense pleine et entière. Il n'existe aucun droit constitutionnel de produire des éléments de preuve non pertinents ou non substantiels. En outre, l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger établit un juste équilibre entre le droit au contre-interrogatoire en tant qu'élément du droit à une défense pleine et entière, et l'intérêt du public dans l'utilisation équitable mais efficace des ressources judiciaires et le règlement diligent des instances criminelles.

Je conclus donc que le critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Garofoli* est conforme aux normes constitutionnelles. De plus, je ne suis pas convaincue que, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en refusant aux appelants la permission de contre-interroger le déposant. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

J'analyserai d'abord les principes établis dans l'arrêt *Garofoli*. Je me pencherai ensuite sur l'argument relatif à l'inconstitutionnalité de l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger. Enfin, j'examinerai les procédures qui ont eu lieu devant les juridictions inférieures et j'expliquerai pourquoi notre Cour ne devrait pas, à mon avis, modifier la décision du juge du procès.

2. L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger prescrite dans *Garofoli*

Dans les années ayant précédé l'arrêt *Garofoli* et les arrêts connexes, le droit en matière d'admissibilité de la preuve obtenue par écoute électronique était devenu, selon les termes du juge Sopinka, un « fouillis procédural » (*Garofoli*, p. 1445). Les diverses procédures, dont chacune concernait une contestation procédurale distincte et reposait sur des assises juridictionnelles différentes, portaient généralement le nom des affaires dans lesquelles elles avaient été engagées. Il s'agissait des procédures suivantes :

4

5

6

- | | |
|--|--|
| <p>(1) a <i>Parsons voir dire</i> before the trial judge to determine whether the authorization is valid on its face whether the interception was executed within its terms, and whether statutory terms were complied with, the remedy being exclusion under the former s. 178.16 of the <i>Criminal Code</i> (<i>R. v. Parsons</i> (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 785 (<i>sub nom. Charette v. The Queen</i>));</p> | <p>(1) un voir-dire de type <i>Parsons</i> devant le juge du procès pour déterminer si, à la lecture de son texte, l'autorisation est valide, si l'interception a été effectuée conformément aux modalités prévues et si les conditions prescrites par la loi ont été respectées, la réparation en cas de manquement étant l'exclusion en vertu de l'ancien art. 178.16 du <i>Code criminel</i> (<i>R. c. Parsons</i> (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.), conf. par [1980] 1 R.C.S. 785 (<i>sub nom. Charette c. La Reine</i>));</p> |
| <p>(2) a <i>Wilson</i> application before the issuing court to determine the substantive or subfacial validity of the affidavit, the remedy being the setting aside of the authorization (<i>Wilson v. The Queen</i>, [1983] 2 S.C.R. 594);</p> | <p>(2) une demande de type <i>Wilson</i> devant le tribunal ayant accordé l'autorisation pour déterminer si l'affidavit est valide quant au fond, la réparation étant l'annulation de l'autorisation (<i>Wilson c. La Reine</i>, [1983] 2 R.C.S. 594);</p> |
| <p>(3) a <i>Garofoli</i> hearing before the trial judge to determine whether the authorization complies with s. 8 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>, the remedy being a determination of whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the <i>Charter</i>; and</p> | <p>(3) une audience de type <i>Garofoli</i> devant le juge du procès pour déterminer si l'autorisation est conforme à l'art. 8 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, la réparation étant une décision concernant l'opportunité d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2) de la <i>Charte</i>;</p> |
| <p>(4) a <i>Vanweenan</i> hearing before the trial judge to determine whether the authorization names all "known" persons as required by the former ss. 178.12(1)(e) and 178.13(2)(c) of the <i>Criminal Code</i>, the remedy being exclusion under the former s. 178.16 (<i>R. v. Chesson</i>, [1988] 2 S.C.R. 148).</p> | <p>(4) une audience de type <i>Vanweenan</i> devant le juge du procès pour déterminer si l'autorisation identifie toutes les personnes « connues », comme l'exigeaient les anciens al. 178.12(1)e) et 178.13(2)c) du <i>Code criminel</i>, la réparation étant l'exclusion en vertu de l'ancien art. 178.16 (<i>R. c. Chesson</i>, [1988] 2 R.C.S. 148).</p> |

7 This Court in *Garofoli* consolidated these hearings, wiping away much of the complexity created by the earlier litigation, by using the overriding constitutional nature of the challenge to the admissibility of the evidence as the relevant framework of analysis. In adopting this approach, jurisdictional issues were resolved and any court authorized to entertain a *Charter* challenge has jurisdiction to conduct a full substantive review of the authorization.

Dans l'arrêt *Garofoli*, notre Cour a regroupé ces procédures et éliminé une bonne partie de la complexité engendrée par la jurisprudence antérieure en se servant du caractère constitutionnel prépondérant de la contestation de l'admissibilité de la preuve comme cadre d'analyse pertinent. Cette approche a permis de résoudre les questions de compétence, de sorte que tout tribunal habilité à connaître d'une contestation fondée sur la *Charte* a désormais compétence pour procéder à un examen au fond complet de l'autorisation.

8 The admissibility of wiretap evidence is therefore governed by the following principles.

L'admissibilité de la preuve recueillie par écoute électronique est donc régie par les principes suivants.

- (1) Wiretaps constitute a search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* (*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30). Therefore, the statutory provisions authorizing them must conform to the minimum constitutional requirements demanded by s. 8.

In *Duarte*, at p. 60 the Court held that the wiretap provision of the *Criminal Code* authorizing the interception of private communications under judicial authorization (the former s. 178.12, now s. 185 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46), was consonant with the rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*. However, the Court held that the interception of private communications by the state, with the consent of the originator or intended recipient thereof but without prior judicial authorization, infringed s. 8. In response to *Duarte*, s. 184.2 was enacted permitting the interception of private communications with the consent of a participant under judicial authorization. As will be discussed later, the authorization in this case was obtained under s. 184.2. The appellants challenged the constitutionality of s. 184.2 at trial; the trial judge rejected their argument and his ruling was not challenged on appeal.

- (2) Without substantive compliance with the statutory regime, the wiretap is illegal and, given the consonance between the statutory provisions and the constitutional requirements, also unconstitutional.

The statutory preconditions for wiretap authorizations will vary depending on the language of the provision that governs their issuance. The application for an authorization is made *ex parte* and in writing to a judge. The authorizing judge must be satisfied on the basis of affidavit evidence that the applicable statutory conditions have been met.

- (3) When an accused later asserts that the wiretap infringed his s. 8 *Charter* right, the reviewing judge must determine whether the interception constitutes an unreasonable search or seizure.

- (1) L'écoute électronique constitue une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30). En conséquence, les dispositions législatives en vertu desquelles elle est autorisée doivent respecter les exigences constitutionnelles minimales de l'art. 8.

Dans l'arrêt *Duarte*, p. 60, la Cour a conclu que la disposition du *Code criminel* permettant l'interception de communications privées en vertu d'une autorisation judiciaire (l'ancien art. 178.12, devenu l'art. 185 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46), était conforme aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Elle a toutefois statué que l'interception de communications privées par l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle elle est destinée mais sans autorisation judiciaire préalable, violait l'art. 8. Par suite de l'arrêt *Duarte*, l'art. 184.2 a été adopté pour permettre l'interception de communications privées avec le consentement d'un des interlocuteurs sur autorisation judiciaire. Comme nous le verrons plus loin, l'autorisation a en l'espèce été obtenue en vertu de l'art. 184.2. Au procès, les appelants ont contesté la constitutionnalité de cette disposition; le juge du procès a rejeté leur argument, et sa décision n'a pas été contestée en appel.

- (2) Si elle n'est pas conforme pour l'essentiel au régime établi par la loi, l'écoute électronique est illégale et, vu la correspondance entre les dispositions législatives et les exigences constitutionnelles, elle est également inconstitutionnelle.

Les conditions légales préalables à la délivrance d'une autorisation d'écoute électronique varient selon le libellé de la disposition pertinente. Les demandes d'autorisation sont présentées *ex parte* et par écrit à un juge, lequel doit être convaincu, sur la foi d'une preuve par affidavit, que les conditions prescrites par la loi sont remplies.

- (3) Lorsque l'accusé soutient par la suite que l'écoute électronique a porté atteinte au droit que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*, le juge siégeant en révision doit déterminer si

This involves an inquiry into whether the statutory preconditions have been met.

The review is based on the documents relating to the authorization (available to the defence upon request under s. 187(1.4) of the *Criminal Code*) and the submissions of counsel. Further evidence may be adduced at the review hearing. If the reviewing judge concludes that, on the material before the authorizing judge as amplified by any evidence taken on review, there was no basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the preconditions for the granting of the authorization existed, the reviewing judge will conclude that the search or seizure contravened s. 8 of the *Charter*. The review is not a hearing *de novo*. The proper standard of review was explained in *Garofoli* as follows:

The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere. In this process, the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence are all relevant, but, rather than being a prerequisite to review, their sole impact is to determine whether there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge. [p. 1452]

- (4) In cases where the wiretap contravened s. 8 of the *Charter*, the reviewing judge determines whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

The absolute statutory exclusionary rule in the former s. 178.16 avoided any need to address s. 24(2). The automatic statutory exclusion has since been repealed in 1993 and any remedy resulting from a finding of unconstitutionality must be determined in accordance with s. 24(2) of the *Charter*. The appellants rely in part on these 1993 amendments in support of their contention that *Garofoli* should be revisited. I will deal with this argument later.

l'interception constitue une perquisition ou une saisie abusive, ce qui implique de vérifier s'il y a eu respect des conditions légales préalables.

La révision porte sur les documents relatifs à l'autorisation (que la défense peut obtenir sur demande suivant le par. 187(1.4) du *Code criminel*) et les observations des avocats, ainsi que sur les éléments de preuve additionnels qui peuvent y être présentés. Si le juge qui préside l'audience estime que, vu les documents dont disposait le juge ayant accordé l'autorisation et le complément de preuve présenté, rien ne permettait d'établir la présence des conditions préalables à la délivrance de l'autorisation, il conclura que la fouille, perquisition ou saisie contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*. La révision ne constitue pas une nouvelle audition de la demande. La norme de contrôle applicable a été expliquée comme suit dans l'arrêt *Garofoli* :

Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision, conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. Dans ce processus, la fraude, la non-divulgaration, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve sont tous des aspects pertinents, mais au lieu d'être nécessaires à la révision leur seul effet est d'aider à décider s'il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l'autorisation. [p. 1452]

- (4) Dans les cas où il estime que l'écoute électronique contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*, le juge siégeant en révision décide si la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

La règle d'exclusion absolue que comportait l'ancien art. 178.16 rendait inutile l'examen fondé sur le par. 24(2). L'exclusion automatique a été abrogée en 1993, et toute réparation découlant d'une conclusion d'inconstitutionnalité doit désormais être déterminée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Les appelants se fondent en partie sur ces modifications de 1993 pour étayer leur prétention selon laquelle il convient de revoir l'arrêt *Garofoli*. J'examinerai cet argument plus loin.

It is within this overarching review of the “procedural quagmire” that the cross-examination issue was considered in *Garofoli*. In *Garofoli*, as in this case, the defence argued that an accused on a review hearing was entitled, as of right, to cross-examine the affiant who filed in support of a judicial authorization. The Crown, on the other hand, relying on the leading authority of *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), at pp. 155-56, contended that an accused must first make “a substantial preliminary showing that a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth, was included by the affiant in the warrant affidavit”. This Court resolved the issue by adopting a middle ground between the two competing positions advanced by the parties.

A majority of the Court rejected the restrictive American approach. Subject to the protection of the identity of informants and the concern with respect to the prolongation of proceedings, Sopinka J. saw no reason for such a drastic curtailment of the right to cross-examine. The defence position was also rejected. With respect to informants, the Court held that there is no right to cross-examine. The informant is not a witness and, in the case of a confidential informant, cannot be identified unless the accused brings himself within the “innocence at stake” exception. With respect to the affiant, the Court recognized the need to circumscribe the cross-examination within reasonable limits. First, there would need to be a threshold showing of a basis for embarking on an enquiry and second, when permitted, the cross-examination should be confined to questions directed to the issue for consideration by the court. Sopinka J. described the test as follows:

With respect to prolixity, I am in favour of placing reasonable limitations on the cross-examination. Leave must be obtained to cross-examine. The granting of leave must be left to the exercise of the discretion of the trial judge. Leave should be granted when the trial judge is satisfied that cross-examination is necessary to

C’est dans le cadre de cette revue complète du « fouillis procédural » que la question du contre-interrogatoire a été examinée dans *Garofoli*. Dans cette affaire, tout comme en l’espèce, la défense avait fait valoir que, dans le cadre d’une audience en révision, l’accusé pouvait contre-interroger de plein droit le déposant ayant souscrit l’affidavit à l’appui d’une demande d’autorisation judiciaire. S’appuyant sur l’arrêt de principe *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), p. 155-156, le ministre public avait soutenu pour sa part que l’accusé devait d’abord faire [TRADUCTION] « une solide démonstration préliminaire que le déposant avait fait une fausse déclaration dans l’affidavit relatif au mandat, et ce, sciemment et volontairement ou en manifestant une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vérité ». Notre Cour a résolu la question en établissant un moyen terme entre les deux positions opposées défendues par les parties.

Les juges majoritaires de la Cour ont rejeté l’approche restrictive américaine. Sous réserve de la protection de l’identité des informateurs et des préoccupations relatives à la prolongation des procédures, le juge Sopinka ne voyait aucune raison de restreindre si sévèrement le droit de contre-interroger. La position de la défense a également été rejetée. S’agissant des informateurs, la Cour a conclu qu’il n’existe aucun droit de les contre-interroger. L’informateur n’est pas un témoin et on ne peut, dans le cas d’un informateur confidentiel, l’identifier à moins que ne s’applique l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». Pour ce qui est du déposant, la Cour a reconnu la nécessité de circonscrire le contre-interrogatoire à l’intérieur de limites raisonnables. D’abord, il devait y avoir une démonstration préalable de l’existence de motifs justifiant une enquête, ensuite, une fois autorisé, le contre-interrogatoire devait se limiter aux questions touchant au point soumis à l’appréciation du tribunal. Le juge Sopinka a décrit ainsi le critère :

Quant à l’argument de la longueur du contre-interrogatoire, je suis en faveur de limites raisonnables. Il faut obtenir l’autorisation de contre-interroger. Cette autorisation relève de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et devrait être accordée lorsqu’il est convaincu que le contre-interrogatoire est nécessaire

enable the accused to make full answer and defence. A basis must be shown by the accused for the view that the cross-examination will elicit testimony tending to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization, as for example the existence of reasonable and probable grounds.

When permitted, the cross-examination should be limited by the trial judge to questions that are directed to establish that there was no basis upon which the authorization could have been granted. The discretion of the trial judge should not be interfered with on appeal except in cases in which it has not been judicially exercised. While leave to cross-examine is not the general rule, it is justified in these circumstances in order to prevent an abuse of what is essentially a ruling on the admissibility of evidence. [p. 1465]

3. Constitutionality of the Leave Requirement

3.1 *The Appellants' Argument*

11 As noted earlier, the appellants contend that the *Garofoli* requirement of showing a basis for the cross-examination of an affiant is no longer justifiable and that cross-examination should be permitted as of right. They advance three main arguments in support of their position. I will deal with each in turn.

3.1.1 Have the 1993 *Criminal Code* Amendments Changed the Legal Landscape?

12 First, the appellants contend that the current regime under Part VI of the *Criminal Code* is “quite different” from the statutory scheme that was in place when *Garofoli* was decided. Under the previous statutory scheme, the general rule in respect of wiretap evidence was exclusionary. The evidence was *inadmissible* unless the Crown could bring it within one of the statutory exceptions and show that “the interception was lawfully made”. Hence, if the wiretap did not meet the statutory preconditions, the evidence could not be admitted against the accused. Under the present regime, it is the accused who bears the burden on a s. 24 *Charter* application of proving that his rights were violated and the remedy, rather than being an

pour permettre à l'accusé de préparer une défense complète. L'accusé doit démontrer qu'il y a des motifs de penser que le contre-interrogatoire apportera un témoignage tendant à réfuter la présence d'une des conditions préalables à l'autorisation, dont par exemple l'existence de motifs raisonnables et probables.

Une fois autorisé, le contre-interrogatoire devrait être limité par le juge du procès aux questions qui visent à établir qu'il n'y avait aucun fondement justifiant la délivrance de l'autorisation. Il conviendrait de ne pas intervenir en appel dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf dans les cas où il n'a pas été exercé de façon judiciaire. Bien que l'autorisation de contre-interroger ne soit pas la règle générale, elle est justifiée dans ces circonstances pour prévenir un abus de ce qui équivaut essentiellement à une décision sur la recevabilité de la preuve. [p. 1465]

3. Constitutionnalité de l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger

3.1 *L'argumentation des appelants*

Comme nous l'avons vu, les appelants affirment que l'obligation, prescrite dans *Garofoli*, de démontrer qu'il existe des motifs de contre-interroger un déposant n'est plus justifiée, et qu'on devrait pouvoir procéder de plein droit à ce contre-interrogatoire. Ils invoquent trois arguments principaux à l'appui de leur position. Je vais les examiner à tour de rôle.

3.1.1 Les modifications apportées au *Code criminel* en 1993 ont-elles remodelé le cadre juridique?

Premièrement, les appelants soutiennent que le régime actuel, prévu à la partie VI du *Code criminel*, est [TRADUCTION] « très différent » du régime législatif qui était en vigueur au moment où l'arrêt *Garofoli* a été prononcé. Sous l'ancien régime, l'exclusion était la règle générale en matière d'écoute électronique. La preuve était *inadmissible* à moins que le ministère public ne prouve qu'elle relevait d'une des exceptions prévues par la loi et ne démontre que « l'interception [avait] été faite légalement ». Ainsi, si l'écoute électronique ne satisfaisait pas aux conditions préalables prévues par la loi, la preuve ne pouvait être admise contre l'accusé. Dans le régime actuel, c'est l'accusé qui, dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 24 de la

automatic exclusion, is left to be determined under s. 24(2) of the *Charter*. The appellants argue that the repeal of the former exclusionary rule has effectively shifted the onus in relation to the admissibility of wiretap evidence from the Crown to the accused. Hence they submit that under the current statutory scheme, where the accused bears the onus of proof, it is inconsistent with the right to make full answer and defence that the accused also bear an evidentiary burden to demonstrate that the cross-examination of the affiant on the supporting affidavit is necessary.

I am not persuaded by this argument. As I will explain, the alleged effect of these amendments on who bears the ultimate onus of proof in respect of the admissibility of the evidence is more illusory than real.

The repeal of the “lawful interception” statutory precondition to the admissibility of the intercepted communications removed the need for the Crown to prove two of the three matters which had been the subject of the *Parsons voir dire*: the facial validity of the authorization, and whether it had been implemented in accordance with its terms (see *Garofoli*, p. 1445). (The obligation to prove reasonable notice of the intention to introduce the evidence remains by virtue of s. 189(5) of the *Criminal Code*.)

Insofar as the facial validity of the authorization is concerned, the 1993 amendments have no real practical effect on the accused’s onus. The first question to be determined on a *Charter* challenge is whether the search is authorized by law. In order to answer this question, the reviewing judge must determine whether the *Criminal Code* provisions have been satisfied. While the accused bears the onus of proving the alleged *Charter* violation, in answer to the accused’s challenge, the evidentiary burden of producing a facially valid authorization will inevitably remain on the Crown, failing which the accused will have met his persuasive burden on this point with ease.

Charte, a le fardeau de prouver qu’on a porté atteinte à ses droits, et la réparation, au lieu d’être l’exclusion automatique, doit être déterminée au regard du par. 24(2) de la *Charte*. Les appelants font valoir que l’abrogation de l’ancienne règle d’exclusion a eu pour effet de déplacer — du ministère public à l’accusé — le fardeau en matière d’admissibilité de la preuve d’écoute électronique. En conséquence, ils affirment que sous le régime législatif actuel, où le fardeau de la preuve incombe à l’accusé, lui faire porter également le fardeau de démontrer la nécessité de contre-interroger le déposant relativement à son affidavit est incompatible avec le droit à une défense pleine et entière.

Cet argument ne me convainc pas. Comme je l’explique plus loin, le prétendu effet de ces modifications sur le fardeau ultime en matière d’admissibilité de la preuve est plus illusoire que réel.

La suppression de l’« interception légale » comme condition préalable à l’admissibilité des communications interceptées a fait disparaître la nécessité pour le ministère public de prouver deux des trois éléments qui faisaient l’objet du voir-dire de type *Parsons* : la validité apparente de l’autorisation et le respect de ses modalités d’exécution (voir *Garofoli*, p. 1445). (L’obligation de prouver qu’un préavis raisonnable de l’intention de produire l’élément de preuve a été donné demeure en vertu du par. 189(5) du *Code criminel*.)

Pour ce qui est de la validité apparente de l’autorisation, les modifications de 1993 n’ont aucune incidence concrète sur le fardeau de preuve de l’accusé. La première question qui se pose dans une contestation fondée sur la *Charte* est de savoir si la fouille ou perquisition est autorisée par la loi. Pour répondre à cette question, le juge siégeant en révision doit décider si les dispositions du *Code criminel* ont été respectées. Alors que l’accusé est tenu de prouver la violation de la *Charte* qu’il invoque, il revient inévitablement au ministère public d’établir la validité apparente de l’autorisation pour répondre à la contestation de l’accusé, faute de quoi l’accusé se sera facilement acquitté de sa charge de persuasion sur ce point.

13

14

15

16 The second amendment (removing the need to prove as a precondition for admissibility that the authorization was implemented according to its terms) can have no bearing on whether cross-examination of the affiant ought to be permitted. The affidavit filed in support of the authorization will necessarily relate to the period of time *preceding* the application for an authorization, not its implementation. Hence, cross-examination on the affidavit would not assist the accused on this point.

17 The manner in which the authorization was implemented, of course, is still subject to inquiry by the reviewing court on a *Charter* challenge. In order to be reasonable and hence constitutional, the search must not only be made in accordance with legal authority that is itself reasonable, it must be carried out in a reasonable manner: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. However, on this question of whether the authorization was implemented in a reasonable manner, the defence is not left empty-handed as a result of the 1993 *Code* amendments. As the Crown aptly points out, the more significant post-*Garofoli* development is the comprehensive disclosure of investigative materials now required by *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. *Stinchcombe* mandates a level of investigative transparency such that it provides the accused with the relevant evidence on how the authorization was implemented, as well as other details of the investigation. This development can only have enhanced the accused's ability to meet the *Garofoli* threshold requirement for cross-examination.

18 Finally, there is nothing in the Court's reasoning in *Garofoli* suggesting that the automatic exclusionary rule in existence at the time influenced the decision to impose a threshold requirement for an evidentiary hearing. It is also relevant to note that the automatic exclusionary rule under the former regime was not absolute. The

La deuxième modification (éliminant la nécessité de prouver, comme condition préalable à l'admissibilité, que l'autorisation a été exécutée conformément à ses modalités) ne peut aucunement influencer sur la question de savoir s'il convient de permettre le contre-interrogatoire du déposant. L'affidavit déposé à l'appui de l'autorisation se rapporte nécessairement à la période *précédant* la demande d'autorisation, et non à son exécution. Un contre-interrogatoire sur l'affidavit ne serait donc d'aucune utilité à l'accusé sur ce point.

La manière dont l'autorisation a été exécutée peut évidemment, dans le cadre d'une contestation fondée sur la *Charte*, être examinée par le tribunal de révision. Pour être jugée raisonnable, et donc constitutionnelle, la fouille ou perquisition doit non seulement avoir été menée conformément à un pouvoir légal qui soit lui-même raisonnable, mais elle doit aussi avoir été effectuée d'une manière raisonnable : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En ce qui concerne la question de savoir si l'autorisation a été exécutée d'une manière raisonnable, les modifications apportées au *Code* en 1993 n'ont pas laissé la défense les mains vides. Comme le ministère public le souligne si justement, le progrès le plus important survenu dans la foulée de l'arrêt *Garofoli* tient au fait qu'il est désormais nécessaire, par suite de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, de procéder à une communication complète des documents d'enquête. L'arrêt *Stinchcombe* impose à ce chapitre un degré de transparence si élevé qu'il met à la disposition de l'accusé les éléments de preuve pertinents quant à la manière dont l'autorisation a été exécutée, ainsi que d'autres détails de l'enquête. Ce progrès n'a pu qu'accroître la capacité de l'accusé de satisfaire à l'exigence préliminaire établie dans l'arrêt *Garofoli* en matière de contre-interrogatoire.

Enfin, rien dans le raisonnement de notre Cour dans *Garofoli* ne permet d'affirmer que la règle d'exclusion automatique qui existait alors a influé sur la décision d'imposer une exigence préliminaire en matière d'audition de la preuve. Soulignons également que la règle d'exclusion automatique en vigueur sous l'ancien régime

evidence could nonetheless be admitted where the judge was of the opinion that it was relevant to an issue in the proceedings and was inadmissible by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure that was not substantive in nature: see former s. 178.16(3). Further, evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by the interception of a private communication was not inadmissible by reason only that the private communication itself was inadmissible in evidence: former s. 178.16(1).

I therefore conclude that the appellants' contention that the 1993 amendments to the *Criminal Code* had "a significant and lasting impact on the ability of accused persons to challenge the substantial validity of wiretap authorizations" cannot be accepted.

3.1.2 Does the Statutory Authorization Process Provide Adequate Procedural Safeguards?

Second, the appellants contend that the *ex parte* and *in camera* wiretap authorization process lacks sufficient procedural safeguards and that the procedure in Part VI of the *Criminal Code* (containing the provisions on invasion of privacy) does not strike the appropriate balance between the individual's privacy interest and the public's interest in crime detection. Hence, they submit that allowing an applicant to cross-examine, as a matter of right, the deponent of an affidavit filed in support of the wiretap authorization would provide a further counterbalance and enhance the appearance of fairness.

In essence, this aspect of the appellants' argument strikes at the constitutionality of the entire statutory scheme authorizing the interception of private communications. In general terms, prior judicial authorization may be obtained for "traditional" third-party surveillance and, since 1993, for "participant" or "consent" surveillance, i.e., interception of communications with

n'était pas absolue. L'élément de preuve était tout de même admissible si le juge était d'avis qu'il était pertinent à l'égard d'une question soulevée dans l'instance et que son inadmissibilité tenait uniquement à un vice de forme ou de procédure de nature non substantielle : voir l'ancien par. 178.16(3). De plus, les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée n'étaient pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'était : ancien par. 178.16(1).

Je conclus donc que la prétention des appelants selon laquelle les modifications apportées au *Code criminel* en 1993 ont eu [TRADUCTION] « un effet important et durable sur la capacité des accusés de contester la validité quant au fond des autorisations d'écoute électronique » ne peut être retenue.

3.1.2 Le processus d'autorisation prévu par la loi offre-t-il des garanties procédurales suffisantes?

Deuxièmement, les appelants soutiennent que le processus d'autorisation d'écoute électronique *ex parte* et à huis clos n'offre pas suffisamment de garanties procédurales, et que la procédure prévue à la partie VI du *Code criminel* (contenant les dispositions relatives aux atteintes à la vie privée) ne permet pas d'établir un juste équilibre entre le droit d'une personne au respect de sa vie privée et l'intérêt du public en matière de détection des crimes. Ils font donc valoir que permettre au demandeur de contre-interroger de plein droit le souscripteur d'un affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique ferait contrepoids et renforcerait l'apparence d'équité.

Essentiellement, cet aspect de l'argumentation des appelants touche à la constitutionnalité de l'ensemble du régime législatif autorisant l'interception de communications privées. De manière générale, une autorisation judiciaire préalable peut être obtenue à l'égard de la surveillance « traditionnelle » par un tiers et, depuis 1993, à l'égard de la surveillance « participative » ou

19

20

21

the consent of the originator or recipient of the communication. As noted earlier, the latter provisions allowing for participant surveillance under judicial authorization were enacted in answer to this Court's decision in *Duarte*. In *Garofoli*, the statutory requirements relating to traditional third-party surveillance were found to be identical to those demanded by s. 8 of the *Charter* and, hence, constitutional. The constitutionality of the participant surveillance provisions was upheld by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Bordage* (2000), 146 C.C.C. (3d) 549. At trial, the appellants attacked the constitutional validity of the participant surveillance provisions. It was not made clear before this Court on what basis they did so. However, their application was dismissed at trial and the issue was not pursued in the Court of Appeal or in their leave application before this Court. Therefore, to the extent that the appellants' argument purports to attack the constitutional validity of the underlying legislation, the question is not before us and I do not find it necessary to comment further on it.

22

I wish to note however that the appellants' description before this Court of the authorization process and the passive role of the authorizing judge in that process is inaccurate. On the role of the authorizing judge, the comments of LeBel J. in *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, bear repeating:

Thus, the authorizing judge stands as the guardian of the law and of the constitutional principles protecting privacy interests. The judge should not view himself or herself as a mere rubber stamp, but should take a close look at the material submitted by the applicant. He or she should not be reluctant to ask questions from the applicant, to discuss or to require more information or to narrow down the authorization requested if it seems too wide or too vague. The authorizing judge should grant the authorization only as far as need is demonstrated by the material submitted by the applicant. [para. 29]

« consensuelle », c.-à-d. l'interception de communications avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée. Comme je l'ai mentionné, les dispositions permettant la surveillance participative sur autorisation judiciaire ont été adoptées en réponse à l'arrêt *Duarte* de notre Cour. Dans *Garofoli*, les exigences légales applicables à la surveillance traditionnelle par un tiers ont été jugées identiques à celles imposées par l'art. 8 de la *Charte* et, de ce fait, constitutionnelles. La constitutionnalité des dispositions relatives à la surveillance participative a été maintenue par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Bordage*, [2000] J.Q. n° 2045 (QL). Au procès, les appelants ont contesté la constitutionnalité de ces dispositions. On n'a pas indiqué clairement à notre Cour sur quels fondements reposaient cette contestation. Leur demande a toutefois été rejetée au procès et la question n'a été reprise ni devant la Cour d'appel ni dans leur demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour. Par conséquent, dans la mesure où l'argumentation des appelants se veut une attaque contre la constitutionnalité de la législation sous-jacente, nous ne sommes pas saisis de la question et j'estime inutile de la commenter davantage.

Cependant, je tiens à souligner que la description que font les appelants du processus d'autorisation et du rôle passif que le juge est censé y jouer est inexacte. En ce qui concerne le rôle du juge saisi d'une telle demande, il convient de rappeler les commentaires formulés par le juge LeBel dans l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65 :

Le juge saisi d'une demande d'autorisation joue donc un rôle de gardien du droit et des principes constitutionnels qui protègent le droit à la vie privée. Il ne doit pas se contenter d'approuver la demande machinalement; il lui incombe de scruter les documents que lui présente le requérant. Il ne doit pas hésiter à poser des questions à celui-ci, à discuter des faits exposés, à demander un complément d'information ou à circonscrire la portée de l'autorisation demandée lorsqu'elle semble trop étendue ou trop imprécise. Il ne devrait accorder l'autorisation que dans la mesure où sa nécessité est établie dans les documents présentés à l'appui de la demande. [par. 29]

3.1.3 Is the *Garofoli* Leave Requirement Consistent With Subsequent *Charter* Jurisprudence?

Third, the appellants submit that three important principles, repeatedly enforced by this Court in its *Charter* jurisprudence, favour the abolishment, or alternatively, the relaxation of the *Garofoli* leave requirement. These principles are: the recognized importance of a broad right to cross-examination; the lower standard generally applicable to the admissibility of defence evidence; and the need to ensure access to the remedial scheme in the *Charter*.

There is no debate that these important principles are relevant both in the formulation of an appropriate standard for allowing cross-examination and in its application. However, the accused's right to an evidentiary hearing must be considered in context. It must also be balanced against countervailing interests, including the need to ensure that the criminal trial process is not plagued by lengthy proceedings that do not assist in the determination of the relevant issues. As I will explain, the appellants' argument ignores important contextual factors. When the proposed cross-examination of an affiant is considered in the context of the review hearing and its narrow scope, it is my view that the *Garofoli* leave requirement strikes an appropriate balance between these competing interests.

3.2 *Relevant Contextual Factors*

The first contextual factor that is ignored by the appellants' argument has already been mentioned — the right to full disclosure. Under s. 187(1.4) of the *Criminal Code*, the defence has access to all the documents relating to the authorization. Access is granted on the simple assertion that the admissibility of the evidence is challenged and that access to the material is required in preparation for trial: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990]

3.1.3 L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger prescrite par l'arrêt *Garofoli* est-elle compatible avec la jurisprudence subséquente relative à la *Charte*?

Troisièmement, les appelants font valoir que trois principes importants, maintes fois appliqués par notre Cour dans ses décisions relatives à la *Charte*, appuient l'abolition ou, dans l'alternative, l'assouplissement de l'obligation de justification du contre-interrogatoire prescrite dans *Garofoli*. Ces principes sont les suivants : l'importance reconnue d'un droit général de contre-interroger; la norme moins rigoureuse généralement applicable à la recevabilité de la preuve de la défense; la nécessité de garantir l'accès au régime de réparation prévu par la *Charte*.

Personne ne conteste la pertinence de ces principes, tant à l'égard de la formulation d'une norme appropriée en matière de droit au contre-interrogatoire qu'à l'égard de l'application de cette norme. Cependant, le droit de l'accusé à une audition de la preuve doit être examiné dans son contexte. Il doit également être mis en balance avec les intérêts opposés, dont la nécessité de veiller à ne pas entraver le processus judiciaire criminel par de longues procédures qui n'aident en rien à la résolution des questions pertinentes. Comme je l'explique plus loin, l'argumentation des appelants ne tient pas compte de facteurs contextuels importants. Dans le contexte d'une audience en révision dont l'objet est limité, j'estime que l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger un déposant, prescrite dans *Garofoli*, établit un juste équilibre entre ces intérêts opposés.

3.2 *Facteurs contextuels pertinents*

Le premier facteur contextuel omis dans l'argumentation des appelants a déjà été mentionné — il s'agit du droit à une communication complète. Selon le par. 187(1.4) du *Code criminel*, la défense a accès à tous les documents relatifs à l'autorisation. Il lui suffit d'affirmer que l'admissibilité de la preuve est contestée et qu'il est nécessaire d'avoir accès aux documents pour préparer le procès : *Dersch c. Canada (Procureur*

23

24

25

2 S.C.R. 1505, at p. 1517. The material includes the affidavit filed in support of the application for an authorization. Subject to any necessary editing for the protection of informants, the affidavit will usually provide a comprehensive account of the investigation leading up to the wiretap application, an articulation of the grounds relied upon in support of the application, and information relevant to the reasonable believability of material gathered from informants. The affidavit filed in this case will be reviewed in detail later in these reasons.

26 In addition, under the principles established in *Stinchcombe*, the defence is entitled to all material in the possession or control of the Crown that is potentially relevant to the case, whether favourable to the accused or not. The defence can therefore compare the contents of the investigative file received from the Crown to the authorization's supporting material to ascertain whether anything throws doubt on the reasonable believability of the latter. Further, the disclosure material may also provide the defence with possible third-party avenues of inquiry.

27 Hence, the defence does not arrive empty-handed at the evidentiary hearing. More importantly, if no basis can be shown for questioning the validity of the authorization on the strength of the disclosed material, it is generally unlikely that cross-examination of the affiant will provide further material information. I say it is unlikely because of the narrow focus of the inquiry on this evidentiary hearing. This brings me to the next important contextual factor.

28 The appellants' argument, more particularly in respect of the broad right to cross-examination, fails to distinguish between the right to test evidence introduced at the trial on the merits and the threshold evidentiary hearing to determine the admissibility of that evidence.

général), [1990] 2 R.C.S. 1505, p. 1517. Les documents comprennent l'affidavit déposé au soutien de la demande d'autorisation. Sous réserve de toute suppression nécessaire pour protéger les informateurs, l'affidavit fournit généralement un compte rendu complet de l'enquête ayant conduit à la demande d'écoute électronique, un exposé des motifs invoqués à l'appui de la demande et des renseignements concernant la vraisemblance raisonnable des éléments de preuve obtenus des informateurs. L'affidavit déposé en l'espèce sera examiné en détail plus loin dans les présents motifs.

En outre, selon les principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe*, la défense a droit à tous les documents potentiellement pertinents en la possession du ministère public ou relevant de lui, qu'ils soient favorables ou non à l'accusé. Elle peut donc comparer le contenu du dossier d'enquête reçu du ministère public avec les documents étayant l'autorisation pour vérifier s'il y a quoi que ce soit qui jette un doute sur la vraisemblance raisonnable de ceux-ci. De plus, les documents communiqués peuvent également fournir à la défense d'autres pistes d'enquête auprès de tiers.

Ainsi, la défense ne se présente pas les mains vides à l'audition de la preuve. Facteur plus important, toutefois, si les documents communiqués ne permettent pas d'établir l'existence de motifs justifiant de mettre en doute la validité de l'autorisation, il est généralement peu probable que le contre-interrogatoire du déposant fournisse d'autres renseignements substantiels. Si je dis peu probable, c'est à cause de l'objet restreint de l'enquête effectuée dans le cadre de cette audition de la preuve. Cela m'amène à l'autre facteur contextuel important.

L'argument des appelants, plus particulièrement en ce qui concerne le droit général de contre-interroger, ne fait aucune distinction entre le droit de vérifier au fond la validité de la preuve présentée au procès et l'audition préliminaire de la preuve pour déterminer l'admissibilité de celle-ci.

At trial, the guilt or innocence of the accused is at stake. The Crown bears the burden of proving its case beyond a reasonable doubt. In that context, the right to cross-examine witnesses called by the Crown “without significant and unwarranted constraint” becomes an important component of the right to make full answer and defence: *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 41. If, through cross-examination, the defence can raise a reasonable doubt in respect of any of the essential elements of the offence, the accused is entitled to an acquittal. Likewise, defence evidence, as a general rule, is only subject to exclusion where the prejudicial effect substantially outweighs its probative value: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611. The appellants rely heavily on these principles in support of their contention that they have a constitutional right to cross-examine the affiant who filed in support of the wiretap authorization.

However, the *Garofoli* review hearing is not intended to test the merits of any of the Crown’s allegations in respect of the offence. The truth of the allegations asserted in the affidavit as they relate to the essential elements of the offence remain to be proved by the Crown on the trial proper. Rather, the review is simply an evidentiary hearing to determine the *admissibility* of relevant evidence about the offence obtained pursuant to a presumptively valid court order. (I say “relevant” evidence because, if not relevant, its inadmissibility is easily determined without the need to review the authorization process.) As indicated earlier, the statutory preconditions for wiretap authorizations will vary depending on the language of the provision that governs their issuance. The reviewing judge on a *Garofoli* hearing only inquires into whether there was any basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the relevant statutory preconditions existed. For example, in this case, where the authorization relates to participant or consent surveillance, the reviewing judge must determine

Au procès, la culpabilité ou l’innocence de l’accusé est en jeu. Le ministère public a le fardeau d’établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans ce contexte, le droit de contre-interroger les témoins cités par le ministère public « sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées » devient un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière : *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 41. Si la défense parvient, lors du contre-interrogatoire, à susciter un doute raisonnable à l’égard de l’un ou l’autre des éléments essentiels de l’infraction, l’accusé a droit à l’acquittement. De même, la preuve de la défense ne peut en règle générale être écartée que si son effet préjudiciable l’emporte substantiellement sur sa valeur probante : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 611. Les appelants se fondent en grande partie sur ces principes pour étayer leur prétention selon laquelle ils possèdent un droit constitutionnel leur permettant de contre-interroger le déposant ayant souscrit l’affidavit à l’appui de la demande d’autorisation d’écoute électronique.

Cependant, l’audience en révision de type *Garofoli* n’a pas pour objet de vérifier le bien-fondé de l’une ou l’autre des allégations du ministère public concernant l’infraction. La véracité des allégations relatives aux éléments essentiels de l’infraction contenues dans l’affidavit reste à être prouvée par le ministère public au procès proprement dit. Au contraire, cette révision n’est qu’une simple audition de la preuve visant à déterminer l’*admissibilité* de la preuve pertinente relative à l’infraction obtenue en vertu d’une ordonnance du tribunal présumée valide. (Je parle de preuve « pertinente », parce que si la preuve n’est pas pertinente, on peut facilement en déterminer l’inadmissibilité sans avoir à examiner le processus d’autorisation.) Comme je l’ai déjà indiqué, les conditions légales préalables qui doivent être respectées pour obtenir une autorisation d’écoute électronique varient selon le libellé de la disposition en régissant la délivrance. La seule question que se pose le juge siégeant en révision à l’occasion d’une audience de type *Garofoli* est de savoir s’il existait des motifs qui permettraient au juge ayant accordé

whether there was a basis for the authorizing judge to be satisfied that:

- (a) there are reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed;
- (b) either the originator or the intended recipient of the private communication has consented to the interception; and
- (c) there are reasonable grounds to believe that information concerning the offence will be obtained by the interception.

Hence, there is a relatively narrow basis for exclusion. Even if it is established that information contained within the affidavit is inaccurate, or that a material fact was not disclosed, this will not necessarily detract from the existence of the statutory pre-conditions. The likelihood that the proposed challenge will have an impact on the admissibility of the evidence will depend on the particular factual context. In the end analysis, the admissibility of the wiretap evidence will not be impacted under s. 8 if there remains a sufficient basis for issuance of the authorization.

31

It is in this narrower context that the right to cross-examine, as an adjunct to the right to make full answer and defence, must be considered. There is no point in permitting cross-examination if there is no reasonable likelihood that it will impact on the question of the admissibility of the evidence. The *Garofoli* threshold test is nothing more than a means of ensuring that, when a s. 8 challenge is initiated, the proceedings remain focussed and on track. Even on the trial proper, the right to cross-examine is not unlimited. In *Lyttle*, the Court reiterated the principle that counsel are “bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose

l'autorisation d'être convaincu de la présence des conditions légales préalables pertinentes. Par exemple, dans la présente espèce où l'autorisation se rapporte à une surveillance participative ou consensuelle, le juge siégeant en révision doit déterminer s'il existait un fondement permettant au juge qui a accordé l'autorisation d'être convaincu :

- a) qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise;
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à qui elle est destinée a consenti à l'interception;
- c) qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus au moyen de l'interception.

Par conséquent, les motifs justifiant l'exclusion sont relativement restreints. Même s'il est établi que les renseignements contenus dans l'affidavit sont inexacts, ou qu'un fait substantiel n'a pas été communiqué, cela ne réfutera pas nécessairement la présence des conditions légales préalables. La probabilité que la contestation envisagée ait une incidence sur l'admissibilité de la preuve dépendra du contexte factuel particulier. En dernière analyse, l'admissibilité de la preuve d'écoute électronique ne sera aucunement affectée par l'art. 8 s'il subsiste un fondement suffisant pour justifier la délivrance de l'autorisation.

C'est dans ce contexte plus restreint qu'il faut examiner le droit de contre-interroger en tant que complément du droit à une défense pleine et entière. Il ne sert à rien de permettre le contre-interrogatoire s'il n'existe aucune probabilité raisonnable que celui-ci ait une incidence sur la question de l'admissibilité de la preuve. Le critère préliminaire énoncé dans *Garofoli* n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que, une fois la contestation fondée sur l'art. 8 engagée, l'instance demeure sur la bonne voie. Même au procès proprement dit, le droit de contre-interroger n'est pas illimité. Dans l'arrêt *Lyttle*, la Cour a réaffirmé le principe selon lequel les avocats « sont liés par les règles de la pertinence et [qu']il leur est

prejudicial effect outweighs their probative value” (para. 44 (emphasis added)). The *Garofoli* threshold test is all about relevancy. If the proposed cross-examination is not relevant to a material issue, within the narrow scope of the review on admissibility, there is no reason to permit it.

The accused remains free to make submissions and elicit relevant evidence on whether the interception constitutes an unreasonable search or seizure within the meaning of s. 8.

3.3 *Balancing Countervailing Interests*

When properly applied, the only thing that the leave requirement precludes the defence from eliciting through cross-examination is evidence that is unlikely to assist either the reviewing judge or the defence on the determination of admissibility. Why then, the appellants ask, is cross-examination not simply allowed as of right with proper limitations on its scope instead? The answer lies in the recognition, through the lens of judicial experience, of two important countervailing interests — the concern over the prolixity of proceedings and, in many cases, the need to protect informants.

As noted earlier, the concern over prolixity was expressly stated as the reason for placing reasonable limits on cross-examination in *Garofoli* (p. 1465). Provincial appellate courts have often expressed their concern over the increasing length of court proceedings. For example, counsel have referred us to *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xvi, where the importance of avoiding the inefficient use of court time was emphasized by McEachern C.J.B.C. Chief Justice McEachern suggested the following approach at para. 17:

interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l’effet préjudiciable excède la valeur probante » (par. 44 (je souligne)). La pertinence est l’essence du critère préliminaire de l’arrêt *Garofoli*. Si le contre-interrogatoire projeté n’est pas pertinent à l’égard d’une question substantielle, dans le cadre limité de la révision concernant l’admissibilité, il n’y a alors aucune raison de le permettre.

L’accusé demeure libre de présenter des observations et d’obtenir des éléments de preuve pertinents relativement à la question de savoir si l’interception constitue une fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l’art. 8.

3.3 *Mise en balance des intérêts opposés*

Ainsi, si elle est appliquée correctement, la seule chose que l’obligation d’obtenir la permission de contre-interroger empêche la défense d’obtenir par voie de contre-interrogatoire est un élément de preuve qui serait peu susceptible d’éclairer le juge siégeant en révision ou la défense elle-même sur la question de l’admissibilité. Alors pourquoi, demandent les appelants, ne permet-on pas tout simplement le contre-interrogatoire de plein droit et n’en limite-t-on pas plutôt la portée? La réponse à cette question réside dans la reconnaissance, à la lumière de l’expérience judiciaire, de deux intérêts importants militant contre cette solution — les préoccupations relatives à la longueur des procédures et, dans bien des cas, la nécessité de protéger les informateurs.

Comme nous l’avons vu, les préoccupations relatives à la longueur des procédures ont été expressément invoquées dans l’arrêt *Garofoli* (p. 1465) pour justifier l’imposition de limites raisonnables au contre-interrogatoire. Les cours d’appel provinciales ont souvent exprimé des inquiétudes au sujet de l’allongement des procédures judiciaires. À titre d’exemple, on nous a renvoyés à l’arrêt *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.), autorisation d’appel refusée, [1997] 2 R.C.S. xvi, où le juge en chef McEachern a souligné l’importance d’éviter d’utiliser de manière inefficace le temps des tribunaux et a proposé la démarche suivante, au par. 17 :

32

33

34

Generally speaking, I believe that both the reason for having, or not having, a *voir dire*, and the conduct of such proceedings, should, if possible, be based and determined upon the statements of counsel. This is the most expeditious way to resolve these problems: see *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.) at 62; *R. v. Hamill* (1984), 14 C.C.C. (3d) 338 (B.C.C.A.); and *R. v. Kutynec* (1992), 70 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.) at 301. I suggest that judges must be more decisive in this connection than they have been in the past because far too much judicial time is consumed by the conduct of these kinds of enquiries.

Finlayson J.A., in *R. v. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421 (Ont. C.A.), forcefully and succinctly expressed the same concern in the following words:

The Supreme Court of Canada and appellate courts across Canada have been attempting in recent years to restrict the issues that go to a jury to those which have, on the evidence, an air of reality to them. Just as we have tried to restrict the trial of an accused on the merits to factual issues that are directly raised in the particular case, so should we strive to restrict pre-trial Charter motions to matters of substance where defence counsel can establish some basis for a violation of a right. Unless we, as courts, can find some method of rescuing our criminal trial process from the almost Dickensian procedural morass that it is now bogged down in, the public will lose patience with our traditional adversarial system of justice. As Jonathan Swift might have said, we are presently sacrificing justice on the shrine of process. [p. 440]

35

The concern over the constructive use of judicial resources is as equally, if not more, applicable today as it was 15 years ago when *Garofoli* was decided. For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

[TRANSLATION] D'une façon générale, je crois que la raison pour laquelle il convient de tenir, ou de ne pas tenir, un *voir-dire*, ainsi que la conduite de cette procédure devraient, si possible, être fondées sur les déclarations des avocats et déterminées en fonction de celles-ci. C'est la façon la plus rapide de résoudre ces problèmes : voir *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.), p. 62; *R. c. Hamill* (1984), 14 C.C.C. (3d) 338 (C.A.C.-B.); et *R. c. Kutynec* (1992), 70 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), p. 301. J'estime que les juges doivent faire preuve de plus de fermeté qu'auparavant à cet égard parce que ce type d'enquête gruge une partie beaucoup trop grande du temps des tribunaux.

Dans *R. c. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421 (C.A. Ont.), le juge Finlayson a exprimé la même inquiétude avec force et concision :

[TRANSLATION] La Cour suprême du Canada et les tribunaux d'appel canadiens se sont efforcés, au cours des dernières années, de restreindre les questions soumises au jury à celles qui, selon la preuve, paraissent vraisemblables. Tout comme nous avons tenté de restreindre le procès au fond d'un accusé aux questions factuelles directement soulevées dans une affaire donnée, nous devons tâcher, dans les cas où l'avocat de la défense est en mesure d'établir le fondement d'une allégation de violation d'un droit, de limiter aux questions de fond les requêtes préalables au procès fondées sur la Charte. Si nous, les tribunaux, ne réussissons pas à trouver une façon de sortir le processus judiciaire criminel du borbier procédural, digne de l'époque de Dickens, dans lequel il s'est enfoncé, le public se détournera du système de justice accusatoire qui a été traditionnellement le nôtre. Comme l'aurait dit Jonathan Swift, nous sommes en train de sacrifier la justice sur l'autel de la procédure. [p. 440]

Les préoccupations touchant l'utilisation judiciaire des ressources judiciaires sont tout aussi légitimes aujourd'hui, et peut-être même davantage, qu'elles ne l'étaient il y a 15 ans, à l'époque où l'arrêt *Garofoli* a été prononcé. Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L'un des mécanismes leur permettant d'y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal.

The second countervailing interest against allowing cross-examination as of right is the need to protect the identity of informers. As McLachlin J. (as she then was) noted in *Garofoli* (dissenting, but not on this point), cross-examination of the affiant increases the risk that the identity of informers might be revealed:

Cross-examination is much more likely to reveal the details of investigative operations and the identity of informers than affidavits, which can be carefully drafted to avoid such pitfalls. How can one cross-examine an officer on the reliability of an informant without probing details that might reveal that informant's identity, for example? Once a damaging statement is made in answer to a question in cross-examination, editing is to no avail. [p. 1485]

McLachlin J. further noted how difficult it is for the trial judge to restrict the scope of cross-examination:

Attempts to restrict the scope of cross-examination are notoriously fallible. Since effective cross-examination usually depends on considerable latitude in questioning, a restricted cross-examination may be of little value. Moreover, it is often difficult to predict when a particular question will evoke a response that trenches on a prohibited area. [p. 1485]

Finally, as aptly argued by the intervener the Attorney General of British Columbia, a requirement that the defence meet a threshold test of some sort before engaging in cross-examination, pursuing a specific line of inquiry, or eliciting evidence in support of a full answer and defence is not an anomaly within the criminal justice system. To state but a few examples: hearsay evidence, although sought to be elicited by the defence, must meet the requirements of necessity and reliability; proposed expert evidence must meet the criteria set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; access to or cross-examination on matters protected by solicitor-client privilege must meet the requirements of the "innocence at stake" exception; cross-examination on a complainant's sexual history is prohibited unless it meets the test under s. 276(1) of the *Criminal Code*; third-party records in respect of certain offences listed under s. 278.2 must be

Le deuxième intérêt militant contre le contre-interrogatoire de plein droit tient à la nécessité de protéger l'identité des informateurs. Comme le signale la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Garofoli* (dissidente, mais non sur ce point), le contre-interrogatoire du déposant accroît le risque de révéler l'identité des informateurs :

La divulgation de détails sur les activités d'enquête et sur l'identité d'informateurs est beaucoup plus probable en contre-interrogatoire que dans des affidavits, qu'on peut soigneusement rédiger dans le but d'éviter ces écueils. Comment peut-on contre-interroger un agent sur la crédibilité d'un informateur sans scruter des détails qui peuvent révéler son identité, par exemple? Quand une réponse préjudiciable a été donnée au cours d'un contre-interrogatoire, il est impossible de la censurer. [p. 1485]

La juge McLachlin souligne en outre combien il est difficile pour le juge du procès de limiter la portée du contre-interrogatoire :

Les limites que l'on tente de fixer à la portée d'un contre-interrogatoire sont reconnues pour leur faiblesse. Puisque l'efficacité du contre-interrogatoire dépend ordinairement de la grande latitude laissée quant aux questions, un contre-interrogatoire limité peut se révéler peu utile. De plus, il est souvent difficile de prévoir quand une question précise suscitera une réponse qui déborde sur les sujets interdits. [p. 1485]

Enfin, comme l'a à juste titre fait valoir l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique, l'obligation faite à la défense de satisfaire à un critère préliminaire donné avant de pouvoir procéder à un contre-interrogatoire, de poser certaines questions ou d'obtenir des éléments de preuve en vue de présenter une défense pleine et entière ne constitue pas une anomalie au sein du système de justice criminelle. Quelques exemples suffisent : la preuve par oui-dire, même si c'est la défense qui cherche à la présenter, doit satisfaire aux conditions de nécessité et de fiabilité; la preuve d'expert que l'on se propose de présenter doit être conforme aux critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; l'accès à des communications protégées par le privilège avocat-client ou le contre-interrogatoire relatif à celles-ci doivent satisfaire au critère de la « démonstration de l'innocence de l'accusé »; le

shown to be likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify before they will be produced; defences must have an “air of reality” to them before they are put to the jury. In this case, the defence must simply make a show of likely relevance on a material issue before the court.

38 In conclusion, I am of the view that the *Garofoli* leave requirement is entirely consistent with *Charter* principles. There is no need to revisit *Garofoli* as contended by the appellants. Indeed, I am of the view that it would be unwise to permit cross-examination of the affiant as of right.

4. Application of the *Garofoli* Standard

39 Alternatively, the appellants submit that the *Garofoli* standard has generally been interpreted too restrictively, applied inconsistently, and that it should be clarified. In particular, they submit that the courts below erred in the application of the threshold test in this case. Before I discuss how the test was applied in the courts below, it may be useful to comment on its general application by trial judges and on the appropriate standard of appellate review.

4.1 *The Threshold Test Is Not an Onerous One*

40 As discussed earlier, the *Garofoli* leave requirement is simply a means of weeding out unnecessary proceedings on the basis that they are unlikely to assist in the determination of the relevant issues. The reason that the test will generally leave just a narrow window for cross-examination is not because the test is onerous — it is because there is

contre-interrogatoire relatif au comportement sexuel antérieur d'un plaignant est interdit, sous réserve du critère énoncé au par. 276(1) du *Code criminel*; la pertinence vraisemblable, à l'égard d'une question en litige ou de l'habileté d'une personne à témoigner, de dossiers détenus par des tiers relativement à certaines infractions énumérées à l'art. 278.2 doit être établie avant que ces dossiers puissent être produits; les moyens de défense doivent avoir une certaine « vraisemblance » pour pouvoir être soumis au jury. En l'espèce, la défense doit simplement démontrer la pertinence vraisemblable à l'égard de l'élément de preuve concerné d'une question substantielle soumise à la cour.

En conclusion, j'estime que l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger, prescrite dans l'arrêt *Garofoli*, est tout à fait compatible avec les principes de la *Charte*. Point n'est besoin de revoir cet arrêt comme le prétendent les appelants. De fait, je suis d'avis qu'il ne serait pas sage de permettre le contre-interrogatoire de plein droit du déposant.

4. Application de la norme énoncée dans l'arrêt *Garofoli*

Dans leur argument subsidiaire, les appelants prétendent que la norme énoncée dans *Garofoli* a généralement été interprétée de façon trop restrictive et appliquée de manière incohérente, et qu'elle doit être clarifiée. Plus particulièrement, ils affirment que, en l'espèce, les juridictions inférieures ont commis une erreur dans l'application du critère préliminaire. Avant d'analyser la façon dont celles-ci ont appliqué le critère, il n'est pas inutile de faire quelques observations sur son application générale par les juges qui président les procès et sur la norme de contrôle applicable en appel.

4.1 *Le critère préliminaire n'est pas exigeant*

Comme nous l'avons vu, l'obligation faite dans *Garofoli* d'obtenir la permission de contre-interroger n'est qu'un moyen d'éliminer les instances inutiles, qui n'aideraient vraisemblablement pas à la résolution des questions pertinentes. La raison pour laquelle le critère laisse généralement peu de place au contre-interrogatoire ne tient pas à sa

just a narrow basis upon which an authorization can be set aside. Hence, in determining whether cross-examination should be permitted, counsel and the reviewing judge must remain strictly focussed on the question to be determined on a *Garofoli* review — whether there is a basis upon which the authorizing judge could grant the order. If the proposed cross-examination is not likely to assist in the determination of this question, it should not be permitted. However, if the proposed cross-examination falls within the narrow confines of this review, it is not necessary for the defence to go further and demonstrate that cross-examination will be successful in discrediting one or more of the statutory preconditions for the authorization. Such a strict standard was rejected in *Garofoli*. A reasonable likelihood that it will assist the court to determine a material issue is all that must be shown.

In some cases, the proposed cross-examination may be directed at the credibility or reliability of an informant. However, cross-examination that can do no more than show that some of the information relied upon by the affiant is false is not likely to be useful unless it can also support the inference that the affiant knew or ought to have known that it was false. We must not lose sight of the fact that the wiretap authorization is an investigatory tool. At that stage, a reasonable belief in the existence of the requisite statutory grounds will suffice for the granting of an authorization. Upon further investigation, the grounds relied upon in support of the authorization may prove to be false. That fact does not retroactively invalidate what was an otherwise valid authorization.

The fact situation in *Garofoli* itself provides a good example of a situation where the proposed cross-examination was directed not only at the lack of credibility of the informant but at the affiant's likely awareness of that fact. The informant alleged that he had been approached by *Garofoli* and another individual in Hamilton with an offer to supply him with two kilograms of cocaine. In his affidavit, *Garofoli* stated that he lived in Florida at the relevant time. He further stated that the officer

rigueur, mais plutôt à la gamme restreinte des motifs justifiant l'annulation d'une autorisation. Par conséquent, pour déterminer s'il y a lieu de permettre un contre-interrogatoire, les avocats et le juge doivent s'attacher strictement à la question à trancher dans le cadre d'une révision de type *Garofoli* — soit celle de savoir s'il existait des motifs permettant au juge qui a accordé l'autorisation de rendre l'ordonnance. S'il est peu probable que le contre-interrogatoire projeté aide à trancher cette question, il ne doit pas être autorisé. Par contre, si ce contre-interrogatoire se situe dans les limites restreintes de cette procédure de révision, la défense n'est pas tenue d'aller plus loin et de démontrer qu'il permettra de réfuter une ou plusieurs des conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation. Une telle norme aussi stricte a été rejetée dans l'arrêt *Garofoli*. Tout ce qu'il suffit d'établir, c'est la probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire aidera le tribunal à trancher une question substantielle.

Dans certains cas, le contre-interrogatoire projeté peut porter sur la crédibilité ou la fiabilité d'un informateur. Toutefois, un contre-interrogatoire qui ne fait que démontrer la fausseté de certains des renseignements sur lesquels se fonde le déposant est peu susceptible d'être utile à moins qu'il ne permette également d'étayer l'inférence que le déposant savait ou aurait dû savoir que ces renseignements étaient faux. Il ne faut pas oublier que l'autorisation d'écoute électronique constitue un outil d'enquête. À ce stade, une croyance raisonnable en l'existence des motifs légaux requis suffit pour justifier la délivrance de l'autorisation. Il se peut qu'une enquête plus poussée révèle la fausseté de ces motifs, mais ce fait n'invalide pas rétroactivement une autorisation par ailleurs valide.

Les faits dans l'affaire *Garofoli* elle-même constituent un bon exemple d'une situation où le contre-interrogatoire projeté portait non seulement sur le peu de crédibilité de l'informateur, mais aussi sur la probabilité que le déposant ait été conscient de ce fait. L'informateur avait allégué que *Garofoli* et une autre personne l'avaient abordé à Hamilton pour lui offrir deux kilos de cocaïne. Dans son affidavit, *Garofoli* déclarait qu'il vivait en Floride au moment pertinent. Il ajoutait que le policier chargé

41

42

in charge of the case was well aware that he was living in Florida and that he only travelled back to Hamilton in connection with his court appearances. Furthermore, information from the informant person was critical to establishing the requisite reasonable grounds. Sopinka J., for the majority, found that the appellant had shown a basis for the cross-examination:

In my opinion, the appellant has shown a basis for the cross-examination here. In view of the degree of reliance by the police on the informant in this case, if the informant is discredited then the factual basis for the authorization is undermined. If it is shown that the informant lied, then it could raise the inference that the police knew or ought to have known that he lied. If the police were not warranted in their belief that the information was true, then the basis for belief that a crime was to be committed disappears. Accordingly, the appellant should have been permitted to cross-examine. Cross-examination having been denied, there must be a new trial. [p. 1466]

43

In other circumstances, it is the affiant's own credibility that becomes material to establish the statutory preconditions. For example, in *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, the proposed cross-examination related to the statutory precondition of investigative necessity. (The requirement of showing that other investigative measures have been tried and have failed or that they are unlikely to succeed is not a statutory precondition for granting a consent wiretap authorization.) The basis for cross-examination was established on a showing that the affidavit filed in support of the authorization failed to disclose that a key informer was working as an undercover police agent.

44

The insufficiency of the affidavit, on its face, may suffice to show a basis for cross-examination. In *R. v. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414, the statements in the affidavit concerning the utility of undercover operations were conclusory only and arguably understated the progress of the investigation. When considered in the context of the strict statutory requirement of showing investigative necessity, the Court of Appeal

du dossier savait qu'il vivait en Floride et ne se rendait à Hamilton que pour comparaître devant le tribunal. En outre, les renseignements fournis par l'informateur étaient essentiels à l'établissement des motifs raisonnables requis. S'exprimant pour la majorité, le juge Sopinka a conclu que l'appelant avait justifié son droit au contre-interrogatoire :

À mon avis, l'appelant a justifié son droit au contre-interrogatoire en l'espèce. Compte tenu de l'importance donnée par les policiers à l'informateur en l'espèce, si celui-ci est discrédité, le fondement factuel de l'autorisation est vicié. Si on concluait que l'informateur a menti, on pourrait alors en déduire que les policiers savaient ou auraient dû savoir qu'il avait menti. Si les policiers n'étaient pas justifiés de croire que les renseignements étaient vrais, leur raison de croire qu'un crime allait être commis n'existait donc pas. Par conséquent, l'appelant aurait dû être autorisé à contre-interroger. Le contre-interrogatoire ayant été refusé, il doit y avoir un nouveau procès. [p. 1466]

Dans d'autres circonstances, c'est la crédibilité même du déposant qui joue un rôle essentiel dans l'établissement de la présence des conditions légales préalables. Dans *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490, par exemple, le contre-interrogatoire projeté concernait la condition légale préalable de nécessité pour les besoins de l'enquête. (L'obligation de prouver que d'autres mesures d'enquête ont été essayées mais sans succès ou encore ont peu de chance de réussir ne constitue pas une condition légale préalable à l'octroi d'une autorisation d'écoute électronique consensuelle.) Le contre-interrogatoire a été justifié par la démonstration que l'affidavit déposé à l'appui de l'autorisation ne mentionnait pas qu'un informateur clé avait agi comme agent d'infiltration.

L'insuffisance apparente de l'affidavit peut suffire à établir le droit de contre-interroger. Dans *R. c. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414, les affirmations contenues dans l'affidavit relativement à l'utilité des opérations d'infiltration constituaient de simples assertions péremptoires et paraissaient minimiser les progrès de l'enquête. Considérant la question du point de vue de la stricte obligation légale de prouver la nécessité pour les besoins de l'enquête,

for Ontario held that the trial judge had erred in refusing leave to cross-examine the affiant:

In short, the appellant showed a basis for the view that the cross-examination would elicit testimony tending to discredit the existence of one of the pre-conditions to the authorization, namely the investigative necessity requirement. Investigative necessity is a stringent requirement, requiring demonstration that there is, “practically speaking, *no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry*” (emphasis in original): *R. v. Araujo* (2000), 149 C.C.C. (3d) 449 (S.C.C.), at para. 29. There was a basis for believing that this exacting standard had not been met. The same might be said here of the use of the undercover officers and police agents. [para. 14]

4.2 *The Scope of the Cross-Examination When Leave Is Granted*

As stated in *Garofoli*, when leave to cross-examine is granted, “the cross-examination should be limited by the trial judge to questions that are directed to establish that there was no basis upon which the authorization could have been granted” (p. 1465). In this way, the inquiry can remain focussed on the material issues. For example, in *R. v. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310, the defence argued that once the trial judge granted leave to cross-examine, the only limit on cross-examination should be to curb prolixity and that the trial judge erred in restricting in advance the areas in which defence counsel could cross-examine the affiant. The Court of Appeal for Ontario disagreed and, in referring to the relevant excerpt in *Garofoli*, stated at para. 9, as follows:

In our view, this passage . . . gives the judge the discretion to direct the scope of the cross-examination in advance if the judge considers it advisable to do so. No doubt, if the judge found during the cross-examination that the limits were restricting the ability of the accused to demonstrate the grounds upon which the authorization was attacked, the judge would be required to reconsider those limits. Alternatively, the

la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant la permission de contre-interroger le déposant :

[TRADUCTION] Bref, l’appelant a démontré qu’il existait des motifs de penser que le contre-interrogatoire apporterait un témoignage tendant à réfuter la présence d’une des conditions préalables à la délivrance de l’autorisation, soit celle de la nécessité pour les besoins de l’enquête. La nécessité pour les besoins de l’enquête constitue une exigence stricte, qui commande que l’on établisse que, « [s]ur le plan pratique, il [n’existe] aucune autre méthode d’enquête raisonnable, dans les circonstances de l’enquête criminelle considérée » (en italique dans l’original) : *R. c. Araujo* (2000), 149 C.C.C. (3d) 449 (S.C.C.), par. 29. Or il existait des motifs de croire que cette norme exigeante n’avait pas été respectée. On peut en dire autant, en l’espèce, du recours à des agents d’infiltration et à des mandataires de la police. [par. 14]

4.2 *La portée du contre-interrogatoire une fois la permission accordée*

Comme il est précisé dans l’arrêt *Garofoli*, une fois permis, « le contre-interrogatoire devrait être limité par le juge du procès aux questions qui visent à établir qu’il n’y avait aucun fondement justifiant la délivrance de l’autorisation » (p. 1465). Ainsi, l’enquête peut demeurer axée sur les questions substantielles. Dans *R. c. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310, par exemple, la défense a fait valoir que, une fois la permission de contre-interroger accordée par le juge du procès, les seules limites que l’on pouvait imposer au contre-interrogatoire étaient celles visant à réduire la longueur des procédures, et que le juge du procès avait donc commis une erreur en restreignant à l’avance les points sur lesquels l’avocat de la défense pouvait contre-interroger le déposant. La Cour d’appel de l’Ontario a exprimé son désaccord avec cette position et, après avoir cité le passage pertinent de l’arrêt *Garofoli*, a affirmé ce qui suit au par. 9 :

[TRADUCTION] À notre avis, cet extrait [. . .] donne au juge le pouvoir discrétionnaire de fixer à l’avance la portée du contre-interrogatoire s’il considère souhaitable de le faire. Il ne fait aucun doute que si le juge se rend compte, pendant le contre-interrogatoire, que les limites imposées nuisent à la capacité de l’accusé d’établir l’existence des motifs pour lesquels il conteste l’autorisation, il devrait revoir ces limites.

judge could make rulings as the cross-examination proceeds. However, unless it can be shown that this discretion was not exercised judicially, this court cannot interfere.

In my view, this is a sound approach.

4.3 *The Appellate Standard of Review*

46 On reviewing a trial judge's decision to permit or deny leave to cross-examine, an appellate court is not entitled to simply substitute its view for that of the trial judge. The trial judge's determination of whether the proposed cross-examination is reasonably likely to elicit evidence of probative value to the issues for consideration involves an exercise of discretion. The trial judge is in a better position to assess the material, the submissions of counsel and the evidence, if any, in the context of the particular *voir dire* and trial. The need for a deferential standard of appellate review was recognized in *Garofoli*. Sopinka J. stated that "[t]he discretion of the trial judge should not be interfered with on appeal except in cases in which it has not been judicially exercised" (p. 1465).

47 This deferential standard is important. If not adhered to, trial judges, out of an abundance of caution, are likely to embark upon many unnecessary hearings rather than risk vitiating an entire trial. The trial court's power to control the proceedings then becomes more illusory than real and, in the context of a *Garofoli* hearing, the very purpose of the leave requirement is defeated.

48 I will now review the proceedings below.

5. The Proceedings Below

49 The appellants were charged with a number of drug-related offences. In essence, the Crown alleged that they distributed cocaine to doormen

L'autre solution consiste à rendre des décisions en cours de contre-interrogatoire. Cependant, à moins qu'on ne puisse démontrer que ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de façon judiciaire, notre cour ne peut intervenir.

C'est là, à mon avis, une solution sage.

4.3 *La norme de contrôle applicable en appel*

La cour d'appel qui révisé la décision du juge du procès d'accorder ou de refuser la permission de contre-interroger ne peut simplement substituer son opinion à celle du juge du procès. La décision de ce dernier sur la question de savoir s'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire projeté apporte un élément de preuve probant à l'égard des questions soulevées implique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge du procès est mieux placé pour apprécier les documents, les observations des avocats et les éléments de preuve, s'il en est, dans le contexte du procès et du voir-dire concernés. La nécessité, en appel, d'une norme de contrôle empreinte de déférence a été reconnue dans *Garofoli*, où le juge Sopinka a affirmé qu'« [i]l conviendrait de ne pas intervenir en appel dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf dans les cas où il n'a pas été exercé de façon judiciaire » (p. 1465).

Cette norme empreinte de déférence est importante. Si elle n'est pas respectée, il est probable que, par souci de prudence, les juges présidant les procès tiennent bon nombre d'audiences inutiles, de peur de compromettre un procès tout entier. Le pouvoir des tribunaux sur la conduite des procès en première instance devient alors plus illusoire que réel et, dans le contexte d'une audience de type *Garofoli*, l'objet même de l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger est contrecarré.

Je vais maintenant examiner les procédures devant les juridictions inférieures.

5. Les procédures devant les juridictions inférieures

Les appelants ont été accusés d'un certain nombre d'infractions liées à la drogue. Essentiellement, le ministère public leur reproche d'avoir distribué de

and bartenders at various bars and clubs in downtown Vancouver. The appellants were targeted by the police when Robert Molsberry, a self-admitted drug dealer and petty criminal who had been a doorman at a Vancouver club, complained to members of the Vancouver Police that the appellants and others were after him over unpaid drug debts and that he feared for his safety. Molsberry agreed to “wear a wire” and act as police agent. In return for his cooperation, he was given \$1,000 by the Vancouver Police Department to satisfy the drug debt and promised a monthly stipend during the investigation, a cash payment at the conclusion of all proceedings, and entry into the witness protection program.

Based on their agreement with Molsberry, the police applied for a consent wiretap authorization under s. 184.2 of the *Criminal Code*. This provision was enacted in response to this Court’s decision in *Duarte* and permits the interception of private communications with the consent of a participant under judicial authorization. An application under this section may be made *ex parte* by a peace officer on the strength of an affidavit deposing to the following matters:

- (a) that there are reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed;
- (b) the particulars of the offence;
- (c) the name of the person who has consented to the interception;
- (d) the period for which the authorization is requested; and
- (e) the particulars of any previously granted authorization, if any.

Detective Andrew Richards swore the required affidavit. Its contents are central to the issue that occupies us and will be reviewed in detail later. An

la cocaïne aux portiers et barmans de différents bars et clubs du centre-ville de Vancouver. Les appelants ont été pris pour cible par la police lorsque Robert Molsberry qui, de son propre aveu, était un trafiquant de drogue et un petit délinquant ayant travaillé comme portier dans un club de Vancouver, s’est plaint à des policiers de Vancouver que les appelants et d’autres personnes étaient à ses trousses pour des dettes de drogue et qu’il craignait pour sa sécurité. Molsberry a accepté de [TRADUCTION] « porter un micro-émetteur » et d’agir comme mandataire de la police. En échange de sa collaboration, le service de police de Vancouver lui a donné 1 000 \$ pour rembourser ses dettes de drogue et lui a promis une allocation mensuelle durant l’enquête, un paiement en espèces à la fin de toutes les procédures et l’admission au programme de protection des témoins.

Sur la base de son entente avec Molsberry, la police a présenté une demande d’autorisation d’écoute électronique avec consentement en vertu de l’art. 184.2 du *Code criminel*. Cette disposition, adoptée par suite de l’arrêt *Duarte* de notre Cour, permet l’interception de communications privées avec le consentement d’un des interlocuteurs moyennant autorisation judiciaire. La demande fondée sur cette disposition peut être présentée *ex parte* par un agent de la paix et doit être accompagnée d’un affidavit indiquant ce qui suit :

- a) le fait qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été ou sera commise;
- b) les détails relatifs à l’infraction;
- c) le nom de la personne qui a consenti à l’interception;
- d) la période pour laquelle l’autorisation est demandée;
- e) les modalités de toute autorisation déjà accordée, s’il en est.

Le détective Andrew Richards a souscrit l’affidavit requis. Le contenu de cet affidavit, qui est au cœur de la question qui nous occupe, sera examiné en

authorization for the interception of private communications may be given if the judge to whom the application is made is satisfied that:

- (a) there are reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed;
- (b) either the originator or the intended recipient of the private communication has consented to the interception; and
- (c) there are reasonable grounds to believe that information concerning the offence will be obtained by the interception.

Oppal J., as he then was, granted the authorization permitting the interception of the private communications of the appellants and other associates when any of them was speaking with Molsberry.

51

At trial, Molsberry's testimony formed a significant component of the prosecution's case against the appellants. The charges related to a period of time commencing prior to, and ending after, his involvement as a police agent. His testimony about events during the time period he acted as a police agent was supplemented by the wiretapped conversations. At the commencement of the trial, the appellants challenged the admissibility of the tapes of conversations intercepted pursuant to the s. 184.2 judicial authorization. Without the tapes, Molsberry's testimony about the conversations would still be admissible; however, it would stand on its own.

52

The appellants argued at trial that s. 184.2 itself was unconstitutional; the trial judge rejected this argument and his ruling was not challenged on appeal. Alternatively, the appellants contended that the statutory preconditions for the authorization had not been met and, consequently, that Molsberry's taping of their conversations violated their right under s. 8 of the *Charter*. It is in support of this *Charter* application that both appellants sought leave to cross-examine Detective Richards on his affidavit; Lising also sought leave to cross-examine the informant Molsberry. The trial judge

détail plus loin. L'autorisation de procéder à l'interception de communications privées peut être accordée si le juge saisi de la demande est convaincu :

- a) qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise;
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle il la destine a consenti à l'interception;
- c) qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus au moyen de l'interception.

Le juge Oppal, plus tard juge à la Cour d'appel, a accordé l'autorisation permettant l'interception des communications privées des appelants et de leurs associés lorsque l'un d'eux parlait avec Molsberry.

Au procès, le témoignage de Molsberry a constitué un élément important de la preuve de la poursuite contre les appelants. Les accusations se rapportaient à une période commençant avant — et se terminant après — l'implication de celui-ci en tant que mandataire de la police. Son témoignage concernant les événements survenus durant la période où il agissait à ce titre était complété par les conversations interceptées. À l'ouverture du procès, les appelants ont contesté l'admissibilité des enregistrements des conversations interceptées grâce à l'autorisation judiciaire accordée en vertu de l'art. 184.2. Le témoignage de Molsberry au sujet des conversations était tout de même admissible, mais il n'aurait pas été appuyé par les enregistrements.

Au procès, les appelants ont plaidé que l'art. 184.2 lui-même était inconstitutionnel; le juge du procès a rejeté cet argument, et sa décision n'a pas été contestée en appel. Subsidiairement, les appelants ont prétendu que les conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation n'avaient pas été remplies et que, par conséquent, l'enregistrement de leurs conversations par Molsberry portait atteinte au droit que leur garantit l'art. 8 de la *Charte*. C'est pour appuyer cette demande fondée sur la *Charte* que les deux appelants ont demandé la permission de contre-interroger le détective Richards

denied leave to cross-examine both the affiant and the informant and ultimately ruled the wiretap evidence to be admissible. We are only concerned on this appeal with the trial judge's refusal to grant leave to cross-examine Detective Richards on the *voir dire*.

The contents of Detective Richards' affidavit are important in relation to the ultimate determination of whether the trial judge erred in denying leave to cross-examine. They are described in detail in the judgment of Newbury J.A. of the British Columbia Court of Appeal. For convenience, I will repeat much the same description here.

In general terms, Detective Richards' affidavit explains how Molsberry came into contact with the Vancouver Police, provides a background regarding the informant, including his criminal history, sets out the information provided by Molsberry about the appellants and others, and describes actions taken by the police to determine Molsberry's legitimacy as an informant.

In particular, Molsberry informed the police that he began purchasing ounces of cocaine from Pires and Lising in January 1996 and that he, in turn, trafficked cocaine at the gram level. In April 1996, Molsberry owed the appellants \$500 as a result of a cocaine deal and he was unable to immediately pay this debt. Molsberry also informed the police how he became indebted to other persons associated with the appellants in respect of a marijuana grow operation. He subsequently learned that the appellants and their associates intended to seriously assault him as punishment for not paying these drug debts. On July 5, 1996, the appellants came to his apartment door, repeatedly kicking it and yelling threats at Molsberry. Fearing for his safety, Molsberry called the police. The appellants were no longer at the scene when the police attended. Molsberry was arrested on outstanding warrants for driving while prohibited, failing to appear and obstructing

relativement à son affidavit; Lising a également demandé la permission de contre-interroger l'informateur Molsberry. Le juge du procès a refusé le contre-interrogatoire tant du déposant que de l'informateur et a finalement déclaré la preuve d'écoute électronique admissible. Dans le présent pourvoi, nous nous intéressons uniquement au refus du juge du procès de permettre le contre-interrogatoire du détective Richards pendant le voir-dire.

Le contenu de l'affidavit du détective Richards est important pour décider, ultimement, si le juge du procès a commis une erreur en refusant la permission de contre-interroger. Il est exposé en détail dans le jugement de la juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Pour des raisons de commodité, je reprends sensiblement cet exposé en l'espèce.

De manière générale, l'affidavit du détective Richards explique comment Molsberry est entré en contact avec la police de Vancouver, fournit des informations générales sur l'informateur, y compris ses antécédents criminels, expose les renseignements fournis par Molsberry au sujet des appelants et d'autres personnes et décrit les mesures prises par la police pour vérifier la crédibilité de Molsberry en tant qu'informateur.

Plus particulièrement, Molsberry a informé la police que, en janvier 1996, il avait commencé à acheter de Pires et Lising de la cocaïne à l'once pour en faire à son tour le trafic au gramme. En avril 1996, à la suite d'une transaction de cocaïne, il s'est retrouvé avec une dette de 500 \$ envers les appelants, qu'il n'a pas pu rembourser sur-le-champ. Molsberry a également dit à la police qu'il s'était endetté envers des associés des appelants relativement à une opération de culture de marijuana. Il a ensuite appris que les appelants et leurs associés avaient l'intention de s'en prendre à lui pour le punir de ne pas avoir remboursé ces dettes de drogue. Le 5 juillet 1996, les appelants se sont présentés à son appartement en donnant des coups de pieds dans la porte et en vociférant des menaces à son endroit. Craignant pour sa sécurité, il a appelé la police, mais à l'arrivée de celle-ci les appelants avaient quitté les lieux. Molsberry a été arrêté sur la

53

54

55

a peace officer. Molsberry later informed the police about the outstanding drug debt and his fear for his safety. He subsequently agreed to act as a police agent regarding unlawful activities engaged in by a number of members or associates of the East End Chapter of the Hell's Angels, including the two appellants.

56 The affidavit then described the follow-up investigation into Molsberry's allegations. Molsberry's criminal background was confirmed. He was subjected to a polygraph examination, the results of which were communicated to Detective Richards. As I will later describe, this part of the affidavit is central to the appellant's application to cross-examine Detective Richards. The relevant part of the affidavit reads as follows:

11. THAT on August 1, 1996, I was advised by Sgt. Peter FRASER of the Vancouver Police Department, Polygraph Section (hereinafter referred to as "Sgt. FRASER"), and verily believe, that on July 31, 1996, he conducted a polygraph examination of MOLSBERRY in relation to this police investigation. Sgt. FRASER informed me that as a result of the examination he verily believes, as do I, that to date MOLSBERRY has been completely truthful in his dealings with the police in this investigation. [Emphasis added.]

Detective Richards also deposed to information received from Constable Dalstrom, who in turn received information from a confidential informant about unlawful activities engaged in by the appellants and others. The information received from the confidential informant included the fact that Pires assisted his brothers in cocaine trafficking and related activities, and acted as an enforcer to collect drug debts on behalf of his brothers. The affidavit also referred to information received from two other confidential informants confirming some of the unlawful activities of other persons named by Molsberry.

57 Detective Richards next deposed on further corroborative evidence. On July 10, 1996, Detective

foi de mandats non exécutés pour conduite pendant une interdiction, défaut de comparaître et entrave d'un policier dans l'exécution de ses fonctions. C'est après cet événement qu'il a informé la police de la dette de drogue non remboursée et des craintes pour sa sécurité. Il a ultérieurement consenti à agir comme mandataire de la police à l'égard des activités illégales de certains membres ou associés du East End Chapter des Hell's Angels, dont les deux appelants.

L'affidavit décrit ensuite l'enquête menée relativement aux allégations de Molsberry. Son passé criminel a été confirmé. On l'a soumis au test du polygraphe, dont les résultats ont été communiqués au détective Richards. Comme je l'expliquerai plus loin, cette partie de l'affidavit est au cœur de la demande de l'appelant de contre-interroger le détective Richards. La partie pertinente de l'affidavit est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] 11. QUE le 1^{er} août 1996, j'ai été avisé par le sergent Peter FRASER de la section de la polygraphie du service de police de Vancouver (ci-après appelé « sergent FRASER »), et je crois sincèrement, que, le 31 juillet 1996, il a fait subir le test du polygraphe à MOLSBERRY dans le cadre de la présente enquête policière. Le sergent FRASER m'a informé que, par suite du test, il croit sincèrement, comme moi, qu'à ce jour MOLSBERRY a dit toute la vérité dans ses rapports avec la police au cours de la présente enquête. [Je souligne.]

Le détective Richards déclare également avoir reçu des renseignements de l'agent de police Dalstrom, qui avait lui-même reçu d'un informateur confidentiel des renseignements au sujet des activités illégales exercées par les appelants et d'autres personnes. Les renseignements reçus de l'informateur confidentiel comprenaient le fait que Pires assistait ses frères dans le trafic de la drogue et dans des activités connexes, en plus d'agir comme homme de main pour recouvrer des dettes de drogue au nom de ses frères. L'affidavit fait également mention de renseignements reçus de deux autres informateurs confidentiels qui confirmaient les activités illégales d'autres personnes nommées par Molsberry.

Le détective Richards parle ensuite d'une autre preuve corroborante. Il était présent, le 10 juillet

Richards was present when Constable Dalstrom instructed Molsberry to place a call to Lising in order to re-establish contact with him. Molsberry placed the call and told Lising that he wanted to pay the outstanding debt. Following the call, Molsberry informed Detective Richards that Lising was angry, that the debt had been increased to \$1,000 and that he would be dead if the debt was not paid by July 15. The police thereupon provided \$1,000 in cash to Molsberry and members of the Vancouver Police Department observed Molsberry meet with Lising and Pires on July 17 and hand the cash to Lising. They were subsequently informed by Molsberry that during the meeting, Lising offered to supply him with cocaine for \$1,400 an ounce. Lising told Molsberry to contact him the following week.

Detective Richards provided further information about a meeting between Molsberry and one of the other associates. As well, Molsberry told Detective Richards on July 29, 1996 that he had been assaulted by some of these associates two days previously. Detective Richards observed that Molsberry had sustained serious facial injuries.

Finally, the affidavit provided details about the agreement with Molsberry, his consent to the interception of his private communications, and the proposed strategy of the investigation. Detective Richards deposed that based on all these facts, he had reasonable grounds to believe that the interception of communications with the appellants and others when they are communicating with Molsberry would provide information about certain specified narcotic offences. Other details necessary to meet the requirements of s. 184.2 (not relevant to this appeal) were also provided.

Much time was spent in argument before the trial judge on Lising's application to cross-examine Molsberry on the *voir dire*, in aid of the appellants' joint application to cross-examine Detective Richards. Lising's application to cross-examine Molsberry was based on counsel's assertion that a number of unidentified persons had provided him with information about Molsberry's general reputation for dishonesty, drug use and criminal

1996, lorsque l'agent de police Dalstrom a demandé à Molsberry d'appeler Lising pour reprendre contact avec lui. Molsberry a appelé Lising et lui a dit qu'il voulait rembourser sa dette. Après l'appel, Molsberry a informé le détective Richards que Lising était en colère, que la dette avait grimpé à 1 000 \$ et qu'il allait mourir s'il ne la remboursait pas au plus tard le 15 juillet. La police a alors remis 1 000 \$ comptant à Molsberry et, le 17 juillet, des membres du service de police de Vancouver ont observé Molsberry et l'ont vu rencontrer Lising et Pires et remettre l'argent à Lising. Molsberry a par la suite informé les policiers que, pendant la rencontre, Lising lui avait offert de la cocaïne au prix de 1 400 \$ l'once. Lising a demandé à Molsberry de l'appeler la semaine suivante.

Le détective Richards fournit d'autres renseignements au sujet d'une rencontre entre Molsberry et un des associés. De plus, le 29 juillet 1996, Molsberry a dit au détective Richards qu'il avait été agressé par certains des associés en question deux jours auparavant. Le détective Richards a remarqué que Molsberry avait subi de graves blessures au visage.

Enfin, l'affidavit donne des détails sur l'entente conclue avec Molsberry, son consentement à l'interception de ses communications privées et la stratégie d'enquête proposée. Le détective Richards indique que, sur la foi de tous ces faits, il avait des motifs raisonnables de croire que l'interception des communications entre les appelants et d'autres personnes et Molsberry fournirait des renseignements sur des infractions précises liées à la drogue. D'autres détails nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'art. 184.2 (sans pertinence à l'égard du présent pourvoi) sont également fournis.

Devant le juge du procès, les parties ont passé beaucoup de temps à débattre sur la demande de Lising de contre-interroger Molsberry au cours du voir-dire, pour appuyer la demande présentée conjointement par les appelants en vue d'être autorisés à contre-interroger le détective Richards. La demande de Lising de contre-interroger Molsberry reposait sur l'affirmation de l'avocat voulant que plusieurs personnes non identifiées lui aient fourni

58

59

60

activity. These assertions did not give reason to embark on an evidentiary hearing. There was no suggestion that the unidentified persons' opinions were even known to the police. Further, nothing in the proposed testimony would have contradicted Molsberry's key allegations. Therefore, the trial judge correctly refused this application and his ruling was not challenged before this Court. As stated earlier, the only issue on this appeal concerns, rather, the application to cross-examine the deponent himself, Detective Richards. I will therefore describe in more detail the basis advanced in support of that application.

61 The appellants' argument is entirely focussed on the above-quoted para. 11 of the affidavit. For convenience, I repeat the impugned part of that paragraph:

11. . . . Sgt. FRASER informed me that as a result of the examination he verily believes, as do I, that to date MOLSBERRY has been completely truthful in his dealings with the police in this investigation.

The appellants argued before the trial judge that this statement was misleading because, as revealed by the polygraph material, Molsberry had been tested by polygraph only to determine whether he was a "double agent" and not to determine whether he had been "completely truthful in his dealings with the police in this investigation". (At one point the police had contemplated re-examining Molsberry by polygraph on a wider range of issues; however, they later decided against it because the effectiveness of polygraph testing diminishes on subjects who have already been exposed to testing.) The trial judge agreed with the appellants that this statement in para. 11 was misleading "to the extent" that it says that Sgt. Fraser's belief in Molsberry's complete truthfulness was based on the polygraph examination. Moreover, the trial judge was of the view that the statement in para. 11 "appears to be calculated to mislead" because it seemed that it "was designed to lead to the inference that Detective Richards' belief in the truthfulness of Molsberry was

des renseignements sur la réputation générale de Molsberry, à savoir qu'il était malhonnête, prenait de la drogue et se livrait à des activités criminelles. Ces affirmations ne permettaient pas de procéder à une audition de la preuve. Rien n'indiquait que les opinions des personnes non identifiées étaient même connues de la police. De plus, aucun élément du témoignage projeté n'aurait contredit les allégations clés de Molsberry. Le juge du procès a à bon droit refusé cette demande, et sa décision n'a pas été contestée devant notre Cour. Je le répète, la seule question qui se pose dans le présent pourvoi concerne plutôt la demande de contre-interroger le déposant lui-même, le détective Richards. Je vais donc examiner plus en détail les motifs invoqués à l'appui de cette demande.

L'argumentation des appelants est entièrement axée sur le par. 11 précité de l'affidavit. Pour des raisons de commodité, je reproduis à nouveau la partie contestée de ce paragraphe :

[TRADUCTION] 11. [. . .] Le sergent FRASER m'a informé que, par suite du test, il croit sincèrement, comme moi, qu'à ce jour MOLSBERRY a dit toute la vérité dans ses rapports avec la police au cours de la présente enquête.

Devant le juge du procès, les appelants ont fait valoir que cette déclaration était trompeuse parce que, comme le révèlent les documents relatifs au polygraphe, Molsberry avait été soumis à ce test uniquement dans le but de déterminer s'il était un « agent double », et non pour vérifier s'il avait [TRADUCTION] « dit toute la vérité dans ses rapports avec la police au cours de la présente enquête ». (À un certain moment, la police avait envisagé de soumettre Molsberry à un autre test polygraphique, avec un éventail de questions plus large, mais elle y a renoncé, parce que l'efficacité de ce test diminue chez les sujets qui y ont déjà été soumis.) Le juge du procès a reconnu avec les appelants que la déclaration figurant au par. 11 était trompeuse [TRADUCTION] « dans la mesure » où elle indique que la croyance du sergent Fraser en la parfaite franchise de Molsberry reposait sur le test polygraphique. En outre, le juge du procès était d'avis que cette déclaration [TRADUCTION] « para[issait] viser à induire en erreur », du fait qu'elle semblait

supported by the result of the polygraph test”. The appellants submit that, based on these findings, the trial judge ought to have permitted cross-examination of Detective Richards. However, rather than granting such leave, the trial judge decided for review purposes to disregard the evidence in para. 11. Based on what remained in the affidavit, the trial judge was satisfied that the authorizing judge could have granted the authorization. He therefore dismissed the appellants’ application for leave to cross-examine Detective Richards.

The British Columbia Court of Appeal unanimously upheld the trial judge’s ruling, concluding that leave to cross-examine was properly denied, each judge expressing in separate concurring reasons his or her basis for arriving at this conclusion. As before this Court, the focus was on para. 11. Two of the appellate judges, Finch C.J.B.C. and Newbury J.A., expressly questioned the basis for the trial judge’s statement that part of para. 11 was “calculated to mislead”. (Southin J.A. did not express any view on this point as it was irrelevant to her analysis.) On their review of the record, they each concluded that the trial judge could not have meant that Detective Richards deliberately attempted to mislead the authorizing judge. Rather, as Finch C.J.B.C. held, the word “calculated” “cannot be meant to attribute a dishonest intention . . . but rather, must be taken to mean fitted, suited or apt for the purpose” (para. 81). Each judge concluded that the threshold test had not been met and that the trial judge was correct in denying leave.

It is quite understandable why the discussion on appeal is focussed on the words “calculated to mislead”. Indeed, if there is a reasonable basis for believing that an affiant deliberately attempted to mislead the authorizing judge, this would generally

[TRADUCTION] « conçue de façon à donner l’impression que la croyance du détective Richard en la franchise de Molsberry était étayée par les résultats du test polygraphique ». Les appelants soutiennent que, à partir de ces conclusions, le juge du procès aurait dû permettre le contre-interrogatoire du détective Richards. Or, il a plutôt décidé, pour les besoins de la révision, d’écarter l’élément de preuve contenu au par. 11. À la lumière du reste de l’affidavit, le juge du procès était convaincu que le juge saisi de la demande d’autorisation aurait été fondé à accorder celle-ci. Il a donc refusé aux appelants l’autorisation de contre-interroger le détective Richards.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé à l’unanimité la décision du juge du procès et conclu que l’autorisation de contre-interroger avait à bon droit été refusée, chaque juge exposant dans des motifs distincts concourants les raisons pour lesquelles il arrivait à cette conclusion. Comme ce fut le cas devant notre Cour, l’accent a porté sur le par. 11. Deux des juges de la Cour d’appel, en l’occurrence le juge en chef Finch et la juge Newbury, ont expressément émis des doutes quant aux raisons ayant conduit le juge du procès à dire qu’une partie du par. 11 paraissait [TRADUCTION] « viser à induire en erreur ». (La juge Southin n’a pas abordé ce point qui n’était pas pertinent pour son analyse.) Après avoir examiné le dossier, chacun d’eux a conclu que le juge du procès ne pouvait avoir voulu dire que le détective Richards avait délibérément tenté d’induire en erreur le juge qui avait accordé l’autorisation. Mais comme a estimé le juge en chef Finch, les mots [TRADUCTION] « viser à » « ne sauraient être considérés comme ayant pour effet d’attribuer une intention malhonnête [. . .] mais doivent plutôt être considérés comme voulant dire propre à, de nature à ou apte à » (par. 81). Chacun des juges a conclu que le critère préliminaire n’avait pas été respecté et que le juge du procès avait eu raison de refuser le contre-interrogatoire.

On comprend fort bien pourquoi, en appel, les débats portent principalement sur les mots [TRADUCTION] « viser à induire en erreur ». En effet, l’existence de motifs raisonnables de croire qu’un déposant a délibérément tenté d’induire en erreur

warrant further inquiry by cross-examination because the credibility of the entire affidavit may be brought into question. However, here, as in all cases, the trial judge's words have to be considered in the context of the evidence on the *voir dire* and his ruling as a whole. This is the approach taken by the judges of the British Columbia Court of Appeal. Based on their review, they found no support for the conclusion that Detective Richards, by para. 11 of his affidavit, was attempting to mislead the authorizing judge. Further, when the ruling is considered as a whole, it is quite clear that the trial judge was of the view that cross-examination would not advance the inquiry and that, regardless of any statement about the polygraph test, there was ample basis to grant the authorization and no reason to set it aside. The British Columbia Court of Appeal saw no reason to interfere with that decision.

le juge saisi de la demande d'autorisation ouvre généralement la porte au contre-interrogatoire, étant donné que cela peut entacher la fiabilité de l'affidavit en entier. Toutefois, en l'espèce comme dans tous les cas, il faut examiner les propos du juge du procès au regard de la preuve soumise au voir-dire et de sa décision dans son ensemble. C'est l'approche qu'ont retenue les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'examen auquel ils se sont livrés n'a révélé aucun élément de preuve étayant la conclusion selon laquelle, au par. 11 de son affidavit, le détective Richards cherchait à induire en erreur le juge saisi de la demande d'autorisation. De plus, il ressort nettement de l'ensemble de la décision du juge du procès que, pour ce dernier, le contre-interrogatoire n'aiderait pas l'enquête et que, indépendamment de toute déclaration concernant le test du polygraphe, l'autorisation était amplement justifiée et rien ne justifiait de l'annuler. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'a vu aucune raison de modifier cette décision.

64

I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal. Having reviewed the record, I too question why the trial judge, in the course of his oral ruling, described as he did the statement about the polygraph test in para. 11 of the affidavit. Perhaps he was merely being responsive to counsel's submissions. Based on the record, it is difficult to understand why it would be misleading to suggest that the results of the polygraph examination formed part of the basis for Detective Richards' belief in Molsberry's truthfulness. If the polygraph results had demonstrated that Molsberry was lying and Detective Richards made the same statement, of course, it would clearly be misleading. But the polygraph examiner concluded that Molsberry was truthful when he answered "no" to the following three questions:

1. Regarding this police investigation, have you discussed your status with the target organization?
2. Regarding this police investigation have you in any manner, falsely represented yourself to the police?

Je souscris à la conclusion tirée par la Cour d'appel. Premièrement, après examen du dossier, je me demande également pourquoi, dans sa décision de vive voix, le juge du procès a commenté comme il l'a fait la déclaration relative au test polygraphique figurant au par. 11. Peut-être réagissait-il alors simplement aux observations des avocats. Au vu du dossier, il est difficile de comprendre en quoi il serait trompeur de dire que les résultats du test polygraphique ont fondé en partie la croyance du détective Richards en la franchise de Molsberry. Si le détective Richards avait fait la même déclaration mais que les résultats avaient démontré que Molsberry mentait, il va de soi que cette déclaration serait clairement trompeuse. Cependant, le polygraphiste a conclu que Molsberry disait la vérité lorsqu'il a répondu « non » aux trois questions suivantes :

[TRADUCTION]

1. En ce qui concerne la présente enquête policière, avez-vous discuté de votre statut au sein de l'organisation visée?
2. En ce qui concerne la présente enquête policière, avez-vous, de quelque façon que ce soit, fait de fausses déclarations vous concernant à la police?

3. Regarding this police investigation, are you attempting to be an agent for both sides?

Quite apart from the inherent limitations of polygraph testing, I fail to see how these results would do anything but lend support to Detective Richards' belief in Molsberry's truthfulness. While the testing appeared limited in truth to the issue of whether Molsberry was a double agent, in the context of the investigation this was a very relevant consideration. The polygraph examination was conducted on July 31, 1996, about three weeks after Molsberry first gave information to the Vancouver police about the appellants and certain other individuals. As noted earlier, the investigation had progressed in the intervening period. Most significant was the observed encounter between Molsberry and the two appellants when he handed Lising \$1,000 in payment of the alleged drug debt. Unless Molsberry was in cahoots with the appellants and this was staged, this encounter constituted significant corroboration of his story. Hence, the subsequent confirmation by the polygraph examiner that Molsberry was not a double agent would logically lend further support to Detective Richards' belief that Molsberry was being truthful.

I also agree with the Court of Appeal that the trial judge was correct in refusing leave to cross-examine Detective Richards. In my view, there was no reasonable likelihood that cross-examination on the impugned statement in para. 11 would elicit evidence of any probative value to the issue for consideration on a review of the authorization. The material issue for consideration on the *voir dire* is whether, at the time of granting the authorization, there existed reasonable grounds to believe that: (a) an offence was or will be committed and (b) information concerning the offence will be obtained by the proposed interception. Detective Richards is not the source of the information that was advanced to establish the reasonable grounds; Molsberry was. There is no contention that the information provided by Molsberry, if reasonably credible, is insufficient to establish the requisite

3. En ce qui concerne la présente enquête policière, essayez-vous d'agir comme mandataire des deux parties?

Indépendamment des limites inhérentes au test du polygraphe, je ne vois pas pourquoi ces résultats n'appuieraient pas la croyance du détective Richards en la franchise de Molsberry. Bien que le test ait semblé se limiter à la question de savoir si Molsberry était un agent double, il s'agissait, dans le contexte de l'enquête, d'une considération très pertinente. Le test polygraphique a été réalisé le 31 juillet 1996, soit environ trois semaines après que Molsberry eut donné à la police de Vancouver ses premiers renseignements concernant les appelants et d'autres personnes. Comme je l'ai déjà souligné, l'enquête avait progressé dans l'intervalle. Il y avait eu notamment la rencontre observée entre Molsberry et les deux appelants, où Molsberry avait remis à Lising une somme de 1 000 \$ en remboursement de la prétendue dette de drogue. À moins que Molsberry ait été de mèche avec les appelants et qu'il se soit agi d'une mise en scène, cette rencontre constituait une corroboration importante de son récit. Partant, la confirmation subséquente par le polygraphiste que Molsberry n'était pas un agent double pouvait logiquement conforter la croyance du détective Richards dans la franchise de Molsberry.

Je partage également l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a eu raison de ne pas permettre le contre-interrogatoire du détective Richards. À mon avis, il n'existait aucune probabilité raisonnable qu'un contre-interrogatoire sur la déclaration contestée au par. 11 apporte un élément de preuve probant quant à la question soulevée dans le cadre d'une révision de l'autorisation. La question substantielle à examiner dans le cadre du voir-dire est de savoir s'il existait, au moment où l'autorisation a été accordée, des motifs raisonnables de croire : a) qu'une infraction avait été ou serait commise; b) que des renseignements relatifs à l'infraction seraient obtenus au moyen de l'interception envisagée. La source des renseignements présentés pour établir l'existence des motifs raisonnables n'était pas le détective Richards; c'était Molsberry. Nul ne prétend que les renseignements

grounds. Hence, the determinative issue becomes the grounds for believing that Molsberry was a reliable informant.

66 Detective Richards' personal belief, if any, in Molsberry's truthfulness is immaterial. Section 184.2 of the *Criminal Code* does not require that the affiant, or any other peace officer, have a subjective belief in the information advanced in support of the requisite reasonable grounds. (This may be contrasted, for example, with s. 254(3) of the *Criminal Code* where a peace officer must subjectively believe on objective grounds that a suspect is committing, or in the preceding two — now three — hours has committed, a drinking and driving offence before a request may be made for a breath sample: *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254.) The only requirement is that there exist, on an objective basis, reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed and that evidence about the offence will be obtained by means of the proposed interception. The reasonable grounds are often set out, as in this case, by an affiant who swears as to his or her belief in the existence of reasonable grounds and then explains on what facts it is based. The authorizing judge is then in a position to consider the facts and independently decide whether reasonable grounds have been made out. It is in the context of setting out the factual basis for his belief in the existence of reasonable grounds that Detective Richards related in para. 11 the information provided to him by Sgt. Fraser about the polygraph test.

67 Regardless of the inherent limitations of polygraph testing, the polygraph results were relevant to the material issue — it formed part of the grounds advanced for believing that Molsberry was a reliable informant. However, there was no need to cross-examine Detective Richards to find out more about the polygraph test. The polygraph results, including the transcript of the pre-test examination, were

fournis par Molsberry, s'ils sont raisonnablement crédibles, ne suffisent pas à établir l'existence des motifs requis. Par conséquent, la question déterminante devient celle de savoir s'il existait des motifs de croire que Molsberry était un informateur fiable.

La croyance personnelle du détective Richards en la franchise de Molsberry, si tant est qu'il avait une opinion à cet égard, importe peu. L'article 184.2 du *Code criminel* n'exige pas que le déposant, ou tout agent de la paix, croie subjectivement à la véracité des renseignements présentés pour étayer les motifs raisonnables requis. (La situation est différente, par exemple, dans le cas du par. 254(3) du *Code criminel*, qui exige, pour qu'une demande d'échantillon d'haleine puisse être présentée, que l'agent de la paix croie subjectivement, pour des motifs objectifs, qu'un suspect est en train de commettre ou a commis, au cours des deux — maintenant trois — heures précédentes, une infraction de conduite avec facultés affaiblies : *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254.) La seule exigence est qu'il existe, objectivement, des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise et que des éléments de preuve relatifs à l'infraction seront obtenus au moyen de l'interception envisagée. Les motifs raisonnables sont souvent énoncés, comme c'est le cas en l'espèce, par un déposant qui atteste de sa croyance à cet égard et qui explique sur quels faits celle-ci repose. Le juge saisi de la demande d'autorisation est alors en mesure d'examiner les faits et de décider, d'une manière indépendante, si l'existence des motifs raisonnables a été établie. C'est dans l'énonciation du fondement factuel de sa croyance en l'existence de motifs raisonnables que le détective Richards a relaté, au par. 11, les renseignements qui lui ont été fournis par le sergent Fraser au sujet du test polygraphique.

Indépendamment des limites inhérentes au test du polygraphe, les résultats de ce test étaient pertinents à l'égard de la question substantielle — ils faisaient partie des motifs permettant de croire que Molsberry était un informateur fiable. Il n'était toutefois pas nécessaire de contre-interroger le détective Richards pour en savoir plus sur le test polygraphique. Les résultats de ce test, y compris

disclosed to the defence and were put before the reviewing judge for his consideration. There was no reasonable likelihood that cross-examination of Detective Richards on the information he received about the polygraph results would elucidate anything further of any probative value. Cross-examination of Detective Richards on his para. 11, at best, could only serve to elucidate with greater precision the extent to which the information received by him from the polygraph examiner figured in his own assessment of Molsberry's credibility at that point in time in the investigation. Further, and more importantly, the basis for obtaining an authorization — the grounds for believing that the appellants trafficked in cocaine and Molsberry's consent to be intercepted — was not in any way impugned by the information on which the appellants claimed the need for an evidentiary hearing.

The appellants contend however that the impugned statement brought Detective Richards' own credibility into question and that cross-examination was necessary to explore this further. There is no doubt that the affiant's own credibility may be material on a *Garofoli* hearing. Indeed, if the officer reported a certain result in the face of a contrary conclusion by the polygraph examiner, one would hope that cross-examination would be permitted. However, as the material reveals in this case, the proposed cross-examination, at best, could reveal that Detective Richards overstated the potential value of the polygraph results. On this point, I agree with the following opinion expressed by Finch C.J.B.C.:

In my view, the appellants have not met this threshold. At most, the appellants have shown a basis to believe that cross-examination will elicit testimony that tends to discredit Detective Richards' credibility on the peripheral matter of the polygraph examination results. This, however, is insufficient. The appellants have not shown any basis to conclude that cross-examination will tend to impugn Detective Richards' credibility on any

la transcription de l'entrevue préliminaire, ont été communiqués à la défense et soumis à l'examen du juge siégeant en révision. Il n'existait aucune probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du détective Richards relativement aux renseignements qu'il avait reçus au sujet des résultats du test polygraphique apporte quoi que ce soit de plus qui aurait une quelconque valeur probante. Le contre-interrogatoire du détective Richards relativement à son par. 11 pouvait tout au plus servir à préciser davantage la mesure dans laquelle les renseignements qu'il avait reçus du polygraphiste avaient joué un rôle dans sa propre appréciation de la crédibilité de Molsberry à ce moment précis de l'enquête. En outre, et cela est plus important, le fondement de l'obtention d'une autorisation — les motifs de croire que les appelants faisaient le trafic de la cocaïne et le consentement de Molsberry à l'interception — n'était aucunement mis en doute par les renseignements invoqués par les appelants pour établir la nécessité de procéder à une audition de la preuve.

Les appelants soutiennent néanmoins que la déclaration contestée a jeté le doute sur la crédibilité du détective Richards lui-même et que le contre-interrogatoire de celui-ci était nécessaire pour explorer davantage cette question. Il est indubitable que la crédibilité du déposant lui-même peut être déterminante à l'occasion d'une audience de type *Garofoli*. D'ailleurs, si l'agent avait fait état d'un résultat contraire à la conclusion du polygraphiste, le contre-interrogatoire aurait, doit-on l'espérer, été permis. Cependant, comme le révèlent les documents soumis en l'espèce, le contre-interrogatoire projeté pouvait tout au plus révéler que le détective Richards avait surestimé la valeur potentielle des résultats du test polygraphique. Sur ce point, je souscris à l'opinion suivante exprimée par le juge en chef Finch :

[TRADUCTION] À mon avis, les appelants n'ont pas satisfait à cette exigence préliminaire. Ils ont tout au plus démontré qu'il existait des motifs de croire que ce contre-interrogatoire apporterait un témoignage tendant à miner la crédibilité du détective Richards quant à la question secondaire des résultats du test du polygraphe. Cela n'est toutefois pas suffisant. Les appelants n'ont pas démontré qu'il existait des motifs de

of the statements in his affidavit that form the essential basis for issuing the authorization. Nor does the misleading statement in ¶ 11 create any reasonable possibility that cross-examination of Detective Richards would elicit testimony that casts so much doubt on his credibility that the reliability of his entire affidavit would be tainted. Accordingly, and unlike *Garofoli, supra*, the misleading statement in ¶ 11 does not go to the foundation of the authorization. It is, rather, as in *Vukelich, supra*, unrelated to “the essence of the case”. [para. 83]

conclure que le contre-interrogatoire tendrait à mettre en doute la crédibilité du détective Richards à l'égard de l'une ou l'autre des déclarations dans son affidavit qui constituent le motif essentiel de la délivrance de l'autorisation. La déclaration trompeuse contenue au ¶ 11 n'établit pas non plus une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du détective Richards apporterait un témoignage jetant un tel doute sur la crédibilité de ce dernier que la fiabilité de l'ensemble de son affidavit serait entachée. Par conséquent, et contrairement à ce qui a été décidé dans l'arrêt *Garofoli*, précité, la déclaration trompeuse au ¶ 11 ne sape pas le fondement de l'autorisation. Il s'agit plutôt d'une déclaration qui, comme dans l'arrêt *Vukelich*, précité, n'a rien à voir avec « les éléments essentiels de l'affaire ». [par. 83]

69

Although the likely effect of the proposed cross-examination must be assessed in light of the affidavit as a whole, I also agree with Finch C.J.B.C. that the threshold test for determining whether cross-examination should be allowed is separate and distinct from the ultimate question of whether the authorization is valid. Hence, in determining whether the threshold test has been met, the trial judge cannot decide the question simply on the basis that other parts of the affidavit would support the authorization. The focus, rather, must be on the likely effect of the proposed cross-examination and on whether there is a reasonable likelihood that it will undermine the basis of the authorization. If the test is met, it is only at the conclusion of the *voir dire* that the trial judge will determine whether, on the basis of the amplified record, there still remains a basis for the authorization. However, the trial judge's apparent collapse of the two tests is of no moment in this case. Having correctly refused leave to cross-examine, the next step was to determine the authorization's validity on the basis of the material before him. The fact that he proceeded to do so without considering para. 11 is of no consequence to the appellants. I therefore see no reason to interfere with the trial judge's ruling.

6. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeals.

Bien qu'il faille apprécier l'effet probable du contre-interrogatoire projeté à la lumière de l'ensemble de l'affidavit, je conviens également avec le juge en chef Finch que le critère préliminaire applicable pour décider s'il y a lieu de permettre le contre-interrogatoire est distinct de la question ultime de la validité de l'autorisation. En conséquence, pour déterminer si le critère préliminaire a été respecté, le juge du procès ne peut se contenter de vérifier si les autres parties de l'affidavit auraient étayé l'autorisation. Il doit s'attacher à l'effet probable du contre-interrogatoire projeté et à la probabilité raisonnable que celui-ci sape le fondement de l'autorisation. Si le critère est respecté, ce n'est qu'à la fin du voir-dire que le juge du procès déterminera, sur la base d'un dossier étoffé par un complément de preuve, s'il reste un fondement à l'autorisation. Toutefois, la fusion des deux critères qu'a apparemment opérée le juge du procès n'a aucune incidence en l'espèce. Après avoir à juste titre refusé le contre-interrogatoire, il devait passer à l'étape suivante et vérifier la validité de l'autorisation sur la foi des documents qui lui avaient été soumis. Qu'il l'ait fait sans tenir compte du par. 11 n'a aucune incidence pour les appelants. Je ne vois donc aucune raison de modifier la décision du juge du procès.

6. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

70

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Pires: Kenneth S. Westlake; Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the appellant Lising: Gregory P. DelBigio, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appellant Pires : Kenneth S. Westlake; Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l'appellant Lising : Gregory P. DelBigio, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.