

A-339-87

A-339-87

**Harjit Singh Atwal (Appellant)**

v.

**The Queen (Respondent)**

INDEXED AS: ATWAL v. CANADA

Court of Appeal, Mahoney, Hugessen and MacGuigan JJ.—Ottawa, June 24, 25, 26 and August 12, 1987.

*Security intelligence — Warrant issued under CSIS Act s. 21 not required to set out judge's conclusions as to every matter prerequisite to issuance thereof — Warrant not required to specify threat to security of Canada — Act s. 21 not in violation of Charter s. 8 — In interest of justice, affidavit in support of warrant to be disclosed after appropriate security editing — Interference with solicitor-client privilege permissible only to extent absolutely necessary — Public interest in administration of justice independent of other public interests — Up to Minister, not Judge, to invoke national security interest pursuant to Canada Evidence Act.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search or seizure — Wiretap and search warrant issued under CSIS Act s. 21 — Act s. 21 satisfying prescription in Hunter et al. v. Southam Inc. as to minimum criteria demanded by Charter s. 8 of legislation authorizing search and seizure — Objective standard set by requirement judge be satisfied, on reasonable and probable grounds, threat to security of Canada exists and warrant required to investigate.*

*Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Appeal from Federal Court judge's refusal to rescind wiretap and search warrant issued under CSIS Act s. 21 — Jurisdiction in Court as proceeding not appeal from warrant but from final judgment of Trial Division refusing to rescind warrant.*

*Judges and courts — Status of Federal Court judge designated for purposes of Canadian Security Intelligence Service Act — Whether member of "discrete superior court" composed of designated judges.*

In July 1985, a member of the Federal Court of Appeal, acting as a Federal Court judge designated by the Chief Justice for the purpose of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), issued a wiretap and search warrant against the appellant, pursuant to section 21 of that Act, for the investigation of a threat to the security of Canada. The appellant was subsequently charged with criminal offences in British Columbia. To prevent the use at his trial of certain intercepted communications, the appellant moved the Judge who had

**Harjit Singh Atwal (appellant)**

c.

**a La Reine (intimée)**

RÉPERTORIÉ: ATWAL c. CANADA

Cour d'appel, juges Mahoney, Hugessen et MacGuigan—Ottawa, 24, 25, 26 juin et 12 août 1987.

*Renseignement de sécurité — Le mandat décerné conformément à l'art. 21 de la Loi sur le SCRS ne doit pas obligatoirement énoncer les conclusions du juge relativement à chacune des conditions préalables à sa délivrance — Le mandat ne doit pas obligatoirement préciser quelles sont les menaces envers la sécurité du Canada — L'art. 21 de la Loi ne viole pas l'art. 8 de la Charte — Il est dans l'intérêt de la justice que l'affidavit présenté à l'appui du mandat soit divulgué avec les suppressions requises aux fins de la sécurité — Il ne doit être porté atteinte au secret professionnel de l'avocat que dans la mesure où cela est absolument nécessaire — L'intérêt public dans l'administration de la justice est indépendant des autres intérêts publics — Il appartient au ministre, non à un juge, d'invoquer la sécurité nationale sur le fondement de l'art. 36.1 de la Loi sur la preuve au Canada.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles, perquisitions, et saisies — Un mandat d'écoute électronique et de perquisition a été décerné conformément à l'art. 21 de la Loi sur le SCRS — L'art. 21 de cette Loi respecte la prescription de l'arrêt Hunter et autres c. Southam Inc. quant aux critères minimums établis par l'art. 8 de la Charte relativement aux dispositions législatives autorisant les fouilles, les perquisitions et les saisies — Est objectif le critère selon lequel un juge doit être convaincu, pour des motifs raisonnables et probables, que des menaces à la sécurité du Canada existent et qu'un mandat est nécessaire pour permettre la tenue d'une enquête à leur sujet.*

*Compétence de la Cour fédérale — Division d'appel — Appel est interjeté du refus d'un juge de la Cour fédérale d'annuler un mandat d'écoute électronique et de perquisition décerné conformément à l'art. 21 de la Loi sur le SCRS — La Cour est compétente puisque l'appel n'est pas interjeté de la délivrance de ce mandat mais de la décision finale de la Division de première instance de refuser son annulation.*

*Juges et tribunaux — Qualité d'un juge de la Cour fédérale désigné pour les fins de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — Ce juge est-il membre d'une «Cour supérieure distincte» composée de juges désignés?*

En juillet 1985, un juge de la Cour d'appel fédérale, agissant en qualité de juge de la Cour fédérale désigné par le juge en chef pour les fins de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS), a décerné un mandat d'écoute électronique et de perquisition à l'égard de l'appellant conformément à l'article 21 de la Loi pour permettre la tenue d'une enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada. L'appellant a subséquemment été accusé d'infractions criminelles en Colombie-Britannique. Pour empêcher que certaines des

issued the warrant to rescind the order granting its issuance. This is an appeal against the dismissal of the application to rescind.

Four issues are raised: (1) the respondent argues that the Court is without jurisdiction to hear this appeal since it is not an appeal specifically authorized by the CSIS Act, nor is it an appeal from the Trial Division authorized by subsection 27(1) of the *Federal Court Act*; (2) the appellant argues that the warrant is invalid in that it fails to comply with the requirements of section 21 of the Act, or (3) in the alternative, that the warrant and the authorizing provisions of the Act violate section 8 of the Charter; (4) finally, the appellant argues that the Judge below erred in refusing to permit the appellant to examine the supporting affidavit, or an edited version thereof.

*Held* (Hugessen J. dissenting in part), the appeal should be allowed only to the extent of permitting disclosure of the affidavit, after security editing.

*Per* Mahoney J. (MacGuigan J. concurring): This is not an appeal from the issuance of the search warrant but rather from the refusal to rescind on an application under Rule 330, and there is no doubt that the Court has jurisdiction to entertain such an appeal from an order of the Trial Division.

In performing functions under the CSIS Act, a judge designated for the purposes of the Act is acting as a Federal Court judge rather than as a *persona designata*, since the issuance of a warrant is an accepted judicial function of a Federal Court judge. Nor is the judge acting as a member of a "discrete superior court" composed of the designated judges. While Parliament could have constituted such a court, there was nothing in the Act to indicate such an intention. And, given the original jurisdiction conferred on the Trial Division, the refusal to rescind the warrant was a final judgment of that Division. The fact that the judge who issued the warrant is a member of the Court of Appeal is immaterial since he is *ex officio* a member of the Trial Division.

The warrant was in full compliance with section 21 of the CSIS Act. Although the warrant was silent as to the Judge's specific satisfaction as to each matter prerequisite to its issuance, there was a general statement that it was required, and that is sufficient. In that same vein, the failure to describe the perceived threat to the security of Canada in terms other than the words of the Act did not render the warrant invalid on its face. Since the CSIS Act is directed primarily to gathering information in an attempt to anticipate future occurrences, it will be generally less practically possible to be specific, in advance, in authorizations to intercept private communications under the Act than under the *Criminal Code*.

Provided that the warrant, as in this case, meets the requirement that the confidentiality of solicitor-client communications be interfered with only to the extent absolutely necessary to

communications intercepted ne soient présentées en preuve lors de son procès, l'appelant a demandé au juge qui avait décerné le mandat d'annuler l'ordonnance accordant sa délivrance. Le présent appel est interjeté du rejet de cette demande d'annulation.

Quatre questions sont soulevées: (1) l'intimée soutient que la Cour n'est pas habilitée à entendre le présent appel puisqu'il ne s'agit ni d'un appel expressément autorisé par la Loi sur le SCRS ni d'un appel d'une décision de la Division de première instance autorisé en vertu du paragraphe 27(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*; (2) l'appelant prétend que le mandat est invalide au motif qu'il ne satisfait pas aux exigences posées par l'article 21 de la Loi, ou (3) subsidiairement, que le mandat ainsi que les dispositions habilitantes de la Loi violent l'article 8 de la Charte; (4) finalement, l'appelant prétend que le juge de première instance a commis une erreur en refusant de permettre à l'appelant d'examiner l'affidavit sur le fondement duquel le mandat a été décerné, ou une version de cet affidavit adaptée aux fins d'un tel examen.

*Arrêt* (le juge Hugessen dissident en partie): l'appel ne devrait être accueilli que de façon à permettre la production de l'affidavit, adapté aux exigences de la sécurité.

Le juge Mahoney (avec l'appui du juge MacGuigan): Le présent appel n'est pas interjeté de la délivrance du mandat de perquisition mais du rejet d'une demande d'annulation fondée sur la Règle 330, et il ne fait aucun doute que la Cour est habilitée à instruire un appel ainsi formé à l'encontre d'une ordonnance de la Division de première instance.

Un juge désigné pour les fins de la Loi sur le SCRS qui exerce les fonctions que celle-ci lui assigne agit à titre de juge de la Cour fédérale plutôt qu'en qualité de *persona designata* puisque la délivrance d'un mandat constitue une fonction judiciaire reconnue des juges de la Cour fédérale. Ce juge n'agit pas non plus en qualité de membre d'une «Cour supérieure distincte» composée des juges désignés. Bien que le Parlement aurait pu constituer une telle Cour, rien dans la Loi n'indique une telle intention de sa part. Et, compte tenu de la compétence de première instance conférée à la Division de première instance de la Cour fédérale, le refus d'annuler le mandat constituait un jugement définitif de cette Division. Le fait que le juge qui a décerné le mandat est un membre de la Cour d'appel n'est pas pertinent puisque celui-ci est d'office membre de la Division de première instance.

Le mandat respectait entièrement les exigences de l'article 21 de la Loi sur le SCRS. Bien que ce mandat n'ait pas énoncé expressément que le juge considérait comme réalisée chacune des conditions particulières préalables à sa délivrance, ce mandat comportait une déclaration générale portant qu'il était nécessaire, et une telle déclaration était suffisante. De la même manière, le fait que le mandat ait omis de décrire les menaces envisagées envers la sécurité du Canada autrement qu'en reprenant les termes de la Loi n'a pas eu pour conséquence de rendre ce mandat invalide à sa seule lecture. Comme la Loi sur le SCRS vise principalement à recueillir les informations permettant de prévoir certains événements, les autorisations d'interception de communications privées fondées sur la Loi seront, en pratique, plus difficilement précises à l'avance que les autorisations prévues au *Code criminel*.

Pourvu qu'un tel mandat satisfasse, comme celui en l'espèce, à l'exigence qu'il ne soit porté atteinte au caractère confidentiel des communications entre l'avocat et son client que dans la

achieve the objects of the Act, an authorization broad enough to encompass interception of communications protected by solicitor-client privilege does not render the warrant invalid on its face.

Neither section 21 of the CSIS Act nor the warrant was in violation of section 8 of the Charter. To say that section 8 applies to the interception and recording of conversations is not to expand the notion of search and seizure but rather to recognize that technology has changed the ways a search and seizure may be effected and added verbal communications to the things which can be seized. However, paragraph 21(2)(a) of the CSIS Act fully satisfied, *mutatis mutandis*, the prescription of *Hunter et al. v. Southam Inc.* as to the minimum criteria, demanded by section 8 of the Charter, of legislation authorizing a search and seizure. The judge is required to be satisfied—as he was in this case—on reasonable and probable grounds established by sworn evidence, that a threat to the security of Canada exists and that a warrant is required to enable its investigation. That is an objective standard.

The affidavit submitted in support of the warrant should be produced, after appropriate security editing. Normally, when evidence of an offence against a person has been acquired by means of a search warrant, that person has the right, before the evidence is used against him, to challenge the validity of the warrant for insufficiency of the supporting material. This implies access to that material.

The only absolute prohibition against disclosure under the CSIS Act concerns information from which the identity of an informer or an employee engaged in covert operations can be inferred. Nothing in the Act expressly prohibits disclosure of information by Court order. If it is not to be disclosed, it must be because an interested party properly objects to its disclosure, not because disclosure is prohibited by law. What must be sought is the maximum accountability and accessibility of and to the judicial presence in the intelligence gathering system but not to the extent of impairing the investigation of genuine threats to national security.

The public interest in the administration of justice must invariably weigh in favour of the openness of all judicial processes. It is an interest entirely independent of other public interests which may weigh against and, on occasion, outweigh it. It is not the judge's function, however, to invoke the national security interest. It is incumbent upon the responsible Minister to do so by invoking section 36.1 of the *Canada Evidence Act*.

*Per Hugessen J.* (dissenting in part): The objection to jurisdiction was not well taken. Whatever may have been the judge's status when he issued the original warrant in July 1985, when he heard the application to rescind that warrant over a year and a half later, he could only have done so as a judge of

mesure où cela est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs fixés par la Loi, le fait qu'une autorisation soit assez large pour comprendre l'interception des communications protégées par le privilège du secret professionnel de l'avocat ne rend pas le mandat invalide à sa seule lecture.

<sup>a</sup> Ni l'article 21 de la Loi sur le SCRS ni le mandat ne portait atteinte à l'article 8 de la Charte. Dire que l'article 8 s'applique à l'interception et à l'enregistrement des conversations n'est pas élargir le concept des fouilles, des perquisitions et des saisies mais reconnaître que la technologie a modifié la manière dont les fouilles, les perquisitions et les saisies peuvent être effectuées et qu'elle a ajouté les communications verbales aux éléments qui peuvent être saisis. Toutefois, l'alinéa 21(2)a) de la Loi sur le SCRS a respecté entièrement, compte tenu des adaptations de circonstance, la prescription de l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* quant aux critères minimums établis par l'article 8 de la Charte relativement aux dispositions législatives autorisant les fouilles, les perquisitions et les saisies. Le juge doit être convaincu—comme il l'était dans la présente espèce—pour des motifs raisonnables et probables fondés sur des éléments de preuve fournis sous serment, que des menaces envers la sécurité du Canada existent et qu'un mandat est <sup>b</sup> nécessaire pour permettre la tenue d'une enquête à ce sujet. Il <sup>c</sup> s'agit d'un critère objectif.

L'affidavit soumis à l'appui de la délivrance du mandat devrait être produit dans une version adaptée aux exigences de la sécurité. Normalement, lorsque des éléments de preuve visant la perpétration d'une infraction ont été réunis contre une <sup>e</sup> personne en vertu de l'autorité conférée par un mandat de perquisition, cette personne a le droit, avant que ces éléments de preuve ne soient utilisés contre elle, de contester la validité du mandat en alléguant l'insuffisance des pièces justificatives. Ceci implique qu'elle ait accès à ce document.

<sup>f</sup> La seule interdiction absolue prévue à la Loi sur le SCRS vise la communication des informations à partir desquelles peut être inférée l'identité d'un informateur ou d'un employé occupé à des activités opérationnelles cachées. Rien dans la Loi n'interdit expressément que la communication d'informations soit ordonnée par la Cour. Si une telle communication ne doit pas se <sup>g</sup> faire, ce doit être parce qu'une des parties intéressées s'y oppose de façon régulière, et non parce que la loi l'interdit. On doit rechercher la plus grande responsabilité et la plus grande <sup>h</sup> accessibilité possible du pouvoir judiciaire au sein du système de collecte des renseignements, sans que cela nuise pour autant aux enquêtes relatives à des menaces véritables envers la sécurité nationale.

L'intérêt du public dans l'administration de la justice doit invariablement favoriser la transparence de toutes les procédures judiciaires. Il s'agit d'un intérêt entièrement indépendant des autres intérêts publics qui peuvent lui être opposés et, à <sup>i</sup> l'occasion, l'emporter sur lui. Il n'appartient toutefois pas au juge d'invoquer l'intérêt de la sécurité nationale. Il incombe au ministre intéressé de le faire en invoquant l'article 36.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

<sup>j</sup> Le juge Hugessen (dissident en partie): L'argument soulevant l'absence de compétence de la Cour est mal fondé. Quelle qu'ait pu être la qualité du juge lorsqu'il a décerné le mandat initial en juillet 1985, lorsqu'il a siégé plus d'un an et demi plus tard pour entendre la demande d'annulation de ce mandat, il

the Federal Court of Canada exercising his jurisdiction as an *ex officio* member of the Trial Division.

Section 21 of the CSIS Act, adopted just before the decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, is in violation of section 8 of the Charter. Since the powers which can be granted by a section 21 warrant are vast and intrusive to the highest degree, the issue is where to draw the line between the individual's reasonable expectation of being left alone and the State's need to defend itself against attack. The key (provided by Dickson C.J. in the *Southam* case) is that there must be an objective test to guide the judicial officer who is charged with the responsibility of authorizing the intrusion. Section 21 of the CSIS Act requires that the judge be satisfied that there are reasonable grounds to believe that a warrant is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada. This does not provide a reasonable standard by which the judge may test the need for the warrant. Nothing in the language of the statute requires a direct relationship between the information it is hoped to obtain from the intercepted communication and the alleged threat to the security of Canada. The language employed is so broad as to provide no objective standard at all. Without appropriate safeguards, section 21 is incompatible with section 8 of the Charter.

n'a pu le faire qu'à titre de juge de la Cour fédérale du Canada exerçant la compétence qui lui est conférée en qualité de membre d'office de la Division de première instance.

L'article 21 de la Loi sur le SCRS, qui a été adopté juste avant que ne soit rendue la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, porte atteinte à l'article 8 de la Charte. Comme les pouvoirs susceptibles d'être accordés dans un mandat décerné en vertu de l'article 21 sont vastes et portent atteinte à la vie privée au plus haut point, la question qui se pose consiste à savoir où doit être tracée la démarcation entre les attentes raisonnables des individus de ne pas être importunés et la nécessité pour l'État de se défendre. La règle-clé (énoncée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Southam*) est qu'il doit exister un critère objectif servant de guide aux fonctionnaires judiciaires à qui est confiée la responsabilité d'autoriser une immixtion dans la vie privée d'un individu. L'article 21 de la Loi sur le SCRS exige que le juge soit convaincu de l'existence des motifs raisonnables de croire qu'un mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada. Cette disposition ne prévoit aucune norme raisonnable qui permettrait au juge de vérifier la nécessité d'un mandat. Rien dans le libellé de la Loi n'exige l'existence d'un lien direct entre les informations qu'on espère obtenir de la communication interceptée et les menaces alléguées envers la sécurité du Canada. Le libellé de la Loi est si large qu'il ne prévoit aucun critère objectif. N'offrant pas les garanties appropriées, l'article 21 est incompatible avec l'article 8 de la Charte.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.1 (as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule III, s. 4), 36.2 (as added *idem*).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 8, 10(b).
- Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21, ss. 2, 13, 18, 19, 21, 27, 28.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), s. 101.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 3, 4, 5(1) (as am. by S.C. 1985, c. 38, s. 11), 26(1), 27(1), 28, 52(b)(iii).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 330 (as am. by SOR/79-58, s. 1), 1204.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée v. Collège Édouard-Montpetit*, [1981] 2 F.C. 307 (C.A.); *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.); *Herman et al. v. Deputy Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 729; *Re Donnelly and Acheson and the Queen* (1976), 29

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 8, 10b).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 101.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 3, 4, 5(1) (mod. par S.C. 1985, chap. 38, art. 11), 26(1), 27(1), 28, 52b)(iii).
- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1 (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe III, art. 4), 36.2 (ajouté, *idem*).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, chap. 21, art. 2, 13, 18, 19, 21, 27, 28.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 330 (mod. par DORS/79-58, art. 1), 1204.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée c. Collège Édouard-Montpetit*, [1981] 2 C.F. 307 (C.A.); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.); *Herman et autres c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729; *Re Donnelly and Acheson and the Queen*

C.C.C. (2d) 58 (Alta. S.C.); *United States v. U. S. District Court*, 407 U.S. 297 (1972); *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434; *Descoteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Realty Renovations Ltd. v. A.G. Alta.*, [1979] 1 W.W.R. 74 (Alta. S.C.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594.

## NOT FOLLOWED:

*R. v. Taylor et al.*, judgment dated December 30, 1983, Supreme Court of British Columbia, not reported.

## DISTINGUISHED:

*Goldman et al. v. Hoffman-LaRoche Limited*, judgment dated June 4, 1987 Ontario Court of Appeal, not yet reported; *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1987), 18 O.A.C. 321; *Re Herman et al. and Deputy Attorney-General of Canada* (1979), 26 O.R. (2d) 520 (C.A.); *Bergeron et al. v. Deschamps et al.*, [1978] 1 S.C.R. 243; (1977), 33 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.); *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.); *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.); *International Business Machines Corporation of Canada Limited and Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.); *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363.

## REFERRED TO:

*R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169 (B.C.C.A.); *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (Ont. C.A.); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

## AUTHORS CITED

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

## COUNSEL:

*David Gibbons* and *Michael Code* for appellant.  
*Michael R. Dambrot* and *James W. Leising* for respondent.  
*Alexander Budlovsky* for Attorney General of British Columbia.

## SOLICITORS:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, for appellant.

(1976), 29 C.C.C. (2d) 58 (C.S. Alb.); *United States v. U. S. District Court*, 407 U.S. 297 (1972); *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; *Descoteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Realty Renovations Ltd. v. A.G. Alta.*, [1979] 1 W.W.R. 74 (C.S. Alb.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594.

## DÉCISION ÉCARTÉE:

*R. v. Taylor et al.*, jugement en date du 30 décembre 1983, Cour suprême de la Colombie-Britannique, non publié.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Goldman et al. v. Hoffman-LaRoche Limited*, jugement en date du 4 juin 1987, Cour d'appel de l'Ontario, encore inédit; *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1987), 18 O.A.C. 321; *Re Herman et al. and Deputy Attorney-General of Canada* (1979), 26 O.R. (2d) 520 (C.A.); *Bergeron et autres c. Deschamps et autres*, [1978] 1 R.C.S. 243; (1977), 33 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.); *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.); *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.); *International Business Machines Corporation of Canada Limited and Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.); *R. v. Welsh and Iannuzzi (N° 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169 (C.A.C.-B.); *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (C.A. Ont.); *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

## DOCTRINE

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

## AVOCATS:

*David Gibbons* et *Michael Code* pour l'appellant.  
*Michael R. Dambrot* et *James W. Leising* pour l'intimée.  
*Alexander Budlovsky* pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

## PROCUREURS:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, pour l'appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Ministry of Attorney General of British Columbia for Attorney General of British Columbia.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

MAHONEY J.: This is an appeal from a decision of a Judge of the Federal Court of Canada [[1987] 2 F.C. 309] designated by the Chief Justice for purposes of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21, hereafter "the Act". The Judge had, on *ex parte* application made pursuant to subsection 21(1) of the Act, granted a warrant authorizing the Canadian Security Intelligence Service, hereafter "the Service", to intercept communications and to search for and seize documents pertaining to the appellant. The warrant issued July 26, 1985. On September 10, 1986, the appellant was charged with conspiracy to commit murder contrary to paragraph 423(1)(a) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. The prosecution is committed to a Crown counsel appointed by the Attorney General for British Columbia. The Crown counsel provided a copy of the warrant to the appellant and informed him that it was intended to adduce evidence obtained pursuant thereto at trial. The appellant then applied, pursuant to Rule 330 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-58, s. 1)], to rescind the warrant.

Rule 330. The Court may rescind

(a) any order that was made *ex parte*, or

(b) any order that was made in the absence of a party who had failed to appear through accident or mistake or by reason of insufficient notice of the application;

but no such rescission will affect the validity or character of anything done or not done before the rescinding order was made except to the extent that the Court, in its discretion, by the rescission order expressly provides.

This appeal is taken from the refusal of that application by the same Judge. By consent, the Attorney General for British Columbia was heard on the application and appeal. The respondent and the Attorney General for British Columbia support

LE JUGE MAHONEY: Il s'agit d'un appel d'une décision d'un juge de la Cour fédérale du Canada [[1987] 2 C.F. 309] désigné par le juge en chef pour les fins de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, chap. 21, ci-après appelée «la Loi». Ce juge, saisi d'une demande présentée *ex parte* conformément au paragraphe 21(1) de la Loi, a décerné un mandat autorisant le Service canadien du renseignement de sécurité, ci-après appelé «le Service», à intercepter des communications ainsi qu'à rechercher et à saisir des documents se rapportant à l'appelant. Ce mandat a été décerné le 26 juillet 1985. Le 10 septembre 1986, l'appelant a été accusé d'avoir participé à un complot pour commettre un meurtre contrairement à l'alinéa 423(1)a) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34]. La responsabilité de cette poursuite est confiée à un avocat de la Couronne nommé par le procureur général de la Colombie-Britannique. L'avocat de la Couronne a fourni une copie du mandat en question à l'appelant et l'a informé qu'il avait pour objet de recueillir des éléments de preuve qui seraient présentés au procès. L'appelant a alors demandé l'annulation du mandat conformément à la Règle 330 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/79-58, art. 1)].

Règle 330. La Cour peut annuler

a) toute ordonnance rendue *ex parte*, ou

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui a omis de comparaître par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis de requête insuffisant;

mais une telle annulation n'affecte ni la validité ni la nature d'une action ou omission antérieure à l'ordonnance d'annulation sauf dans la mesure où la Cour, à sa discrétion, le prévoit expressément dans son ordonnance d'annulation.

Le présent appel est interjeté de la décision de ce même juge rejetant cette dernière demande. Les parties ont convenu que le procureur général de la Colombie-Britannique serait entendu relativement à la demande et à l'appel. L'intimée et le procu-

each other's position throughout and will not be referred to separately unless necessary.

### THE ISSUES

1. The respondent says that this Court is without jurisdiction to hear this appeal inasmuch as it is not an appeal specifically authorized by the Act nor is it an appeal from the Trial Division authorized by subsection 27(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10].

2. The appellant says the learned Judge erred in refusing to rescind the warrant because it is invalid on its face in that it fails to comply with the requirements of section 21 of the Act.

3. In the alternative, assuming compliance with section 21, the appellant says the learned Judge erred in failing to find that the warrant, on its face, and the authorizing provisions of the Act fail to meet the minimum standards for a reasonable search and seizure thereby violating section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)].

4. In the further alternative, the appellant says the learned Judge erred in refusing to permit the appellant to examine the affidavit, or an edited version thereof, upon which the warrant issued.

### 1. JURISDICTION

The provisions of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as amended, material to this issue are section 4 and subsections 5(1) [as am. by S.C. 1985, c. 38, s. 11], 26(1) and 27(1).

4. The Federal Court of Canada shall hereafter consist of two divisions, called the Federal Court—Appeal Division

neur général de la Colombie-Britannique appuient respectivement le point de vue de l'autre à l'égard de tous les points soulevés dans la présente affaire, et nous ne les mentionnerons séparément que si cela s'avère nécessaire.

### LES POINTS EN LITIGE

1. L'intimée soutient que cette Cour n'est pas habilitée à entendre le présent appel, puisqu'il ne s'agit pas d'un appel expressément autorisé par la Loi ni d'un appel d'une décision de la Division de première instance autorisé en vertu du paragraphe 27(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10].

2. L'appellant prétend que le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'annuler le mandat au motif qu'il ne satisfaisait pas aux exigences posées par l'article 21 de la Loi et serait invalide à sa seule lecture.

3. À défaut par cette Cour d'accepter l'argument qui précède, en supposant que les dispositions de l'article 21 aient été respectées, l'appellant prétend que le juge de première instance s'est trompé en ne concluant pas que le mandat, à sa lecture, ainsi que les dispositions habilitantes de la Loi ne respectent pas les normes minimales visant les fouilles, les perquisitions et les saisies non abusives et qu'en conséquence, elles violent l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)].

4. À défaut par cette Cour d'accepter l'un ou l'autre des arguments qui précèdent, l'appellant prétend que le juge de première instance a commis une erreur en refusant de permettre à l'appellant d'examiner l'affidavit sur le fondement duquel le mandat a été décerné, ou une version de cet affidavit adaptée aux fins d'un tel examen.

### 1. COMPÉTENCE

Les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, et ses modifications, pertinentes au présent litige sont l'article 4 ainsi que les paragraphes 5(1) [mod. par S.C. 1985, chap. 38, art. 11], 26(1) et 27(1).

4. La Cour fédérale du Canada est désormais formée de deux divisions appelées Division d'appel de la Cour fédérale qui

(which may be referred to as the Court of Appeal or Federal Court of Appeal) and the Federal Court—Trial Division.

5. (1) The Federal Court of Canada shall consist of the following judges:

(a) a chief justice called the Chief Justice of the Federal Court of Canada, who shall be the president of the Court, shall be the president of and a member of the Court of Appeal and shall be *ex officio* a member of the Trial Division;

(b) an associate chief justice called the Associate Chief Justice of the Federal Court of Canada, who shall be the president of and a member of the Trial Division and shall be *ex officio* a member of the Court of Appeal; and

(c) not more than twenty-three other judges, ten of whom shall be appointed to the Court of Appeal and shall be *ex officio* members of the Trial Division, and the remainder of whom shall be appointed to the Trial Division and shall be *ex officio* members of the Court of Appeal.

26. (1) The Trial Division has original jurisdiction in respect of any matter, not allocated specifically to the Court of Appeal, in respect of which jurisdiction has been conferred by any Act of the Parliament of Canada on the Federal Court, whether referred to by its new name or its former name.

27. (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal from any

(a) final judgment,

(b) judgment on a question of law determined before trial, or

(c) interlocutory judgment, of the Trial Division.

Subsection 27(1) is the only provision of the *Federal Court Act* under which this Court's jurisdiction to entertain the appeal could arise.

The *Canadian Security Intelligence Service Act* provides:

2. In this Act,

“judge” means a judge of the Federal Court of Canada designated by the Chief Justice thereof for the purposes of this Act;

21. (1) ... the Director or employee may ... make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

The warrant issued on an application under subsection 21(1).

(a) No right of an appeal provided by the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

peut être appelée Cour d'appel ou Cour d'appel fédérale et Division de première instance de la Cour fédérale.

5. (1) La Cour fédérale du Canada est composée des juges suivants:

a) un juge en chef, appelé juge en chef de la Cour fédérale du Canada, qui est président de la Cour, président et membre de la Cour d'appel et membre de droit de la Division de première instance;

b) un juge en chef adjoint, appelé juge en chef adjoint de la Cour fédérale du Canada, qui est président et membre de la Division de première instance et qui est membre de droit de la Cour d'appel; et

c) au plus vingt-trois autres juges, dont dix sont nommés à la Cour d'appel et sont membres de droit de la Division de première instance, et les autres nommés à la Division de première instance et membres de droit de la Cour d'appel.

26. (1) La Division de première instance a compétence en première instance sur toute question pour laquelle une loi du Parlement du Canada a donné compétence à la Cour fédérale, désignée sous son nouveau ou sous son ancien nom, à l'exception des questions expressément réservées à la Cour d'appel.

27. (1) Il peut être interjeté appel, devant la Cour d'appel fédérale,

a) d'un jugement final,

b) d'un jugement sur une question de droit rendu avant l'instruction, ou

c) d'un jugement interlocutoire,

de la Division de première instance.

Le paragraphe 27(1) est la seule disposition de la *Loi sur la Cour fédérale* pouvant habiliter cette Cour à entendre le présent appel.

La *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* dit ce qui suit:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«juge» Juge de la Cour fédérale du Canada choisi pour l'application de la présente loi par le juge en chef de cette cour;

21. (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin ... peut ... demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article ...

Le mandat donnait suite à une demande fondée sur le paragraphe 21(1).

(a) La *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* ne prévoit aucun droit d'appel.

The respondent points out that the Act provides no right of appeal in respect of the issuance of a warrant under section 21. This omission is contrasted with the provision of a right of appeal in subsection 36.2(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended [added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule III, s. 4].

*Goldman et al. v. Hoffman-LaRoche Limited*, an as yet unreported decision of the Ontario Court of Appeal released June 4, 1987, is particularly relied on. There, the court quashed an appeal taken from the issuance of a search warrant under section 13 of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended [by S.C. 1986, c. 26, s. 24], by a judge of the High Court of Ontario. Neither the *Competition Act* nor the *Criminal Code* which, it was held, would also apply, make provision for an appeal from the issuance of a search warrant. The argument that the issuance of a search warrant was a final order and, thus, appealable under paragraph 17(1)(b) of the *Courts of Justice Act*, 1984, S.O. 1984, c. 11, was rejected. That conclusion followed from an earlier decision of the same court in *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1987), 18 O.A.C. 321 which held that "a search warrant is merely an investigative tool". The Court adopted with approval the following statement by Lacourcière J.A., for the majority, in *Re Herman et al. and Deputy Attorney-General of Canada* (1979), 26 O.R. (2d) 520 (C.A.), dealing with an attempt to appeal a High Court Judge's determination of a question of solicitor-client privilege in respect of documents removed from a solicitor's office in the course of an investigation under the *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1)], at page 528:

If Parliament deliberately failed to provide for a right of appeal on the erroneous assumption that the Judge's preliminary ruling was reviewable, it is in my opinion far better to let Parliament correct this omission. I believe, however, that there has been a deliberate decision by Parliament to exclude an

L'intimée souligne que la Loi ne prévoit aucun droit d'appel relativement à la délivrance du mandat visé à l'article 21. Cette omission contraste avec la disposition du paragraphe 36.2(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, et ses modifications [ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe III, art. 4].

L'intimée s'appuie particulièrement sur l'arrêt *Goldman et al. v. Hoffman-LaRoche Limited*, une décision de la Cour d'appel de l'Ontario prononcée le 4 juin 1987 et non publiée à ce jour. Dans cette espèce, la Cour a cassé un appel interjeté à l'encontre de la délivrance, par un juge de la Haute Cour de l'Ontario, du mandat de perquisition prévu à l'article 13 de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, chap. C-23, et ses modifications [mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 24]. Ni la *Loi sur la concurrence* ni le *Code criminel* qui, selon les conclusions de cette décision, serait également applicable, ne prévoient la possibilité d'interjeter appel de la délivrance d'un mandat de perquisition. L'argument suivant lequel la délivrance d'un tel mandat constituait une ordonnance définitive et, en conséquence, pouvait faire l'objet d'un appel conformément à l'alinéa 17(1)b) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, a été rejeté. Cette conclusion procédait de la décision antérieure, également non publiée, rendue par cette même cour dans l'affaire *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1987), 18 O.A.C. 321, une décision prononcée le 30 janvier 1987, qui a statué que [TRADUCTION] «le mandat de perquisition est simplement un moyen d'enquête». La Cour a souscrit à la déclaration suivante du juge d'appel Lacourcière qui parlait au nom de la majorité dans l'arrêt *Re Herman et al. and Deputy Attorney-General of Canada* (1979), 26 O.R. (2d) 520 (C.A.); dans sa déclaration, le juge traitait de la tentative d'une des parties d'interjeter appel d'une décision d'un juge de la Haute Cour tranchant une question relative au privilège du secret professionnel à l'égard de documents enlevés du bureau d'un avocat au cours d'une enquête fondée sur la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1)], à la page 528:

[TRADUCTION] Dans l'hypothèse où le Parlement aurait délibérément omis de prévoir un droit d'appel en présumant erronément que la décision préliminaire du juge était révisable, j'estime nettement préférable de le laisser remédier lui-même à ce manquement. Je crois toutefois que le Parlement a délibéré-

appeal from an order made at the investigatory stage as a matter of policy.

In my opinion, this submission fails at the first hurdle. The underlying assumption that this is an appeal from the issuance of the search warrant is not correct. This appeal is taken from the refusal to rescind on an application under Rule 330. This Court has accepted its jurisdiction to entertain such an appeal, to conclude that the Trial Judge erred in refusing to rescind an *ex parte* order and, by allowing the appeal, effectively to set aside that order, e.g., *Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée v. Collège Édouard-Montpetit*, [1981] 2 F.C. 307 (C.A.). No strong reason for this Court to depart from its previous decisions as to its jurisdiction in the circumstances has been shown, *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.). Provided this is an appeal from an order of the Trial Division, we have jurisdiction to entertain it.

(b) Not an appeal from the Trial Division.

The judge who issued the warrant is, in fact, appointed to the Court of Appeal. However, by paragraph 5(1)(c) of the *Federal Court Act*, he is *ex officio* a member of the Trial Division. Accordingly, the fact that he is a member of the Court of Appeal is not material.

The appellant moved that, should we find that we are without jurisdiction because this is not an appeal from the Trial Division, this proceeding be converted to an application under section 28 of the *Federal Court Act*. The respondent conceded that there would be no prejudice should that motion be granted.

Counsel of the Attorney General for British Columbia submitted that a judge designated for purposes of the Act, in performing his functions under the Act, is acting neither as *persona designata*, so as to be amenable to our supervisory jurisdiction under section 28, nor as a judge of the Trial Division whose judgments are subject to

ment adopté une politique générale excluant la possibilité d'en appeler d'une ordonnance rendue au stade de l'enquête.

À mon avis, cette prétention échoue dès le départ. La proposition sur laquelle elle se fonde, suivant laquelle le présent appel est formé à l'encontre de la délivrance d'un mandat de perquisition, est erronée. Le présent appel est interjeté du rejet d'une demande d'annulation fondée sur la Règle 330. Notre Cour a déjà statué qu'elle était habilitée à entendre un tel appel, à conclure que le juge de première instance s'était trompé en refusant d'annuler une ordonnance rendue *ex parte* et, en accueillant l'appel, à annuler effectivement cette ordonnance. (Voir, par exemple, l'arrêt *Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée c. Collège Édouard-Montpetit*, [1981] 2 C.F. 307 (C.A.)). Il n'a été établi, en l'espèce, aucune raison grave justifiant cette Cour de s'écarter de ses jugements antérieurs: *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.). En supposant que le présent appel soit interjeté d'une ordonnance prononcée par la Division de première instance, nous sommes compétents à l'instruire.

(b) Il ne s'agit pas d'un appel interjeté d'une décision de la Division de première instance.

Le juge qui a décerné le mandat est, en fait, nommé à la Cour d'appel. Toutefois, en vertu de l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, il est membre de droit de la Division de première instance. En conséquence, le fait qu'il soit membre de la Cour d'appel n'est pas pertinent.

L'appelant a demandé que, dussions-nous conclure à notre absence de compétence parce qu'il ne s'agirait pas d'un appel interjeté d'une décision de la Division de première instance, la présente procédure soit convertie en une demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'intimée a reconnu que le fait qu'une telle requête soit accueillie ne lui causerait aucun préjudice.

L'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique a soutenu qu'un juge désigné pour les fins de la Loi, lorsqu'il exerce les fonctions qu'elle lui assigne, n'agit point à titre de *persona designata*, ce qui l'assujettirait au pouvoir de surveillance que nous confère l'article 28, ni en qualité de juge de la Division de première instance dont les

appeal under section 27. He postulated a third judicial status which, if I understood his argument, would entail us finding that, under the Act, Parliament had constituted a discrete superior court, composed of the designated judges. It would have to be a superior court because, since it would clearly be a federal tribunal, it would otherwise not escape the supervisory jurisdiction of one or the other division of the Federal Court.

Parliament could certainly have constituted a discrete superior court, composed of those ordinarily judges of another court, as it had, by section 201 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4 [as am. by S.C. 1985, c. 38, s. 13], created the Court Martial Appeal Court of Canada. However, I find nothing in the Act to support the conclusion that it has. Such an exercise of its legislative authority under section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)], would, in my opinion, require clear expression by Parliament or, at least, is not to be inferred unnecessarily.

I conclude that there is no third category: a judge designated for purposes of the Act is either acting as a judge of the Federal Court or *persona designata*. In *Herman et al. v. Deputy Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 729, Dickson J., as he then was, canvassed the authorities on the concept of *persona designata* and, at page 749, came to the following conclusion:

*Prima facie*, Parliament should be taken to intend a judge to act *qua* judge whenever by statute it grants powers to a judge. He who alleges that a judge is acting in the special capacity of *persona designata* must find in the specific legislation provisions which clearly evidence a contrary intention on the part of Parliament. The test to be applied in considering whether such a contrary intention appears in the relevant statute can be cast in the form of a question: is the judge exercising a peculiar and distinct and exceptional jurisdiction, separate from and unrelated to the tasks which he performs from day to day as a judge and having nothing in common with the court of which he is a member?

jugements pourraient faire l'objet d'un appel conformément à l'article 27. Il a postulé l'existence d'un troisième statut judiciaire qui, si j'ai bien compris son argument, nous amènerait à conclure que sous le régime de cette Loi, le Parlement a institué une cour supérieure distincte, composée des juges désignés. Il devrait s'agir d'une cour supérieure puisque, étant clairement un tribunal fédéral, elle ne manquerait autrement pas d'être assujettie au pouvoir de surveillance de l'une ou de l'autre division de la Cour fédérale.

Le Parlement aurait certainement pu constituer une cour supérieure distincte, composée de juges siégeant ordinairement dans une autre cour, comme il l'avait fait en créant, à l'article 201 de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4 [mod. par S.C. 1985, chap. 38, art. 13], le Tribunal d'appel des cours martiales du Canada. Toutefois, rien dans la Loi ne m'apparaît appuyer une telle conclusion. J'estime qu'un tel exercice du pouvoir législatif conféré par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.)] [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)] ne saurait avoir lieu sans que le Parlement l'exprime clairement ou, à tout le moins, ne doit pas être inféré sans que cela soit nécessaire.

Je conclus à l'inexistence d'une troisième catégorie: un juge désigné pour les fins de la Loi agit soit à titre de juge de la Cour fédérale soit à titre de *persona designata*. Dans l'arrêt *Herman et autres c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729, le juge Dickson—c'était alors son titre—a examiné minutieusement la jurisprudence relative au concept de *persona designata*; à la page 749, il a tiré la conclusion suivante:

A première vue, dès qu'une loi confère des pouvoirs à un juge, il faut considérer que l'intention du Parlement est que ce juge agisse à titre de juge. Celui qui prétend qu'un juge agit à titre de *persona designata* doit trouver dans la loi particulière des dispositions qui prouvent clairement une intention contraire du Parlement. Le critère applicable pour déterminer si la loi pertinente fait ressortir une intention contraire peut se formuler comme une question: le juge exerce-t-il une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de ses tâches quotidiennes de juge, et qui n'a aucun rapport avec la cour dont il est membre?

The issuance of search warrants and the authorization of electronic surveillance is an accepted judicial function. It is not peculiar, distinct or exceptional in the context of the work of most judges of first instance of superior courts of criminal jurisdiction in Canada. That it is not a routine activity of the Federal Court, Trial Division, simply reflects the subject matter jurisdiction ordinarily exercised by that Court. The Federal Court is a superior court of criminal jurisdiction, *Federal Court Act*, s. 3, although it is rarely called upon to exercise its jurisdiction in criminal matters. In my opinion, neither that factor nor the fact that the Chief Justice has designated very few or its judges for purposes of the Act are the sort of considerations which the Supreme Court had in mind as resulting in a judge acting as *persona designata* rather than *qua* judge. I find no clear evidence in the Act of a Parliamentary intention that a designated judge act in any capacity other than as a judge of the Federal Court.

In my opinion a judge designated by the Chief Justice for purposes of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, in exercising functions under that Act, is doing so as a Federal Court judge. In view of subsection 26(1) of the *Federal Court Act*, the original jurisdiction conferred by the Act is conferred on the Trial Division. I therefore conclude that this matter is properly before us as an appeal pursuant to subsection 27(1). The refusal to rescind the warrant was, in the present circumstances, a final judgment of the Trial Division.

Had I concluded that this appeal was not properly before us, I should have granted the appellant's motion and disposed of the matter on the basis of it being a section 28 application. That would not, in my opinion, have led to a different result.

## 2. WARRANT INVALID ON ITS FACE

NON-COMPLIANCE WITH AUTHORIZING STATUTE

La délivrance de mandats de perquisition et l'autorisation de la surveillance électronique constituent une fonction judiciaire reconnue. Cette attribution n'est point particulière, distincte ou exceptionnelle eu égard au contexte dans lequel s'exercent les fonctions de la plupart des juges de première instance des cours supérieures de juridiction criminelle du Canada. Le fait qu'il ne s'agisse pas d'une activité de routine de la Division de première instance de la Cour fédérale reflète uniquement le type de compétence ordinairement exercée par cette Cour. La Cour fédérale, aux termes de l'article 3 de sa Loi habilitante, est une cour ayant compétence en matière pénale, bien qu'elle soit rarement appelée à exercer sa compétence dans ce domaine. À mon avis, ni une telle considération, ni le nombre très bas des juges désignés par le juge en chef pour les fins de la Loi, ne comptent parmi les facteurs qui, selon la Cour suprême, permettraient de conclure qu'un juge agit à titre de *persona designata* plutôt qu'à titre de juge. La Loi ne m'apparaît révéler aucune intention claire du Parlement que les juges désignés agissent autrement qu'en qualité de juges de la Cour fédérale.

J'estime qu'un juge désigné par le juge en chef pour les fins de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* agit en qualité de juge de la Cour fédérale lorsqu'il exerce les fonctions prévues à cette Loi. Conformément au paragraphe 26(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la compétence en première instance conférée par la Loi est accordée à la Division de première instance. En conséquence, je conclus que le présent litige constitue un appel visé au paragraphe 27(1) et nous est soumis à bon droit. La décision refusant l'annulation du mandat était, dans les circonstances de l'espèce, un jugement final de la Division de première instance.

Si j'avais conclu que le présent appel ne nous était pas soumis à bon droit, j'aurais accueilli la requête de l'appelant et décidé de la présente affaire en tenant pour acquis qu'il s'agissait d'une demande fondée sur l'article 28. À mon sens, l'issue de cette affaire n'en eût point été modifiée.

## 2. INVALIDITÉ DU MANDAT À SA SEULE LECTURE

DÉFAUT DE RESPECTER LA LOI HABILITANTE

The full text of the warrant follows. I have prefixed the recitals with Roman numerals to facilitate subsequent individual references to them.

[I] UPON the *ex parte* application in writing of Archie M. BARR, made pursuant to Section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1983-84, c. 21 for a warrant thereunder;

[II] WHEREAS the applicant is Archie M. BARR, an employee of the Canadian Security Intelligence Service, designated for this purpose by the Solicitor General of Canada pursuant to subsection 21(1) of the Act who has consulted with the Deputy Solicitor General and who has obtained the approval of the Solicitor General of Canada for this purpose;

[III] AND WHEREAS I have read the affidavit of the applicant and considered all of the evidence submitted in support of said application;

[IV] AND WHEREAS I am satisfied that a warrant under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Act* is required to enable the Canadian Security Intelligence Service to investigate a threat to the security of Canada, namely:

activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state,

which does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to above.

NOW THEREFORE I HEREBY AUTHORIZE THE DIRECTOR OF THE CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE AND THE EMPLOYEES ACTING UNDER HIS AUTHORITY OR ON HIS BEHALF:

A. to intercept communications as hereinafter mentioned namely:

the oral communications and telecommunications within Canada addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL, wherever he may be, or any person at 12471—79A Avenue, Surrey, British Columbia, or any other person at any other place in Canada which Harjit Singh ATWAL may be using as a temporary or permanent residence, whether stationary or mobile;

AND

for such purpose to enter:

a) the said premises at 12471—79A Avenue, Surrey, British Columbia, or any other place in Canada which Harjit Singh ATWAL may be using as a temporary or permanent residence, whether stationary or mobile;

b) any vehicle used by Harjit Singh ATWAL;

c) any other place in Canada where the Service has reasonable grounds to believe Harjit Singh ATWAL will be present,

in order to install, maintain or remove any thing necessary to effect the said interceptions,

AND

Je cite intégralement le mandat en question; j'ai fait précéder les attendus de chiffres romains pour y renvoyer plus facilement.

[TRADUCTION] [I] VU la demande *ex parte* présentée par écrit par Archie M. BARR conformément à l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1983-84, chap. 21 pour obtenir le mandat qui s'y trouve prévu;

[II] CONSIDÉRANT que le requérant, Archie M. BARR, est un employé du Service canadien du renseignement de sécurité désigné à cette fin par le Solliciteur général du Canada conformément au paragraphe 21(1) de la Loi qui a consulté le Solliciteur général adjoint et qui a obtenu l'approbation du Solliciteur général du Canada à cette fin;

[III] CONSIDÉRANT que j'ai lu l'affidavit du requérant et examiné tous les éléments de preuve soumis à l'appui de ladite requête;

[IV] CONSIDÉRANT que je suis convaincu qu'un mandat doit être décerné en conformité avec l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* pour permettre au Service canadien du renseignement de sécurité de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada, à savoir:

les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger,

activités qui ne comprennent pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités prémentionnées.

EN CONSÉQUENCE, PAR LES PRÉSENTES, J'AUTORISE LE DIRECTEUR DU SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ AINSI QUE LES EMPLOYÉS AGISSANT SOUS SON AUTORITÉ OU EN SON NOM À PROCÉDER À:

A. l'interception des communications suivantes:

à l'intérieur du Canada, les communications orales et les télécommunications qui ont pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, à quelque endroit qu'il soit, ou toute personne se trouvant au 12471—79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique), ou toute autre personne se trouvant à tout autre endroit au Canada pouvant être utilisé par Harjit Singh ATWAL comme résidence temporaire ou permanente, que cette résidence soit stationnaire ou mobile;

ET

à cette fin, entrer dans:

a) lesdits locaux situés au 12471—79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique), ou dans tout autre lieu au Canada pouvant être utilisé par Harjit Singh ATWAL comme résidence temporaire ou permanente, que cette résidence soit stationnaire ou mobile;

b) tout véhicule utilisé par Harjit Singh ATWAL;

c) tout autre lieu au Canada où le Service a des motifs raisonnables de croire que Harjit Singh ATWAL se trouvera,

afin d'installer, de maintenir ou d'enlever tout objet nécessaire pour effectuer lesdites interceptions,

ET

for such purpose:

- d) to install, maintain, or remove any thing necessary to effect, at the place described at A. above, the interception of oral communications and telecommunications.

B. to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner:

recorded communications outside the course of post, within Canada, addressed or destined to, received by or originating from:

- a) Harjit Singh ATWAL;  
b) 12471—79A Avenue, Surrey, British Columbia,

AND

for such purpose to enter:

- c) 12471—79A Avenue, Surrey, British Columbia, or any other place in Canada which Harjit Singh ATWAL may be using as a temporary or permanent residence, whether stationary or mobile;  
d) any vehicle used by Harjit Singh ATWAL;  
d) [sic] any other place where the said Harjit Singh ATWAL has been present and where the Service has reasonable grounds to suspect that recorded communications of Harjit Singh ATWAL may be found.

C. This warrant shall be valid for the period commencing on the 26th day of July 1985 A.D. and expiring on the 25th day of July 1986 A.D.

THE PRESENT WARRANT SHALL BE SUBJECT TO THE FOLLOWING CONDITIONS:

CONDITION 1:

Except for the purpose of determining whether the communication is addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL no cognizance will be taken of the contents of any oral communication or telecommunication intercepted at any place described in paragraph A.c) through any thing installed for the purpose of such interception. Where the person charged with monitoring the intercepted communication determines that the communication is not addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL, all recordings or transcriptions of same shall be forthwith erased or destroyed, as the case may be, and the contents of same shall never in any manner be further communicated to any person. If the person charged with monitoring the intercepted communication determines that the intercepted oral communication or telecommunication is addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL, it shall be subject to interception pursuant to the authority conferred by this warrant.

CONDITION 2:

It is a condition of this warrant that no private oral communication, telecommunication or recorded communication may be intercepted pursuant hereto at the office or residence of a solicitor or any other place ordinarily used by a solicitor and by other solicitors for the purpose of consultation with clients.

à cette fin procéder à:

- d) l'installation, l'entretien et l'enlèvement de tout objet nécessaire pour effectuer, dans les lieux décrits au paragraphe A. qui précède, l'interception de communications orales et de télécommunications.

B. la recherche, l'enlèvement ou la remise en place des communications suivantes, de même qu'à leur examen, au prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi qu'à leur enregistrement et à l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé, soit:

les communications enregistrées effectuées autrement que par la poste, au Canada, dont le destinataire ou la source est:

- a) Harjit Singh ATWAL;  
b) 12471—79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique),

ET

à cette fin, entrer dans les lieux suivants:

- c) le 12471—79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique), ou tout autre lieu au Canada pouvant être utilisé par Harjit Singh ATWAL comme résidence temporaire ou permanente, que cette résidence soit stationnaire ou mobile;  
d) tout véhicule utilisé par Harjit Singh ATWAL;  
d) [sic] tout autre lieu dans lequel s'est trouvé ledit Harjit Singh ATWAL et où le Service a des motifs raisonnables de croire qu'il se trouve des communications enregistrées de Harjit Singh ATWAL.

C. Le présent mandat vaudra pour la période commençant le 26 juillet 1985 et expirant le 25 juillet 1986.

LE PRÉSENT MANDAT EST SOUMIS AUX CONDITIONS SUIVANTES:

1<sup>re</sup> CONDITION:

Sauf s'il s'agit de déterminer si une communication a pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, l'on ne prendra pas connaissance du contenu des communications orales ou des télécommunications interceptées dans tout lieu décrit au paragraphe A.c) au moyen d'un objet installé pour les fins d'une telle interception. Si la personne chargée de contrôler la communication interceptée décide que celle-ci n'a pas pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, tous les enregistrements ou les transcriptions de cette communication seront immédiatement effacés ou détruits, selon le cas, et leur contenu ne sera, à aucun moment et d'aucune manière, communiqué à quiconque. Si la personne chargée de contrôler la communication interceptée décide que celle-ci a pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, elle sera interceptée en vertu du pouvoir conféré par le présent mandat.

2<sup>e</sup> CONDITION:

Est attachée au présent mandat la condition qu'aucune communication orale de nature privée, télécommunication ou communication enregistrée ne peut être interceptée au bureau ou à la résidence d'un procureur ou à tout autre endroit habituellement utilisé par un procureur donné ou par d'autres procureurs pour discuter avec des clients.

## CONDITION 3:

It is a further condition of this warrant that an oral communication, telecommunication or recorded communication between Harjit Singh ATWAL and a solicitor or the solicitor's employee may be intercepted initially only to enable the Director or a Regional Director General of the Canadian Security Intelligence Service to determine whether that communication relates to the threat to the security of Canada as herein-before specified in this warrant. If the Director or the Regional Director General determines that the communication does not so relate, all records of the communication shall be destroyed and no further disclosure thereof shall be made. If the Director or the Regional Director General determines that the communication does so relate, it shall be subject to interception pursuant to the authority conferred by this warrant. Where necessary to the making of his determination, the Director or the Regional Director General may authorize the translation of the communication that is the subject of this condition. Where that occurs, the translator shall disclose the contents of the communication only to the Director or the Regional Director General.

## Section 21 of the Act provides:

**21.** (1) Where the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the approval of the Minister, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

3<sup>e</sup> CONDITION:

Est également attachée au présent mandat la condition que les communications orales, les télécommunications ou les communications enregistrées qui auront lieu entre Harjit Singh ATWAL et un procureur ou l'employé d'un procureur ne pourront être initialement interceptées que pour permettre au directeur ou à un directeur général du bureau régional du Service canadien du renseignement de sécurité de déterminer si ces communications sont reliées aux menaces envers la sécurité du Canada déjà précisées dans le présent mandat. Les enregistrements des communications dont le directeur ou le directeur général du bureau régional détermine qu'elles ne sont pas reliées à une telle menace seront détruits, et aucune autre divulgation de cette communication n'aura lieu. Toutefois, toute communication dont le directeur général du bureau régional détermine qu'elle se rapporte à une telle menace, sera interceptée en vertu de l'autorité conférée par le présent mandat. Le directeur ou le directeur général du bureau régional pourra permettre la traduction d'une communication à laquelle s'applique la présente condition lorsque cela s'avère nécessaire à sa détermination. Dans un tel cas, le traducteur ne divulguera le contenu de la communication qu'au seul directeur ou directeur général du bureau régional.

## d Voici le libellé de l'article 21 de la Loi:

**21.** (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16.

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants:

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

c) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas 3a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made in relation to a person identified in the affidavit pursuant to paragraph (d), the date on which such application was made, the name of the judge to whom each such application was made and the decision of the judge thereon.

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing; or

(c) to install, maintain or remove any thing.

(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;

(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.

(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or

(b) one year in any other case.

The term "threats to the security of Canada" is defined by the Act.

2. ...

"threats to the security of Canada" means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage.

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes éventuelles touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

b (3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas 2a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents ou objets. À cette fin il peut autoriser aussi, de leur part:

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

d b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.

(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes:

e a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas 3a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;

f b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

g e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale

h a) de soixante jours lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la Sécurité [sic] du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue dans l'article 2; ou

b) d'un an dans tout autre cas.

i L'expression «menaces envers la sécurité du Canada» se trouve définie dans la Loi.

2. ...

«menaces envers la sécurité du Canada» Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes:

a) l'espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage;

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d).

The appellant says that the learned Judge erred in failing to find that the warrant did not, on its face, comply with section 21 of the Act in that (a) it does not recite the issuing judge's satisfaction as to two of the matters required, by subsection 21(3), as preconditions to issuance, (b) it does not specify the "threat" in respect of which it issued, (c) it fails to limit seizure to things that relate to the threat, and (d) it authorizes seizure and interception of privileged solicitor-client communications.

(a) Non compliance with subsection 21(3)

Subsection 21(3) requires, as a precondition to the issuance of the warrant, that the judge be satisfied as to the matters referred to in paragraphs 21(2)(a) and (b). The matters, as paraphrased by the appellant in his memorandum of fact and law, are: (i) that reasonable grounds exist to believe that a warrant is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada and (ii) that other investigative procedures have been tried and failed, are unlikely to succeed, are impractical due to the urgency of the matter or that important information concerning the threat to security will not otherwise be obtained. The warrant is, indeed, silent as to the Judge's specific satisfaction, on reasonable grounds, as to each of those matters. On the other hand, he did, in recital IV, state "I am satisfied that a warrant under section 21 of the [Act] is

b) les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d).

L'appelant prétend que le juge a commis une erreur en ne concluant pas que le mandat, à sa lecture, ne respectait pas les conditions énoncées à l'article 21 de la Loi puisque (a) il ne mentionne pas que le juge ayant décerné le mandat est convaincu du respect des deux conditions préalables à sa délivrance qui sont mentionnées au paragraphe 21(3), (b) il ne précise pas la «menace» à l'égard de laquelle il est décerné, (c) il ne restreint pas la saisie à des éléments se rapportant à cette menace, et (d) il autorise la saisie et l'interception de communications à caractère privilégié entre un avocat et son client.

(a) Les dispositions du paragraphe 21(3) n'ont pas été respectées

Le paragraphe 21(3) exige, comme condition préalable à la délivrance du mandat, que le juge soit convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas 21(2)a) et b). L'appelant, dans son exposé des faits et du droit, a exprimé ces faits de la façon suivante: (i) il doit exister des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada et (ii) d'autres méthodes d'enquête doivent avoir été essayées en vain ou offrir peu de chances de succès, l'urgence de l'affaire doit rendre leur utilisation très difficile ou il doit être probable que des informations importantes concernant les menaces à la sécurité du Canada ne pourraient autrement être acquises. Le mandat ne mentionne effectivement pas que le juge est convaincu, pour des motifs raisonnables, qu'il a été satisfait à chacune de ces

required to enable the [Service] to investigate a threat to the security of Canada, namely . . .”.

The appellant cited numerous, unexceptionable statements of the general principle from the authorities. It was, perhaps, most succinctly stated by Arnup J.A., in *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), at page 347.

The issue of a search warrant is not a perfunctory matter. A Justice who issues it must be satisfied that there are reasonable grounds for believing that an offence has been committed and that the documents sought to be seized will afford evidence with respect to its commission. The information put before the Justice must contain sufficient details to enable him to be so satisfied.

I have no difficulty accepting that the issue of a warrant under section 21 is not a perfunctory matter. I also accept that subsection 21(3), by its reference to paragraph 21(2)(a), requires that the judge be satisfied, on reasonable grounds, that the warrant is needed for a prescribed purpose and that implies the application, by the judge, of objective, not subjective, standards. That, however, does not lead one to the conclusion that the judge must, on the face of the warrant, set out his satisfaction, on reasonable grounds, of each and every matter prerequisite to its issuance.

In *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, the Ontario Court of Appeal dealt with a similar argument, based on omissions from the recitals of a wiretap authorization under the *Criminal Code*, at page 372, *per Zuber J.A.*, in the following terms:

In this case it is argued that the authorization is invalid on its face. It is said that the recitals make it plain that the Judge was satisfied only that the authorization was in the best interests of the administration of justice and that other investigative procedures were unlikely to succeed. It is further said that this recital implied a rejection of the circumstances set out in s. 178.13(1)(a) and (c). Assuming that this inference can be drawn—and, indeed, that the recitals are something more than mere surplusage, it is obvious that this argument is premised

conditions. D'autre part, dans l'attendu IV, il a déclaré: «je suis convaincu qu'un mandat doit être décerné en conformité avec l'article 21 de la [Loi] pour permettre au [Service] de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada, à savoir . . .».

L'appellant a cité en abondance des déclarations de principes généraux inattaquables tirées de la jurisprudence. L'énoncé le plus succinct de la règle visée est peut-être celui du juge d'appel Arnup dans l'arrêt *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), à la page 347.

[TRADUCTION] La délivrance d'un mandat de perquisition n'est pas une question de pure forme. Le juge décernant un tel mandat doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise et que les documents dont la saisie est sollicitée fourniront des éléments de preuve relatifs à la perpétration de cette infraction. La dénonciation présentée au juge doit être suffisamment détaillée pour lui permettre d'en arriver à cette conviction.

Je reconnais volontiers que la délivrance du mandat prévu à l'article 21 n'est pas une question de pure forme. Je conviens également que le paragraphe 21(3), en faisant référence à l'alinéa 21(2)a), exige du juge qu'il soit convaincu, pour des motifs raisonnables, que le mandat est nécessaire pour une fin donnée, ce qui implique l'application, par celui-ci, de critères objectifs plutôt que subjectifs. Il ne s'ensuit toutefois pas que le juge doive, à la lecture du mandat, énoncer qu'il est convaincu, pour des motifs raisonnables, du respect de chacune des conditions préalables à sa délivrance.

Dans l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi (N° 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, la Cour d'appel de l'Ontario a traité d'un argument similaire fondé sur l'omission, dans les attendus, de mentionner qu'une autorisation d'écoute avait été accordée conformément au *Code criminel*; à la page 372 de cette décision, le juge d'appel Zuber se prononce à cet égard dans les termes suivants:

[TRADUCTION] En l'espèce, il est soutenu que l'autorisation est invalide à sa seule lecture. On dit qu'il ressort clairement des attendus que le juge était seulement convaincu que l'autorisation visée servirait au mieux l'administration de la justice et que d'autres méthodes d'enquête avaient peu de chances de succès. On soutient également que ces attendus impliquent que le juge a conclu à l'absence des circonstances énumérées aux alinéas 178.13(1)a) et c). En supposant qu'une telle inférence (qui ne serait pas la mienne) puisse être tirée des attendus et que, effectivement, les attendus soient autre chose qu'une pure

upon the proposition that the requirements of s. 178.13(1) must be read cumulatively.

While the particular requirements of the *Criminal Code* are of no immediate relevance here, the commentary on the status of recitals and the inference which may be drawn from their failure to cover all bases is. Dealing with the same *Criminal Code* provisions, McDonald J., of the Supreme Court of Alberta, in a trial judgment, *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58, at pages 72 and 73, made the point explicitly.

However, in the practice of this jurisdiction, it is not necessary, in a preamble or series of recitals in an order or judgment to incorporate the evidentiary facts found by the Court. Where one or more evidentiary facts are incorporated in the recitals, they are neither determinative of the rights of the parties nor to be taken as an exhaustive statement of the evidence before the Court.

In his reasons for judgment, rendered April 30, 1987, rejecting this submission as a ground for rescission, the learned Judge, at pages 321 and 322, said:

Since paragraphs 21(2)(a) and (b) are an integral part of section 21 of the Act, surely it is unnecessary and redundant to require a specific averment with respect to those provisions. A judge issuing a warrant under the CSIS Act is required to be satisfied of many things before the Warrant can be issued . . . For facial validity, the issuing judge should not be required to specify with particularity, his satisfaction with a specific requirement or requirements of the statute. In my view, surely it can be presumed that when the issuing judge declares that he is issuing a warrant under the authorizing section of a statute, he is satisfied that there has been a full compliance with the applicable provisions of that statute.

I fully agree with the logic of the learned Judge's reasons and am content to adopt them.

Subsection 21(4) stipulates what must appear on the face of a valid warrant. I accept that a recital might disclose that a warrant ought not have issued. I do not, however, accept that the absence of a recital, not expressly required by the authorizing statute, is a basis for concluding that the warrant is invalid on its face.

formalité, il est évident que cet argument procède de la proposition suivant laquelle les exigences du paragraphe 178.13(1) doivent être considérées comme cumulatives.

Bien que les exigences particulières du *Code criminel* ne soient pas directement pertinentes à l'espèce, il en est autrement de l'observation visant le rôle juridique des attendus et de l'inférence pouvant être tirée de leur défaut de traiter de chacun des points en jeu. Parlant de ces mêmes dispositions du *Code criminel*, le juge McDonald, de la Cour suprême de l'Alberta, dans le jugement qu'il a rendu en première instance dans l'affaire *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58, aux pages 72 et 73, a expressément tranché un tel point.

[TRADUCTION] Toutefois, selon la pratique des tribunaux de ce ressort, les faits probatoires auxquels a conclu la Cour n'ont pas à être mentionnés dans le préambule ou dans la suite des attendus des ordonnances ou des jugements. Lorsqu'un ou des faits probatoires sont mentionnés dans les attendus, ils ne déterminent point le droit des parties et ne doivent pas être considérés comme un exposé exhaustif des éléments de preuve soumis à la Cour.

Dans ses motifs par lesquels, le 30 avril 1987, il refusait d'accepter cette prétention comme motif d'annulation, le juge de première instance a dit aux pages 321 et 322:

Les alinéas 21(2)a) et b) formant partie intégrante de l'article 21 de la Loi, il serait sûrement inutile et superflu d'exiger une référence expresse à ces dispositions. Un juge doit être convaincu de la réalisation de nombreuses conditions avant de pouvoir décerner un mandat en vertu de la Loi sur le SCRS. . . . Le juge décernant un mandat ne devrait pas être obligé, pour que celui-ci soit valide à sa seule lecture, de déclarer expressément, avec détails à l'appui, qu'il considère comme réalisées une ou des conditions particulières prévues à la Loi. Selon moi, on peut certainement présumer que le juge qui décerne le mandat, lorsqu'il déclare le décerner conformément à l'article de la loi qui l'y autorise, est convaincu que les dispositions applicables de cette loi ont été en tout point observées.

Je souscris entièrement au raisonnement énoncé par le juge dans ses motifs et je considère suffisant de les faire miens dans le cadre de la présente instance.

Le paragraphe 21(4) énumère les éléments devant ressortir à la lecture d'un mandat pour qu'il soit valide. Je conviens qu'il puisse ressortir des attendus qu'un mandat n'aurait pas dû être décerné; je n'estime toutefois pas que l'absence d'attendus, non expressément exigés par la loi habilitante, permet de conclure que le mandat visé est invalide à sa seule lecture.

(b) Failure to specify "threat"

The appellant argues, in the first place, parallel to the argument just dealt with, that the warrant must, on its face, state that the issuing judge is satisfied, on reasonable grounds, that a threat to the security of Canada exists and, in the second place, that it is insufficient to describe that threat by merely reciting the statutory language. In addition to rejecting the first argument on the basis just stated, I am of the opinion that the learned Judge did, in fact, express his satisfaction in recital IV. It does considerable violence to ordinary English usage to construe that recital, as the appellant would have it, as expressing only satisfaction that a warrant is required to enable investigation and as not expressing satisfaction as to the existence of the threat to Canada's security requiring the investigation.

The second argument is based on analogous *Criminal Code* search warrant authorities. For example, the appellant relies on *Bergeron et al. v. Deschamps et al.*, [1978] 1 S.C.R. 243; (1977), 33 C.C.C. (2d) 461, a case that actually dealt with the retention for use in evidence of documents seized under an admittedly illegal warrant, described by Laskin C.J.C., as follows [at pages 244 S.C.R.; 461 C.C.C.]:

The warrant, issued by a justice of the peace, was directed to the seizure, at named premises, of various documents, described only by class (e.g. invoices, correspondence, books of account, cheques, handwritten notes and a list of names) and connected with the financial affairs of the Quebec Association for the Deaf. Although fraud was alleged, neither the perpetrator nor the victim nor the object of the fraud was identified. There was no indication whether the premises to be searched were those of the Association or of the perpetrator or of the victim of the alleged fraud which itself was left completely vague.

Rothman J. quashed the search warrant, and the correctness of that decision was not challenged on appeal, nor is it challenged here.

It was held by the Supreme Court that, [at pages 245 S.C.R.; 462 C.C.C.] of such a warrant, "it cannot be said that there is any chargeable offence to which the seized documents could be relevant".

(b) Le défaut de préciser les «menaces» dont il est question

L'appelant soutient en premier lieu, parallèlement à l'argument dont nous venons de traiter, que le mandat doit, à sa simple lecture, préciser que le juge qui le décerne est convaincu de l'existence de menaces envers la sécurité du Canada sur le fondement de motifs raisonnables et, en second lieu, que la simple répétition des termes de la Loi ne suffit pas à décrire les menaces visées. En plus de rejeter le premier de ces arguments pour le motif qui vient d'être énoncé, je suis d'avis que le juge a effectivement déclaré, dans l'attendu IV, avoir la conviction requise. C'est faire considérablement violence au sens courant des mots anglais que de voir dans cet attendu, comme le fait l'appelant, la simple conviction du juge qu'un mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête, et non sa conviction que des menaces à la sécurité du Canada rendent l'enquête nécessaire.

Le second argument est fondé sur des décisions rendues dans des affaires analogues où il était question du mandat de perquisition prévu au *Code criminel*. Par exemple, l'appelant s'appuie sur l'arrêt *Bergeron et autres c. Deschamps et autres*, [1978] 1 R.C.S. 243; (1977), 33 C.C.C. (2d) 461, une affaire qui traitait effectivement de la détention, pour les fins de la preuve, de documents saisis en vertu d'un mandat reconnu comme illégal; le juge en chef Laskin a décrit ce mandat de la manière suivante [aux pages 244 R.C.S.; 461 C.C.C.]:

Le mandat, lancé par un juge de paix, autorisait la saisie, dans des locaux désignés, de divers documents décrits uniquement par catégorie (p. ex.: factures, correspondance, livres de comptabilité, chèques, notes manuscrites et une liste de noms) et ayant trait aux opérations financières de l'Association des sourds du Québec. Bien que l'on ait allégué une fraude, ni l'auteur ni la victime ni l'objet de la fraude n'étaient identifiés. Rien n'indiquait si les locaux à perquisitionner étaient ceux de l'Association ou ceux de l'auteur ou de la victime de la fraude alléguée qui, d'ailleurs, n'était aucunement précisée.

Le juge Rothman a annulé le mandat de perquisition, et le bien-fondé de cette décision n'a pas été contesté en appel ni devant cette Cour.

La Cour suprême a conclu, au sujet d'un tel mandat [aux pages 245 R.C.S.; 462 C.C.C.]: «on ne peut prétendre qu'il existe une infraction à laquelle les documents saisis pourraient se rattacher».

Countering the appellant's authorities, which were predicated on searches and seizures effected on the authority of warrants issued after the alleged commission of particular criminal offences, the respondent referred us to a number of decisions which set forth the texts of wiretap authorizations: *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)*, *supra*, at page 366; *R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169 (B.C.C.A.), at page 174; *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (Ont. C.A.), at page 507 and *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), at pages 52 ff. It is clear that *Criminal Code* wiretap authorizations have not been struck down for want of particularity when, in the nature of the investigation for which they were issued, the missing particulars were not reasonably to be expected to be forthcoming in advance.

It seems to me that it will be generally less practically possible to be specific, in advance, in authorizations to intercept private communications under the Act than under the *Criminal Code*. The Code contemplates interception as an investigative tool after or during the event while the Act is directed primarily to gathering information in an attempt to anticipate future occurrences. The distinction was recognized by the United States Supreme Court in *United States v. U. S. District Court*, 407 U.S. 297 (1972), at page 322.

Moreover, we do not hold that the same type of standards and procedures prescribed by Title III are necessarily applicable to this case. We recognize that domestic security surveillance may involve different policy and practical considerations from the surveillance of "ordinary crime". The gathering of security intelligence is often long range and involves the interrelation of various sources and types of information. The exact targets of such surveillance may be more difficult to identify than in surveillance operations against many types of crime specified in Title III. Often, too, the emphasis of domestic intelligence gathering is on the prevention of unlawful activity or the enhancement of the Government's preparedness for some possible future crisis or emergency. Thus, the focus of domestic surveillance may be less precise than that directed against more conventional types of crime.

À l'encontre des décisions citées par l'appelant, qui concernaient des fouilles, perquisitions et saisies fondées sur des mandats postérieurs à la pénétration de certaines infractions criminelles alléguées, l'intimée a fait référence à de nombreuses décisions qui citent le texte d'autorisations d'écoute électronique: *R. v. Welsh and Iannuzzi (N° 6)*, précitée, à la page 366; *R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169 (C.A.C.-B.), à la page 174; *R. v. Volpe* (1981), 63 C.C.C. (2d) 506 (C.A. Ont.), à la page 507 et *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), aux pages 52 et suivantes. Il est clair que les autorisations d'écoute électronique fondées sur le *Code criminel* n'ont pas été annulées pour avoir omis les détails requis lorsque, considérant la nature de l'enquête relativement à laquelle ces mandats avaient été décernés, on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les détails manquants soient divulgués à l'avance.

J'estime que, de façon générale, les autorisations d'interception de communications privées fondées sur la Loi seront, en pratique, plus difficilement précises à l'avance que les autorisations prévues au *Code criminel*. Le Code considère l'interception comme un instrument d'enquête devant être utilisé pendant qu'un acte se déroule ou après coup, tandis que la Loi vise principalement à recueillir des informations permettant de prévoir certains événements. Cette distinction a été reconnue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. U. S. District Court*, 407 U.S. 297 (1972), à la page 322.

[TRADUCTION] Qui plus est, nous n'affirmons pas que le genre de critères et de procédures prescrits au Titre III s'appliquent nécessairement à la présente espèce. Nous reconnaissons que la surveillance interne visant la sécurité peut mettre en jeu des considérations de politique ainsi que des considérations pratiques différentes de celles qui régissent la surveillance relative au «crime ordinaire». La collecte des renseignements de sécurité s'inscrit souvent dans un processus à long terme et met en jeu les rapports réciproques entre diverses sources et divers types d'informations. Les cibles exactes d'une telle surveillance peuvent être plus difficiles à identifier qu'elles ne le sont dans le cadre des opérations de surveillance visant bon nombre des types d'infractions criminelles mentionnées au Titre III. De plus, la collecte de renseignements internes vise souvent à prévenir les activités illégales ou à accroître l'aptitude du Gouvernement à faire face à quelque crise ou urgence éventuelle. Ainsi, la surveillance interne peut avoir un objet moins bien défini que celle qui se rapporte à des types de crimes plus courants.

In my opinion, the failure to describe in the warrant the perceived threat to the security of Canada in terms other than the words of the Act, does not render the warrant invalid on its face.

(c) Failure to limit seizures

It is common ground that no search was conducted nor seizure effected under Part B of the warrant. The appellant does not contest that Part B is entirely severable, meeting the test of *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, at page 453.

When there is a clear dividing line between the good and bad parts of an authorization, and they are not so interwoven that they cannot be separated but are actually separate authorizations given in the same order, the court in my opinion can divide the order and preserve the valid portion, which then forms the authorization. In such a case interceptions made under the valid authorization are admissible.

I have not considered what might have been had Part B been acted upon by the Service. I do not propose in these reasons to do so.

(d) Solicitor-client privilege

The issue here is not the admissibility in evidence of communications intercepted under authority of the warrant. What we have is the proposition that an authorization broad enough to encompass interception of communications subject of solicitor-client privilege renders the warrant invalid on its face.

In the absence of direct judicial authority, the appellant relied heavily on a text, *Law of Electronic Surveillance in Canada*, Toronto: Carswell, 1979, by David Watt, now Mr. Justice Watt of the High Court of Ontario. In particular, he relied on a lengthy passage at pages 175 ff., in which the learned author proposed the sort of limitations a *Criminal Code* wiretap authorization ought to contain in order to provide reasonable protection against the interception of privileged communications. Perusal of that passage makes clear that the immediate topic was conditions which might be appropriate after the subject of the surveillance had been charged with an offence, a circumstance simply not analogous to surveillance under the Act

Selon mon opinion, le fait que le mandat ait omis de décrire les menaces envisagées envers la sécurité du Canada autrement qu'en reprenant les termes de la Loi n'a pas pour conséquence de le rendre invalide à sa seule lecture.

(c) Le défaut d'assortir les saisies de restrictions

Il est avéré qu'aucune fouille, perquisition ou saisie n'a été effectuée en vertu de la partie B du mandat. L'appelant ne conteste pas que la partie B est intégralement séparable et respecte le critère énoncé dans l'arrêt *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, à la page 453.

Quand il y a une ligne de démarcation claire entre les bonne et mauvaise parties d'une autorisation, qu'elles ne sont pas entrelacées au point de ne pouvoir être séparées mais constituent en somme des autorisations distinctes réunies dans une même ordonnance, le tribunal peut à mon avis diviser l'ordonnance et sauvegarder la partie valide qui, dès lors, forme l'autorisation. En pareil cas les interceptions faites en vertu de l'autorisation valide sont recevables.

Je n'ai pas considéré ce qui serait advenu le Service eût-il agi en s'autorisant de la partie B. Je n'ai pas l'intention de le faire dans les présents motifs.

(d) Le privilège du secret professionnel de l'avocat

La question qui se pose en l'espèce n'est pas celle de l'admissibilité en preuve des communications interceptées en vertu du mandat. Nous avons à décider si une autorisation assez large pour permettre l'interception de communications faisant l'objet du privilège du secret professionnel de l'avocat rend le mandat invalide à seule lecture.

En l'absence d'une décision judiciaire traitant directement de la question, l'appelant s'est appuyé fortement sur l'ouvrage intitulé *Law of Electronic Surveillance in Canada*, Toronto: Carswell, 1979, de David Watt, qui est à présent membre de la Haute Cour de l'Ontario. Il a particulièrement fait référence à un long passage figurant aux pages 175 et suivantes dans lequel l'auteur énonce le genre de restrictions dont une autorisation d'écoute électronique devrait être assortie pour qu'il y ait une protection raisonnable contre l'interception des communications privilégiées. L'examen de ce passage montre clairement qu'il porte de façon immédiate sur les conditions qu'il pourrait être indiqué de respecter

nor even arguably applicable to the actual situation of the appellant, who was not charged while the warrant was in effect. In the latter circumstance, I do not propose to deal with arguments based on paragraph 10(b) of the Charter.

The appellant also submits that, since the privilege attaching to a communication is lost once the message has been intercepted, regardless of compliance with the requirements of condition 3 that all records of a privileged communication be destroyed once so identified and that it not be disclosed further, a person with knowledge thereof, e.g. the Director or a translator, would, nevertheless, be compellable as a witness to testify as to its content. Authority for this proposition is found in *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13, a case in which a co-accused had, without authorization, come into possession of the subject's privileged communication. Martin J. A., for the Ontario Court of Appeal, at page 42, had this to say:

In my view, the privilege was dissolved if Dunbar, even surreptitiously removed the notes from Bray's cell. *Wigmore on Evidence* (McNaughton Rev.), vol. 8, states at p. 633:

All *involuntary* disclosures, in particular, through the loss or theft of documents from the attorney's possession, are not protected by the privilege, on the principle that, since the law has granted secrecy so far as its own process goes, it leaves to the client and attorney to take measures of caution sufficient to prevent being overheard by third persons. The risk of insufficient precautions is upon the client. This principle applies equally to documents.

In so arguing, the appellant accords no force to the mandatory language of condition 3 forbidding such disclosure and the readiness of the courts to exclude evidence whose admission would tend to bring into disrepute the administration of justice. I cannot conceive that the apprehended situation could actually arise.

It is the substantive law, not a rule of evidence, that is to be considered in assessing the validity of the warrant. In *Descoteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, after referring to the Court's

une fois la personne surveillée accusée d'une infraction; cette situation n'est nullement analogue à celle qui se présente dans le cadre de la surveillance effectuée en vertu de la Loi, et on ne peut même pas soutenir qu'elle s'applique à la situation de l'appellant, celui-ci n'ayant pas été accusé tandis que le mandat était en vigueur. Concernant ces dernières circonstances, je n'ai pas l'intention de traiter des arguments fondés sur l'alinéa 10b) de la Charte.

L'appellant soutient également que le privilège attaché à une communication se trouvant perdu une fois le message intercepté, nonobstant le respect des exigences de la condition 3 prévoyant que toutes les communications privilégiées seront détruites après avoir été ainsi identifiées et ne feront l'objet d'aucune autre divulgation, quiconque a connaissance d'une telle communication, par exemple le directeur ou un traducteur, pourrait, néanmoins, être tenu de témoigner au sujet de son contenu. L'appellant appuie cette proposition sur la décision rendue dans l'affaire *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13, dans laquelle un co-accusé était, sans autorisation, entré en possession de la communication privilégiée de l'accusé. Le juge d'appel Martin, prononçant les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit à la page 42:

[TRADUCTION] À mon avis, le privilège a été annulé si Dunbar, même subrepticement, a retiré les notes visées de la cellule de Bray. L'auteur de *Wigmore on Evidence* (McNaughton Rev.), vol. 8, déclare à la page 633:

En particulier, aucune des divulgations *involontaires* dues à la perte ou au vol de documents se trouvant en la possession d'un avocat ne sont visées par ce privilège, le principe applicable voulant que la loi, ayant accordé la protection du secret relativement à sa propre procédure, laisse au client et à son avocat le soin de prendre des mesures suffisantes pour ne pas être entendus par des tiers. Le risque découlant de l'insuffisance des précautions prises repose sur le client. Ce principe s'applique également aux documents.

En soutenant ce qui précède, l'appellant nie toute force aux termes impératifs de la condition 3 qui interdisent une telle divulgation, et il oublie que les tribunaux sont disposés à exclure les éléments de preuve dont l'admission aurait tendance à discréditer l'administration de la justice. Je ne puis concevoir que la situation qu'il appréhende puisse réellement se produire.

Ce sont les règles de fond, non les règles de preuve, qui doivent être considérées lors de l'appréciation de la validité d'un mandat. Dans l'arrêt *Descoteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1

earlier decision in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Lamer J., at page 875, said:

It is quite apparent that the Court in that case applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

That is the standard against which the warrant is to be measured. In the present case, paragraphs 3 and 4 are particularly applicable.

Subsection 21(3) authorizes the judge to issue a warrant "to intercept any communication". Given that the confidential character of such communications when electronically intercepted cannot possibly be ascertained before they are monitored, the authority of subsection 21(3) simply cannot be interpreted so as to preclude their initial interception. In my view, conditions 2 and 3 set forth in the warrant do meet the requirement that the confidentiality of solicitor-client communications be interfered with only to the extent absolutely necessary to achieve the objects of the Act. The relevant objects are stated in section 12.

R.C.S. 860, après avoir fait référence à la décision antérieure rendue par la Cour dans l'affaire *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, le juge Lamer, à la page 875, a dit:

*a* De toute évidence la Cour, dans cette cause, appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

- c* 1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
- d* 2. A moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
- e* 3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
- f* 4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Voilà la norme en fonction de laquelle le mandat doit être apprécié; ses paragraphes 3 et 4 sont *g* particulièrement pertinents à la présente espèce.

Le paragraphe 21(3) autorise le juge à décerner un mandat autorisant ses destinataires «à intercepter des communications». Comme le caractère confidentiel des communications ne peut, lorsque l'interception se fait à l'aide de moyens électroniques, être établi de façon certaine avant que celles-ci ne soient captées, on ne peut tout simplement pas interpréter les dispositions du paragraphe 21(3) *h* comme excluant leur interception initiale. À mon sens, les conditions 2 et 3 énoncées dans le mandat satisfont à l'exigence selon laquelle il ne doit être porté atteinte au caractère confidentiel des communications entre un avocat et son client que si *i* cela est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs fixés par la Loi. Les objectifs pertinents se trouvent énoncés à l'article 12.

12. The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

The disclosure of information so obtained to law enforcement authorities, while permitted by paragraph 19(2)(a), is not an object of its collection.

### 3. WARRANT INVALID ON ITS FACE

#### NON-COMPLIANCE WITH CHARTER

The appellant says that section 21 of the Act runs afoul of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

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

Counsel for the Attorney General of British Columbia argued that the interception and recording of conversations was not a seizure at all. He relied on an unreported decision of the Supreme Court of British Columbia, *R. v. Taylor et al.*, no. X011079, rendered December 30, 1983, in which it was said:

I reject summarily the suggestion that there has been a seizure of words. The best that could be made of such an argument is that normally—once words are spoken—they are gone unless remembered. The recording of those words and preparation of transcripts of the communications has merely preserved for posterity exactly what was said and by whom.

That proposition appears not to have been put nor occurred to the Ontario Court of Appeal dealing with the same Charter issue in respect of the same provisions of the *Criminal Code* in *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, at pages 61 ff. It would not have occurred to me either.

I do not think it implicitly enlarges the scope of section 8 to encompass a right to privacy extending beyond unreasonable search and seizure to hold that it does apply to state authorized interception of private verbal communications for purposes of obtaining evidence, as under the *Criminal Code*, or intelligence, as under the Act. To so approach the

12. Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

La divulgation des informations ainsi obtenues aux autorités chargées de faire respecter la loi est autorisée en vertu de l'alinéa 19(2)a) mais ne constitue pas un objectif de leur collecte.

### 3. LE MANDAT EST INVALIDE À SA SEULE LECTURE

#### NON RESPECT DE LA CHARTE

L'appelant prétend que l'article 21 de la Loi s'oppose à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

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

L'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique a soutenu que l'interception et l'enregistrement de conversations ne constituait aucunement une saisie. Il s'est appuyé sur une décision non publiée de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'arrêt *R. v. Taylor et al.*, n° X011079, prononcé le 30 décembre 1983, dans lequel il est dit:

[TRADUCTION] Je rejette sommairement la suggestion voulant qu'il y ait eu une saisie de mots. Le mieux que l'on puisse dire d'un tel argument est que les mots, une fois prononcés, disparaissent à moins d'être rappelés. L'enregistrement de ces mots et la préparation de transcriptions des communications visées ont seulement, avec exactitude, préservé les propos tenus et fait connaître l'identité de leurs auteurs.

Cette proposition ne semble pas avoir été soumise à la Cour d'appel de l'Ontario ni lui être venue à l'esprit lorsqu'elle a traité de cette même question posée par la Charte au regard des mêmes dispositions du *Code criminel* dans l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, aux pages 61 et suivantes. Elle ne me serait pas venue à l'esprit non plus.

Je ne crois pas que ce soit élargir implicitement le champ d'application de l'article 8 de façon à lui faire envisager un droit à la vie privée s'étendant au-delà des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives, que de conclure qu'il s'applique effectivement à l'interception autorisée par l'État de communications verbales à caractère privé dans le but

matter is not to expand the notion of search and seizure at all but rather to recognize that technology has changed the ways a search and seizure may be effected and, coincidentally, added verbal communications to the things which, practically, can be seized.

The leading decision on section 8 is *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The appellant says that decision establishes four minimum criteria that must be met if legislation authorizing a search and seizure is to comply with section 8, namely,

- (i) prior authorization for the search or seizure, where feasible;
- (ii) the determination whether to grant the prior authorization must be made by a person capable of acting judicially;
- (iii) the determination must be based on sworn evidence; and
- (iv) the objective standard on which the determination is to be based must include reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed and that evidence of the offence is to be found at the place of the search.

The appellant concedes that section 21 of the Act meets the first three requirements but says it does not meet the fourth.

It will be useful to quote at some length what Dickson J., as he then was, said, at pages 167 ff.

The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

de recueillir des éléments de preuve conformément au *Code criminel* ou des renseignements conformément à la Loi. Cette manière d'aborder la question n'élargit aucunement le concept des fouilles, perquisitions et saisies; elle reconnaît simplement que la technologie a modifié la manière dont les fouilles, perquisitions et saisies peuvent être effectuées et, par effet de coïncidence, a ajouté les communications verbales aux éléments qui, en pratique, peuvent être saisis.

La décision qui fait autorité au sujet de l'article 8 est l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Selon l'appellant, cette décision établit que, pour être conformes à l'article 8, les dispositions législatives autorisant les fouilles, perquisitions et saisies doit respecter les quatre conditions minimales suivantes:

- (i) il doit y avoir autorisation préalable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie, lorsque c'est possible;
- (ii) c'est un juge ou au moins une personne en mesure d'agir de façon judiciaire qui doit décider si l'autorisation préalable doit être accordée;
- (iii) la décision doit être fondée sur des éléments de preuve fournis sous serment; et
- (iv) le critère objectif sur lequel cette décision doit être fondée doit comprendre des motifs raisonnables et probables de croire qu'un élément de preuve de l'infraction se trouve à l'endroit de la perquisition.

L'appellant reconnaît que l'article 21 de la Loi satisfait aux trois premières conditions, mais il prétend qu'il ne respecte pas la quatrième.

Il est utile que nous citions assez longuement les propos tenus par le juge Dickson—c'était alors son titre—aux pages 167 et suivantes.

L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaldrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

The state's interest in detecting the preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one. That is not the situation in the present case. In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the Charter, for authorizing search and seizure.

The appellant says that section 21 fails to meet the fourth branch of the test because it does not require the judge to believe, on reasonable and probable grounds, (a) that an offence has been committed and (b) that evidence of the offence will be found at the place of the search.

The warrant in issue was granted in respect of a threat to national security, not the commission of an offence in the conventional sense. To conclude, as *Hunter et al. v. Southam Inc.* anticipated, that a different standard should apply where national security is involved is not necessarily to apply a lower standard but rather one which takes account of reality.

Since the Act does not authorize the issuance of warrants to investigate offences in the ordinary criminal context, nor to obtain evidence of such offences, it is entirely to be expected that section 21 does not require the issuing judge to be satisfied that an offence has been committed and that evidence thereof will be found in execution of the warrant. What the Act does authorize is the investigation of threats to the security of Canada and, *inter alia*, the collection of information respecting activities that may, on reasonable grounds, be suspected of constituting such threats. Having regard to the definition of "judge", paragraph 21(2)(a) of the Act fully satisfies, *mutatis mutandis*, the prescription of *Hunter et al. v. Southam Inc.* as to the minimum criteria demanded by section 8 of legislation authorizing a search and seizure. The judge is required to be satisfied, on

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie.

L'appelant soutient que l'article 21 ne respecte pas le quatrième critère parce qu'il n'exige pas que le juge croie, pour des motifs raisonnables et probables, (a) qu'une infraction a été commise et (b) que des éléments de preuve de l'infraction se trouvent à l'endroit de la fouille ou perquisition.

Le mandat en cause a été décerné relativement à des menaces à la sécurité nationale, et non à l'égard de la commission d'une infraction au sens ordinaire. Ce n'est pas nécessairement appliquer un critère plus faible mais tenir compte de la réalité que de conclure, ainsi que l'a fait l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, qu'un critère différent devrait s'appliquer lorsque la sécurité nationale est en cause.

Comme la Loi n'autorise pas la délivrance de mandats pour faire enquête sur des infractions au sens ordinaire du droit criminel ou pour obtenir des éléments de preuve relativement à la perpétration de telles infractions, il est parfaitement normal que l'article 21 n'exige pas du juge qui décerne le mandat qu'il soit convaincu qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve la concernant seront trouvés lors de l'exécution du mandat. Ce que la Loi autorise, c'est la tenue d'enquêtes sur des menaces à la sécurité du Canada et, entre autres, la collecte de renseignements concernant des activités qui peuvent, pour des motifs raisonnables, être considérées comme susceptibles de constituer de telles menaces. Étant donné la définition donnée au terme «juge», l'alinéa 21(2)a) de la Loi respecte entièrement, compte tenu des adaptations de circonstances, la prescrip-

reasonable and probable grounds established by sworn evidence, that a threat to the security of Canada exists and that a warrant is required to enable its investigation. In my opinion, that is an objective standard.

I did not identify any submissions as to the invalidity of the warrant itself by reason of conflict with section 8 of the Charter which were not either dependent on the invalidity of section 21 of the Act or essentially repetitious of the arguments that the warrant did not, on its face, comply with that provision. I see no need to repeat myself by dealing with them. I find no merit in the argument that the warrant is invalid, on its face, by reason of its failure to meet the minimum standards for a reasonable search and seizure required by the Charter.

#### 4. NON-DISCLOSURE OF AFFIDAVIT

In the ordinary course of events, when evidence of an offence against a person has been acquired under the authority of a search warrant or an electronic surveillance authorization, that person has the right, before the evidence is used against him, to challenge the validity of the warrant on the basis that the judge who issued it erred in doing so by reason of the insufficiency of the material which supported the application. The basis of that right was stated by H. J. MacDonald J., of the Supreme Court of Alberta in *Realty Renovations Ltd. v. A.G. Alta.*, [1979] 1 W.W.R. 74, at page 80, in a passage quoted with approval by Dickson J., as he then was, in *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at page 181.

Since the issue of a search warrant is a judicial act and not an administrative act, it appears to me to be fundamental that in order to exercise the right to question the validity of a search warrant, the interested party or his counsel must be able to inspect the search warrant and the information on which it is based. Although there is no appeal from the issue of a search warrant, a superior court has the right by prerogative writ to review the act of the Justice of the Peace in issuing the warrant.

tion de l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* visant les critères minimums établis par l'article 8 relativement aux dispositions législatives autorisant les fouilles, perquisitions et saisies. Le juge doit être convaincu, pour des motifs raisonnables et probables fondés sur des éléments de preuve fournis sous serment, que des menaces à la sécurité du Canada existent et qu'un mandat est nécessaire pour permettre la tenue d'une enquête à ce sujet. À mon sens, il s'agit d'un critère objectif.

Toutes les prétentions visant l'invalidité du mandat lui-même en raison de son incompatibilité avec l'article 8 de la Charte me sont apparues soit dépendre de l'invalidité de l'article 21 de la Loi, soit répéter essentiellement les arguments voulant que le mandat, à sa seule lecture, ne fût pas conforme à cette disposition. Il ne me semble pas utile de me répéter en traitant de ces prétentions. Je considère non fondé l'argument voulant que le mandat soit invalide à sa seule lecture parce qu'il ne respecterait pas les conditions minimales établies par la Charte à l'égard des fouilles, perquisitions et saisies non abusives.

#### 4. NON-DIVULGATION DE L'AFFIDAVIT

Selon la procédure normale, lorsque des éléments de preuve visant la perpétration d'une infraction ont été réunis contre une personne en vertu de l'autorité conférée par un mandat de perquisition ou une autorisation de surveillance électronique, cette personne a le droit, avant que ces éléments de preuve ne soient utilisés contre elle, de contester la validité du mandat au motif que le juge qui l'a décerné n'aurait pas dû le faire en raison de l'insuffisance des pièces justificatives. Le fondement d'un tel droit a été énoncé par le juge H. J. MacDonald, de la Cour suprême de l'Alberta, dans l'arrêt *Realty Renovations Ltd. v. A.G. Alta.*, [1979] 1 W.W.R. 74, à la page 80, dans un passage cité avec approbation par le juge Dickson—c'était alors son titre—dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 181.

[TRADUCTION] Puisque la délivrance d'un mandat de perquisition est un acte judiciaire et non un acte administratif, il me paraît fondamental que, pour pouvoir exercer le droit de contester la validité d'un mandat de perquisition, la partie concernée ou son avocat puisse examiner le mandat de perquisition et la dénonciation sur laquelle il se fonde. Bien qu'il n'existe pas d'appel de la délivrance d'un mandat de perquisition, une cour supérieure a le droit, par bref de prerogative, de réviser l'acte

In order to launch a proper application, the applicant should know the reasons or grounds for his application, which reasons or grounds are most likely to be found in the form of the information or warrant.

That rationale applies equally to a wiretap authorization as to a search warrant and to surveillance under the Act as to surveillance in a conventional criminal investigation. The appellant has a right to mount such an attack, he wishes to do so but cannot unless he is given access to the affidavit of Archie Barr referred to in recital III. The issue for this Court, at this juncture, is whether the learned Judge erred in refusing to order its production.

The Act does not, expressly, forbid production of the affidavit. Its relevant provisions are sections 18, 19, 27 and 28, whereof the material portions follow:

**18.** (1) Subject to subsection (2), no person shall disclose any information that the person obtained or to which the person had access in the course of the performance by that person of duties and functions under this Act or the participation by that person in the administration or enforcement of this Act and from which the identity of

(a) any other person who is or was confidential source of information or assistance to the Service, or

(b) any person who is or was an employee engaged in convert operational activities of the Service

can be inferred.

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).

(3) Every one who contravenes subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

**19.** (1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.

(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,

(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of

du juge de paix qui délivre le mandat. Pour bien présenter sa requête, le requérant doit en connaître les raisons ou motifs qui tiennent fort probablement à la formulation de la dénonciation ou du mandat.

a Cette justification s'applique aussi bien à une autorisation d'écoute électronique qu'à un mandat de perquisition et aussi bien à la surveillance effectuée en vertu de la Loi qu'à la surveillance qui a lieu dans le cadre d'une enquête traditionnelle en matière criminelle. L'appelant, qui a le droit et l'intention d'entreprendre la contestation susmentionnée, ne peut le faire que si on lui donne pleinement accès à l'affidavit d'Archie Barr mentionné à l'attendu III. À ce point-ci, la Cour doit trancher si le juge s'est trompé en refusant d'ordonner sa production.

La Loi n'interdit pas expressément la production de cet affidavit. Ses dispositions pertinentes sont les articles 18, 19, 27 et 28, dont voici les parties applicables à l'espèce:

**18.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité:

a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;

b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)(a) à (d).

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

**19.** (1) Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.

(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1). Il peut aussi les communiquer aux autorisés ou personnes suivantes:

a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi

Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

Recitation of paragraph 19(2)(a) is sufficient to illustrate the sort of disclosure of information by the Service contemplated by the Act. It was the release of information to the Attorney General for British Columbia, authorized by that provision, that gave rise to this proceeding. Without that release, the appellant would, presumably, never have known of the warrant's existence. Paragraphs (b),(c) and (d) authorize disclosure, in specified circumstances, to ministers of the Crown in right of Canada or persons in the federal public service. None contemplate the disclosure sought here.

27. An application under section 21, 22 or 23 to a judge for a warrant or the renewal of a warrant shall be heard in private in accordance with regulations made under section 28.

28. The Governor in Council may make regulations

(a) prescribing the forms of warrants that may be issued under section 21 or 23;

(b) governing the practice and procedure of, and security requirements applicable to, hearings of applications for such warrants and for renewals of such warrants; and

(c) notwithstanding the *Federal Court Act* and any rules made thereunder, specifying the places where such hearings may be held and the places where, and the manner in which, records or documents concerning such hearings shall be kept.

No regulations have been made pursuant to section 28. No rules of Court specially applicable in the circumstances have been made under the *Federal Court Act*. While it may be impertinent to raise it, since the appellant did not, I can well conceive that, in the absence of such rules or regulations, the failure to produce such an affidavit as part of the appeal case, as appears to be required by Rule 1204, may be an issue in a future appeal. Perhaps the inference to be drawn from its absence is that the learned Judge, dealing with the application to rescind some 20 months after issuing the warrant, did not again review the affidavit. In any event, to the extent the general Rules of Court are pertinent they militate in favour of disclosure.

fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction;

L'alinéa 19(2)a suffit à illustrer le genre de communication d'informations par le Service qu'envisage la Loi. C'est la communication d'informations au Procureur général de la Colombie-Britannique, autorisée par cette disposition, qui a été à l'origine de la présente instance. Sans cette communication, l'appelant n'aurait, présumément, jamais connu l'existence du mandat. Les alinéas b),c) et d) autorisent, dans des circonstances précises, la communication d'informations aux ministres de la Couronne du chef du Canada ou à des fonctionnaires fédéraux. Aucune de ces dispositions n'envisage la communication sollicitée en l'espèce.

27. Une demande de mandat ou de renouvellement de mandat faite à un juge en vertu de l'article 21, 22 ou 23 est entendue à huis clos en conformité avec les règlements d'application de l'article 28.

28. Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) déterminer la forme des mandats décernés en vertu de l'article 21 ou 23;

b) prévoir les règles de pratique et de procédure, ainsi que les conditions de sécurité, applicables à l'audition d'une demande de mandat ou de renouvellement de mandat;

c) par dérogation à la *Loi sur la Cour fédérale* et aux règles prises sous son régime, préciser les lieux où peuvent se tenir les auditions et où doivent être conservés les archives et documents qui s'y rattachent, de même que leur mode de conservation.

Aucun règlement n'a été édicté en vertu de l'article 28. Aucune règle de la Cour directement applicable à de telles circonstances n'a été édictée en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*. Bien qu'il puisse ne pas être approprié de soulever un tel point, l'appelant ne l'ayant pas fait, je peux très bien concevoir que, en l'absence de tels règles et règlements, le défaut d'inclure un affidavit comme celui-là dans le dossier conjoint de la cause en appel, comme semble l'exiger la Règle 1204, puisse être soulevé dans le cadre d'un appel éventuel. Peut-être devons-nous inférer de son absence que le juge, statuant sur la demande d'annulation quelques vingt mois après avoir décerné le mandat, n'a pas réexaminé l'affidavit. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où les règles générales de la Cour sont pertinentes, elles militent en faveur de la communication.

The only statutory limitation on disclosure is an absolute prohibition against disclosure by any person of information from which the identity of an informer or an employee engaged in covert operations can be inferred. That prohibition should be respected by the Court. The requirement that the application for the warrant be heard in private does not, in my opinion, sustain the conclusion that the supporting affidavit is not to be disclosed under any circumstances. So far as I am aware, it is standard practice that all initial applications for search warrants or wiretap authorization be made in private. It is only after execution that the right of an interested party to inspect the supporting information arises.

Counsel for the Attorney General for British Columbia argued that the disclosures specified by section 19 are exhaustive of the permitted disclosures of the information contained in the affidavit and that its disclosure to the appellant is, therefore, prohibited by the Act. I infer that the information in the affidavit is, in all probability, "information obtained in the performance of the duties and functions of the Service" and, thus, within the ambit of the section. The failure of this argument lies in the fact that the section deals with disclosure of information by the Service. We are here concerned with a request to the Court that it disclose information. Nothing in the Act expressly prohibits that. If it is not to be disclosed it must be because an interested party properly objects to its disclosure, not because disclosure is forbidden by law.

The respondent cites two decisions of this Court as authority for the proposition that, as a matter of law, the affidavit ought not, in view of national security considerations, be disclosed. Those decisions, *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.) and *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.), both upheld the refusal of a judge designated under subsection 36.2(1) of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10 (as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4)] to even examine the material, objection to the production of which had been

La seule restriction à la communication imposée par la Loi est l'interdiction absolue de la communication par quiconque des informations à partir desquelles peut être inférée l'identité d'un informateur ou d'un employé occupé à des activités opérationnelles cachées. La Cour devrait respecter cette prohibition. À mon sens, l'exigence que la demande de mandat soit entendue de façon privée n'implique pas que l'affidavit présenté à l'appui d'une telle demande ne peut être communiqué dans aucune circonstance. À ma connaissance, il est de pratique courante que toutes les demandes initiales de mandat de perquisition ou d'autorisation d'écoute électronique soient présentées de façon privée. Ce n'est qu'une fois ce mandat exécuté que prend naissance le droit d'une partie intéressée d'examiner les informations présentées à l'appui de la demande de mandat.

L'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique a soutenu que les communications visées à l'article 19 sont les seules permises à l'égard des informations contenues dans l'affidavit et que la communication de telles informations à l'appelant est, en conséquence, interdite par la Loi. J'en déduis que les informations figurant dans l'affidavit sont, selon toute probabilité, des «informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées» et, en conséquence, sont visées par l'article 19. Cet argument échoue parce que cet article traite de la communication d'informations par le Service. Or, nous nous trouvons ici en présence d'une demande de communication d'informations présentée à la Cour. Rien dans la Loi n'interdit expressément une telle communication. Si elle ne doit pas se faire, ce doit être parce qu'une des parties intéressées s'y oppose de façon régulière, et non parce que la loi l'interdit.

L'intimée cite deux décisions de cette Cour à l'appui de la proposition que, légalement, pour des considérations ayant trait à la sécurité nationale, l'affidavit ne doit pas être communiqué. Ces décisions, les arrêts *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.) et *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.), ont toutes deux maintenu le refus d'un juge désigné en vertu du paragraphe 36.2(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10 (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4)] de même examiner des documents à la

taken, with a view to considering its possible disclosure. Disclosure was sought, in *Goguen*, by the defence in a criminal prosecution and, in *Gold*, by the plaintiff in a civil action. Perusal of both decisions makes clear that the ratio for not even directing examination of the material was the Court's satisfaction as to its evidentiary value. In *Goguen*, the Court was satisfied that the material could have no value except to confirm direct evidence otherwise available and, in *Gold*, it was satisfied that the material could have no relevance to any matter in issue having regard to admissions in the statement of defence. There can simply be no question as to the relevance of the affidavit to the attack the appellant wishes to make on the warrant.

The respondent also argues that, in the context of an application to rescind an *ex parte* order pursuant to Rule 330, the refusal to order production of the affidavit is a discretionary matter and that

A Court of Appeal will not interfere with the exercise of his discretion by a Judge of first instance in an interlocutory matter of this kind, unless it is clear that, in exercising his discretion, the learned Trial Judge proceeded on some erroneous principle or some misapprehension of the facts, or that the Order is not just and reasonable.

*International Business Machines Corporation of Canada Limited and Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (F.C.A.) and decisions referred to in footnote 1 thereof. While the matters to be dealt with in an application to a judge of first instance under Rule 330 will, in all probability, usually be interlocutory in nature, the order made in this instance is clearly final in nature. Our duty is to determine whether the learned Judge erred in law in refusing to order production.

The learned Judge dealt at some length with the question whether, in the application under Rule 330, the process under sections 36.1 [as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule III, s. 4] and

production desquels on s'était opposé, afin de déterminer s'ils pouvaient être divulgués. Dans l'affaire *Goguen*, c'est la défenderesse qui sollicitait la divulgation, dans le cadre d'une poursuite criminelle, alors que l'affaire *Gold*, elle était recherchée par la demanderesse dans le cadre d'une action civile. À la lecture de ces deux décisions, il ressort clairement que la Cour n'a même pas procédé à l'examen des documents en question parce qu'elle était parvenue à une conclusion quant à leur valeur probante. Dans l'affaire *Goguen*, la Cour était convaincue que les documents ne pouvaient que confirmer une preuve directe autrement disponible tandis que, dans l'affaire *Gold*, elle était convaincue que les documents ne pouvaient être pertinents à aucune des questions en litige, eu égard aux aveux figurant dans la défense. La pertinence de l'affidavit relativement à la contestation du mandat projetée par l'appellant ne fait aucun doute.

L'intimée soutient également que, dans le cadre d'une demande d'annulation d'une ordonnance *ex parte* fondée sur la Règle 330, le refus d'ordonner la production de l'affidavit est une question discrétionnaire; elle prétend que

[TRADUCTION] Une Cour d'appel ne doit intervenir relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance à l'égard d'une question interlocutoire comme celle en l'espèce que s'il est clair que le juge en question s'est fondé sur un principe erroné ou une appréciation erronée des faits dans l'exercice de ce pouvoir ou que l'ordonnance n'est pas juste et raisonnable.

Référence est faite à la décision rendue dans l'affaire *International Business Machines Corporation of Canada Limited and Xerox Corporation* (1977), 16 N.R. 355 (C.A.F.) ainsi qu'aux décisions mentionnées dans la note de bas de page 1 de ce jugement. Alors que les questions devant être tranchées dans le cadre d'une demande présentée à un juge de première instance en vertu de la Règle 330 seront, selon toute probabilité, habituellement interlocutoires par nature, l'ordonnance prononcée en l'espèce a clairement un caractère final. Notre devoir consiste à déterminer si le juge de première instance a commis une erreur de droit en refusant d'ordonner cette production.

Le juge de première instance a analysé assez longuement la question de savoir si le processus prévu aux articles 36.1 [ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe III, art. 4] et 36.2 de la

36.2 of the *Canada Evidence Act* had been triggered. His conclusion that it had not is not in issue here.

I think it fair to characterize the threat to the security of Canada in respect of which the warrant issued as terrorism. No right-minded person will dispute that, in this day and age, terrorism presents a threat to the security of a good many nations, that Canada and Canadians are not exempt either as a situs or object of terrorism, and that it is in our clear national interest that information as to such threats be gathered by the Service. The events that led to the McDonald Commission inquiry and report and Parliament's ultimate decision to introduce the judiciary into the intelligence gathering system are fresh enough in our minds to permit judicial notice of some generalities. The previous system had been rendered unacceptable to the government and Parliament by its loss of public credibility. A great many people simply did not believe that what had been done in the name of national security had been justified, important as most of them accepted national security to be. Popular scepticism was prompted as much, if not more, by the identities of targets of the system, as they became known, as by the *modus operandi* of those engaged in it. One measure chosen to lend the new civilian Service public credibility was the introduction of judicial control at the point where its covert activities may intrude into the private lives of Canadian citizens and residents. Judicial intervention was not required to allow the Service to conduct surveillance effectively; that could, more conveniently, have continued under executive fiat. It was required to protect potential targets against unjustified surveillance and to assure the public that such protection was being effectively afforded. The benefit of judicial intervention to the Service and, thus, to Canada, will be imperilled if it is presented to and perceived by the public as primarily a

*Loi sur la preuve au Canada* avait été déclenché dans le cadre de la demande fondée sur l'article 330. Sa conclusion négative n'est pas contestée dans le cadre de la présente instance.

a Je considère qu'il est juste de qualifier de terrorisme les menaces envers la sécurité du Canada à l'égard desquelles le mandat a été décerné. Toute personne sensée reconnaîtra que, à notre époque, le terrorisme présente une menace envers la sécurité b d'un grand nombre de pays, que le Canada et les Canadiens ne sont pas à l'abri du terrorisme, susceptible d'être pratiqué sur leur territoire ou de les prendre pour cible, et qu'il y va clairement de notre intérêt national que les informations relatives c à de telles menaces soient recueillies par le Service. Les événements qui ont conduit à la tenue de l'enquête et à la rédaction du rapport de la Commission McDonald ainsi qu'à la décision finale du Parlement de faire jouer un rôle au pouvoir judiciaire au sein du processus de collecte des renseignements sont suffisamment frais à notre esprit pour permettre au tribunal d'avoir une connaissance d'office de certaines questions générales. Le système antérieur était devenu inacceptable aux d yeux du gouvernement et du Parlement parce qu'il avait perdu sa crédibilité auprès du public. Un grand nombre de personnes ne croyaient tout simplement pas que les mesures prises au nom de la sécurité nationale avaient été justifiées, bien que la plupart d'entre elles aient considéré la sécurité nationale comme très importante. Le scepticisme de la population était suscité autant, sinon plus, par l'identité des cibles de ce système, au fur et à mesure que celle-ci devenait publique, que par les e méthodes des personnes engagées dans ces activités. L'une des mesures choisies pour asseoir la crédibilité du nouveau Service civil auprès du public est l'instauration d'un contrôle judiciaire là où les activités cachées du Service peuvent faire intrusion dans la vie privée de citoyens et résidents canadiens. L'intervention judiciaire ne s'imposait pas pour permettre au Service d'effectuer une surveillance efficace; il eût été plus facile de poursuivre une telle activité en vertu de l'autorisation de l'exécutif. Cette intervention était nécessaire pour protéger les cibles éventuelles contre la possibilité d'une surveillance injustifiée et pour assurer le public qu'une telle protection était effectivement accordée. Les bienfaits de l'intervention judiciaire pour le Service et, par voie de conséquence, pour le Canada, seront menacés si cette intervention est

function of the intelligence gathering system rather than of the judicial system.

In his reasons, the learned Judge recited the following passage from the *MacIntyre* decision, at pages 183 and 184, in which Dickson J., speaking of search warrants, after observing that there is a strong public policy in favour of "openness" in respect of judicial acts, went on:

The rationale of this last-mentioned consideration has been eloquently expressed by Bentham in these terms:

'In the darkness of secrecy, sinister interest, and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity there is no justice.' 'Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial.'

The concern for accountability is not diminished by the fact that the search warrants might be issued by a justice *in camera*. On the contrary, this fact increases the policy argument in favour of accessibility. Initial secrecy surrounding the issuance of warrants may lead to abuse, and publicity is a strong deterrent to potential malversation.

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

With little adaptation that last statement is particularly apt. What must be sought here is the maximum accountability and accessibility of and to the judicial presence in the intelligence gathering system but not to the extent of impairing the investigation of genuine threats to national security. At the risk of repeating myself, the credibility of the Service has a direct and positive, but by no means exclusive, dependency on the credibility of the judicial presence in the system; since judicial credibility is so dependent on openness, the Service, too, has an interest in the openness of that judicial presence.

At page 346 of his reasons, the learned Judge defined the issue as:

... whether or not there are special circumstances here which would permit the Court to depart from the general rule of full disclosure of all Court documents to all parties, absent a section 36.1 certificate? I state the issue in this way because of

présentée au public et perçue par celui-ci principalement comme un rouage du système de collecte des renseignements plutôt que comme une fonction du système judiciaire.

Dans ses motifs, le juge de première instance a cité le passage suivant de l'arrêt *MacIntyre*, aux pages 183 et 184, dans lequel le juge Dickson, parlant des mandats de perquisition, après avoir observé l'existence d'un principe cardinal d'intérêt public favorisant la «transparence» des procédures judiciaires, a poursuivi en disant:

Bentham a énoncé de façon éloquent la justification de ce dernier principe dans les termes suivants:

[TRADUCTION] «Dans l'ombre du secret, de sombres visées et des maux de toutes formes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice.» «La publicité est le souffle même de la justice. Elle est l'aiguillon acéré de l'effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même un jugement.»

Le fait que les mandats de perquisition peuvent être délivrés par un juge de paix à huis clos n'entame pas cette préoccupation de responsabilité. Au contraire, il donne du poids à la thèse en faveur de la politique d'accessibilité. Le secret qui préside d'abord à la délivrance de mandats peut occasionner des abus et la publicité a une grande influence préventive contre toute inconduite possible.

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

Très légèrement adaptée, cette dernière déclaration se révèle particulièrement pertinente. En l'espèce, on doit rechercher la plus grande responsabilité et la plus grande accessibilité possibles du pouvoir judiciaire au sein du système de collecte des renseignements, sans que cela nuise pour autant aux enquêtes relatives à des menaces véritables envers la sécurité nationale. Au risque de me répéter, la crédibilité du Service dépend de façon directe et indiscutable, mais aucunement de façon exclusive, de la crédibilité de la présence judiciaire au sein du système; la crédibilité judiciaire étant très fortement tributaire de la transparence, celle-ci est donc également à l'avantage du Service.

À la page 346 de ses motifs, le juge a défini de la manière suivante la question en jeu:

Il s'agit de déterminer en l'espèce s'il existe ou non des circonstances spéciales qui permettraient à la Cour de déroger à la règle générale selon laquelle tous les documents déposés à la Cour doivent être divulgués à toutes les parties, en l'absence

jurisprudence which, in my view, entitles the Court to depart from the general rule, if, in its view, disclosure would be inimical to the best interests of the administration of justice.

He then quoted, with emphasis he added, the following from page 189 of the *MacIntyre* decision.

Undoubtedly every Court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right.

He concluded:

This passage makes it clear that a judge has a discretion to deny access to any Court document "when the ends of justice would be subverted by disclosure."

The special circumstances upon which the learned Judge relied in refusing to disclose the affidavit were twofold. I quote from pages 350 and 351 of his reasons.

... firstly, that affidavit relates to political terrorism which was in the course of being investigated in the interests of national security. Disclosure might well result in the revelation of security investigatory methodology which could lead to the significant impairment of the effectiveness of this and future security investigations. The public interest in protecting and preserving the Security Service's ability to discharge the onerous and important mandate given to it under the CSIS Act in the interests of national security cannot be disregarded or ignored. Secondly, and in any event, and for the reasons expressed *supra*, I have the view that insofar as this applicant is concerned and relating to the criminal charge against him in British Columbia, other avenues of redress may well be open to him relating to disclosure of the Barr Affidavit.

It is at this point that I find myself parting company with the learned Judge. It seems to me that if access to the affidavit is to be refused it cannot be on the ground that the ends of justice would be subverted by its disclosure. The ends of national security are not tantamount to the ends of justice.

The second consideration seems to me, with respect, to be irrelevant. The applicant is entitled to challenge the validity of the warrant and it is in this Court that he must challenge it. *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, dealt with a determination by a provincial court judge that evidence obtained under a *Criminal Code* wiretap authori-

d'une attestation faite en vertu de l'article 36.1. Je formule cette question ainsi en raison de la jurisprudence qui, à mon avis, permet à la Cour de déroger à la règle générale lorsque, selon elle, cette divulgation serait contraire aux meilleurs intérêts de l'administration de la justice.

Il a alors cité le passage suivant de la page 189 de l'arrêt *MacIntyre* en y ajoutant des soulignements.

Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière. Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire.

Il a conclu:

Cet extrait montre clairement qu'un juge a le pouvoir discrétionnaire d'interdire l'accès à des documents de la Cour «dors-que leur divulgation nuirait aux fins de la justice.»

Le juge de première instance s'est fondé sur deux circonstances particulières pour refuser la communication de l'affidavit. L'extrait suivant figure à la page 351 de ses motifs.

... premièrement, l'affidavit porte sur le terrorisme politique qui faisait l'objet d'une enquête dans l'intérêt de la sécurité nationale. La divulgation de l'affidavit pourrait fort bien provoquer la révélation de méthodes d'enquête en matière de sécurité qui serait susceptible de nuire considérablement à l'efficacité de la présente enquête de sécurité et d'autres enquêtes éventuelles. On ne saurait nier ni méconnaître combien il est important pour le public que le Service de sécurité conserve et voit protégée sa capacité de remplir l'important et difficile mandat que lui a confié la Loi sur le SCRS dans l'intérêt de la sécurité nationale. Deuxièmement, en tout état de cause, et pour les motifs exposés plus haut, j'estime qu'en ce qui concerne l'accusation criminelle portée contre lui en Colombie-Britannique, le requérant peut fort bien disposer d'autres voies de recours relativement à la divulgation de l'affidavit Barr.

À ce point-ci, je cesse d'être d'accord avec le juge de première instance. À mon sens, si la divulgation de l'affidavit doit être refusée, elle ne peut l'être pour le motif que la communication de celui-ci entraverait les fins de la justice. Les fins de la sécurité nationale ne sont pas équivalentes à celles de la justice.

La seconde considération, avec déférence, ne me semble pas pertinente. Le requérant a le droit de contester la validité du mandat, et il doit le faire devant cette Cour. L'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, concernait la décision d'un juge d'une cour provinciale statuant que les éléments de preuve recueillis en vertu d'une autorisa-

zation issued by a Queen's Bench judge was inadmissible, having been illegally obtained. He was held to have erred in excluding the evidence and a new trial was ordered. McIntyre J., for the majority, at page 607, held:

Since no right of appeal is given from the granting of an authorization and since prerogative relief by *certiorari* would not appear to be applicable (there being no question of jurisdiction), any application for review of an authorization must, in my opinion, be made to the court that made it. There is authority for adopting this procedure. An authorization is granted on the basis of an *ex parte* application. In civil matters, there is a body of jurisprudence which deals with the review of *ex parte* orders. There is a widely recognized rule that an *ex parte* order may be reviewed by the judge who made it.

Rule 330 provides the procedure for such review in this Court.

As to the first consideration, it is not clear to me whether the learned Judge incorporated the national security interest, whose existence and importance I do not question, into an interest to avoid subversion of the ends of justice, or whether he thought it proper, *ex proprio motu*, effectively to invoke sections 36.1 ff. of the *Canada Evidence Act* since the respondent had not. Whichever it was, in my opinion, he erred.

The public interest in the administration of justice must, it seems to me, invariably weigh in favour of the openness of all judicial processes. It is an interest which judges must approach as entirely independent of other public interests which may weigh against and, on occasion, outweigh it. All these interests must be treated as competing interests, not as constituent elements of some global public interest whose bearing on the openness of the judicial process is to be applied by judges on a case by case basis. To adopt the latter approach is to risk cooption of the administration of justice by other, perhaps only momentarily pressing, concerns. Assuming that its disclosure would not have a cataclysmic impact on our entire social order, it is not the ends of justice that may be subverted by disclosure of the affidavit.

tion d'écoute électronique décernée conformément au *Code criminel* par un juge de la Cour du Banc de la Reine était inadmissible parce qu'elle avait été obtenue de façon illégale. La Cour a conclu qu'il avait commis un erreur en excluant la preuve en question et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge McIntyre, prononçant les motifs de la majorité, a conclu à la page 607:

Puisqu'il n'y a aucun droit d'appel contre l'octroi d'une autorisation et puisqu'il ne paraît pas y avoir lieu à *certiorari* (en l'absence d'une question de compétence), toute demande de révision d'une autorisation doit, selon moi, être adressée à la cour qui l'a accordée. Cette procédure est appuyée par la jurisprudence. Une autorisation est accordée par suite d'une demande *ex parte*. Il existe en matière civile un corps de jurisprudence qui porte sur la révision d'ordonnances rendues *ex parte*. Suivant une règle généralement acceptée, une ordonnance *ex parte* peut faire l'objet d'une révision par le juge qui l'a rendue.

La Règle 330 prévoit la procédure suivant laquelle une telle révision aura lieu devant cette Cour.

En ce qui a trait à la première considération mentionnée, je n'arrive pas à percevoir si le juge a assimilé l'intérêt de la sécurité nationale, dont je ne conteste pas l'existence ou l'importance, à l'intérêt qu'il y a à éviter la défaite des fins de la justice, ou s'il a, de son propre chef, considéré approprié de faire appel aux articles 36.1 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada* puisque l'intimée ne l'avait pas fait. Dans un cas comme dans l'autre, à mon sens, il s'est trompé.

L'intérêt du public dans l'administration de la justice doit, il me semble, invariablement favoriser la transparence de toutes les procédures judiciaires. Il s'agit d'un intérêt que les juges doivent considérer comme entièrement indépendant des autres intérêts publics qui peuvent lui être opposés et, à l'occasion, l'emporter sur lui. Tous ces intérêts doivent être traités comme des intérêts concurrents, non comme des éléments constitutifs de quelque intérêt public global dont l'influence sur la transparence du processus judiciaire devrait être appréciée par les juges cas par cas. En adoptant cette dernière manière d'aborder la question, on risque de voir l'administration de la justice écartée au profit d'autres considérations qui pourraient être seulement momentanément plus pressantes. En supposant que la communication d'un affidavit n'aurait pas un effet catastrophique sur l'ensemble de notre ordre social, les fins de la justice ne sont pas des intérêts auxquels une telle communication puisse porter atteinte.

None of the foregoing is to suggest that when a judge anticipates a disclosure of information damaging to the national security interest in a proceeding in which that might not have been expected, or the Crown in right of Canada is not represented, he ought not afford the responsible authority the opportunity to assert the interest. It is no more a judge's function passively to permit the national security interest to be put at risk than it is actively to assert it against the norm of open judicial process. This is not such a case.

The *Canada Evidence Act* provides:

36.1 (1) A minister of the Crown in right of Canada or other person interested may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(2) Subject to sections 36.2 and 36.3, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a superior court, that court may examine or hear the information and order its disclosure, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

36.2 (1) Where an objection to the disclosure of information is made under subsection 36.1(1) on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection 36.1(2) only by the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that court as the Chief Justice may designate to hear such applications.

(5) An application under subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the person objecting to the disclosure of information, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(6) During the hearing of an application under subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the person who made the objection in respect of which the application was made or the appeal was brought shall, on the request of that person, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

Rien de ce qui précède ne signifie que le juge qui prévoit une divulgation d'informations contraire à l'intérêt de la sécurité nationale au cours d'une instance où une telle divulgation n'était pas forcément attendue ou dans laquelle la Couronne du chef du Canada n'est pas représentée, ne devrait pas accorder aux autorités responsables la possibilité de faire valoir cet intérêt. Le devoir du juge ne consiste pas davantage à permettre passivement la mise en péril de l'intérêt du public dans la sécurité nationale qu'à le faire valoir activement en l'opposant à la norme de la transparence du processus judiciaire. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

La *Loi sur la preuve au Canada* porte:

36.1 (1) Un ministre de la Couronne du chef du Canada ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées.

(2) Sous réserve des articles 36.2 et 36.3, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation, sous réserve des restrictions ou conditions qu'elle estime indiquées, si elle conclut qu'en l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

36.2 (1) Dans les cas où l'opposition visée au paragraphe 36.1(1) se fonde sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la question peut être décidée conformément au paragraphe 36.1(2), sur demande, mais uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette cour qu'il charge de l'audition de ce genre de demande.

(5) Les demandes visées au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la Capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la Capitale nationale* si la personne qui s'oppose à la divulgation le demande.

(6) La personne qui a porté l'opposition qui fait l'objet d'une demande ou d'un appel a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

I have set out these provisions to demonstrate that Parliament has provided clear means whereby the national security interest against disclosure of the affidavit may be asserted and adjudicated should the responsible minister of the Crown choose to assert it.

I again note that the learned Judge has seen the subject affidavit, and no doubt others like it, as I have not. He may well have good reason to conclude that the interests of national security, if invoked, would preclude disclosure of any meaningful part of it. However, it is not his function to invoke the national security interest. The responsible Minister is entirely capable of taking the responsibility Parliament has assigned to him and, in the interest of the administration of justice, it is he, not a judge, who should accept it. It is no part of an appropriate exercise of judicial discretion to avoid subversion of the ends of justice to anticipate that such an objection will be taken much less that it will be taken and sustained as to the entire affidavit.

#### CONCLUSION

In my respectful opinion, the warrant is valid on its face but, in the absence of an objection under section 36.1 of the *Canada Evidence Act*, the learned Judge should have ordered disclosure of the affidavit after deleting therefrom anything from which the identity of any person described in paragraph 18(1)(a) and/or (b) of the Act can be inferred. He erred in failing to do so and I would so declare. I would allow the appeal with costs and, pursuant to subparagraph 52(b)(iii) of the *Federal Court Act*, I would refer the matter back to the learned Judge for a continuance of the hearing of the application in light of the foregoing declaration.

MACGUIGAN J.: I agree.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J. (*dissenting in part*): On July 26, 1985, Heald J., acting as a judge of the Federal Court of Canada designated by the Chief Justice for the purposes of the *Canadian Security Intelli-*

J'ai cité les dispositions qui précèdent afin d'établir que le législateur a prévu des recours évidents qui permettent au ministre de la Couronne intéressé, s'il le choisit, de faire valoir que la sécurité nationale s'oppose à la divulgation de l'affidavit, et d'obtenir une décision judiciaire à cet égard.

Je souligne à nouveau que le juge de première instance a vu l'affidavit en question et sans doute, d'autres affidavits semblables, tandis que je ne les ai pas vus. Il peut avoir une bonne raison de conclure que la sécurité nationale, si elle était invoquée, s'opposerait à la divulgation de toute partie importante de l'affidavit. Toutefois, ce n'est pas à lui d'invoquer cette raison d'intérêt public. Le ministre intéressé est parfaitement capable de s'acquitter des responsabilités que le Parlement lui a assignées et, dans l'intérêt de l'administration de la justice, c'est lui, et non un juge, qui devrait les assumer. L'exercice régulier du pouvoir discrétionnaire des juges d'éviter la défaite des fins de la justice ne demande nullement à ceux-ci de prévoir une telle objection, et encore moins de prévoir qu'elle visera l'ensemble de l'affidavit.

#### CONCLUSION

Avec déférence, je suis d'avis que le mandat est valide à sa lecture mais que, en l'absence d'une opposition fondée sur l'article 36.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, il incombait au juge d'ordonner la production de l'affidavit après y avoir supprimé tout renseignement qui aurait permis de découvrir l'identité d'une personne visée aux alinéas 18(1)a) et/ou b) de la Loi. Il s'est trompé en ne le faisant pas, et je statuerais dans ce sens. J'accueillerais l'appel avec dépens et, conformément au sous-alinéa 52b)(iii) de la *Loi sur la Cour fédérale*, je renverrais la question devant le juge pour qu'il poursuive l'instruction de la demande conformément à la déclaration qui précède.

LE JUGE MACGUIGAN: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE HUGESSEN (*dissident en partie*): Le 26 juillet 1985, le juge Heald, agissant en qualité de juge de la Cour fédérale du Canada désigné par le juge en chef pour les fins de la *Loi sur le Service*

*gence Service Act* (S.C. 1984, c. 21) (CSIS), issued a warrant pursuant to section 21 of that act authorizing the interception of, and search for, the private communications, both oral and written, of the appellant Harjit Singh Atwal. Mr. Atwal, having subsequently been charged with criminal offences in British Columbia and having been notified of the Crown's intention to make use of certain intercepted communications as evidence at his trial, then moved Heald J. to rescind the *ex parte* order by which he has issued the warrant. That motion was purportedly made pursuant to Rule 330 of this Court:<sup>1</sup>

*Rule 330.* The Court may rescind

- (a) any order that was made *ex parte*, or
- (b) any order that was made in the absence of a party who had failed to appear through accident or mistake or by reason of insufficient notice of the application;

but no such rescission will affect the validity or character of anything done or not done before the rescinding order was made except to the extent that the Court, in its discretion, by rescission order expressly provides.

In a long and carefully written decision dated April 3, 1987, Heald J. dismissed the application to rescind. The present appeal is from that decision.

At the outset of the hearing, counsel for the respondent raised an issue as to our jurisdiction to hear the appeal. It must be emphasized that no objection was taken either before us or before Heald J. as to the latter's jurisdiction to entertain the application to rescind the original warrant; such application appears to be of the type specifically approved by the majority of the Supreme Court in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. Rather, the objection was to the jurisdiction of the Appeal Division of this Court to entertain an appeal from Heald J.'s decision. The point, briefly put, is that Heald J. was not sitting as a judge of the Trial Division when he issued the warrant and that therefore section 27 of the *Federal Court Act*<sup>2</sup> (the only arguably applicable provision) does not apply so as to create a right of appeal.

<sup>1</sup> C.R.C., c. 663.

<sup>2</sup> R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

*canadien du renseignement de sécurité* (S.C. 1984, chap. 21) (SCRS), a décerné, conformément à l'article 21 de cette loi, un mandat autorisant l'interception et la recherche des communications a privées, effectuées oralement et par écrit, de l'appelant Harjit Singh Atwal. M. Atwal, ayant été subséquemment accusé d'infractions criminelles en Colombie-Britannique et ayant été avisé de l'intention de la Couronne de présenter en preuve b lors du procès un certain nombre des communications interceptées, a demandé au juge Heald d'annuler l'ordonnance *ex parte* par laquelle il avait décerné le mandat. Cette requête était censément présentée conformément à la Règle 330 de cette c Cour<sup>1</sup>:

*Règle 330.* La Cour peut annuler

- a) toute ordonnance rendue *ex parte*, ou
- b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui a omis de comparaître par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis de requête insuffisant;

mais une telle annulation n'affecte ni la validité ni la nature d'une action ou omission antérieure à l'ordonnance d'annulation sauf dans la mesure où la Cour, à sa discrétion, le prévoit expressément dans son ordonnance d'annulation.

Dans une décision longue et rédigée avec soin en date du 3 avril 1987, le juge Heald a rejeté cette demande d'annulation. Le présent appel est interjeté à l'encontre de cette décision.

Au commencement de l'audience, l'avocat de l'intimée a mis en doute notre compétence à entendre l'appel. Il doit être souligné qu'aucune objection à la compétence du juge Heald d'instruire la demande d'annulation du mandat initial n'a été soulevée soit devant nous soit devant ce juge; une telle demande semble être du type de celles qui ont été approuvées expressément par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. L'objection contestait plutôt la compétence de la Division d'appel de cette Cour à instruire un appel interjeté de la décision du juge Heald. L'argument avancé, en bref, veut que le juge Heald n'ait pas siégé en qualité de juge de la Division de première instance lorsqu'il a décerné le mandat et que, en conséquence, l'article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>2</sup> (la seule disposition dont l'applicabilité puisse être soutenue) ne crée pas en l'espèce un droit d'appel.

<sup>1</sup> C.R.C., chap. 663.

<sup>2</sup> S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10.

In my view, the point is not well taken for, whatever may have been Heald J.'s status when he issued the original warrant on July 26, 1985, when he sat over a year and a half later to hear the application to rescind that warrant he could only have done so as a judge of the Federal Court of Canada. I repeat that his jurisdiction to entertain that application was never questioned. In those circumstances, it seems plain to me that subsection 26(1) of the *Federal Court Act* applies and that Heald J. must have been exercising his jurisdiction as an *ex officio* member of the Trial Division when he rendered the judgment under appeal.

The point is, in any event, academic. Counsel conceded that there could be no prejudice if an order were made converting the appeal into an application to review and set aside pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*. It was suggested, somewhat halfheartedly, that Heald J. was not sitting as a judge at all but rather as a *persona designata* who was not subject to the provisions of section 28. Not only do I find that suggestion to be incompatible with the concession that Heald J. had jurisdiction to entertain the application to rescind; I also find it to fly in the teeth of the decision of the Supreme Court of Canada in *Herman et al. v. Deputy Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 729. Accordingly, if I were wrong in my view that the subject decision is appealable according to section 27 of the *Federal Court Act*, I would make the necessary order to convert the appeal into an application under section 28.

This brings me to the merits of the matter. A large number of points were argued before us, but I find it necessary to deal with only one of them since I consider it to be conclusive. That point, simply put, is that section 21 of the CSIS Act, which was adopted some three months prior to the seminal decision of the Supreme Court in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, is incompatible with the guarantee against unreasonable search and seizure contained in section 8 of

À mon avis, cet argument est mal fondé puisque, quelle qu'ait pu être la qualité du juge Heald au moment où il a décerné le mandat initial le 26 juillet 1985, lorsqu'il a siégé plus d'un an et demi plus tard pour entendre la demande d'annulation de ce mandat, il n'a pu le faire qu'à titre de juge de la Cour fédérale du Canada. Je répète que sa compétence à instruire cette demande n'a jamais été mise en doute. Dans ces circonstances, il me semble évident que le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* s'applique et que le juge Heald, lorsqu'il a rendu le jugement porté en appel, devait exercer la compétence qui lui est conférée à titre de membre d'office de la Division de première instance.

Quoi qu'il en soit, la question est sans intérêt pratique. L'avocat de l'intimée a reconnu que celle-ci ne subirait aucun préjudice si le présent appel était converti en demande d'examen et d'annulation fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il a été suggéré, sans grande conviction, que le juge Heald ne siégeait aucunement en qualité de juge mais à titre de *persona designata*, de sorte qu'il ne se trouvait pas assujéti aux dispositions de l'article 28. À mon sens, non seulement une telle proposition est-elle incompatible avec la reconnaissance de la compétence du juge Heald à instruire la demande d'annulation, mais encore contredit-elle de façon flagrante la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Herman et autres c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729. Si donc je me trompais en considérant que la décision visée peut être portée en appel en vertu de l'article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale*, je rendrais une ordonnance permettant la conversion du présent appel en une demande fondée sur l'article 28.

Ceci m'amène à traiter du fond de la question en litige. Un grand nombre de points ont été plaidés devant nous; il ne m'apparaît cependant nécessaire de traiter que d'un seul d'entre eux, que je considère comme concluant. Cet argument, énoncé simplement, veut que l'article 21 de la Loi sur le SCRS, qui a été adoptée quelque trois mois avant l'arrêt de base rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, soit incompatible avec la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévue à l'article 8 de la *Charte cana-*

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as interpreted by *Hunter*.

The CSIS Act was adopted in 1984 in response to considerable dissatisfaction with the manner in which operations relating to national security had theretofore been conducted. It creates a civilian agency charged with the responsibility of investigating threats to national security and subjects its operations to a carefully constructed scheme of inspections and review designed to ensure that, notwithstanding the necessity of secrecy of such operations, there shall be public confidence that the vast powers of the Service are not being abused. One of the features of that scheme is to require that intrusions upon the privacy of Canadians by electronic surveillance or otherwise shall only be undertaken with prior judicial authorization. This is the only non political control which operates before the fact; this is not to minimise the importance of the other mechanisms created by the Act for monitoring the activities of the Service after they have taken place, but the point is necessary to an understanding of the judicial role in the entire context of the CSIS Act.

The relevant provision for our purposes is section 21. It is found in Part II of the Act, headed "Judicial Control" and reads as follows:

21. (1) Where the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the approval of the Minister, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the

*dienne des droits et libertés*, selon l'interprétation de cette disposition dans l'arrêt *Hunter*.

La Loi sur le SCRS a été adoptée en 1984 face à l'insatisfaction considérable que soulevait la manière dont les opérations relatives à la sécurité nationale avaient jusque-là été menées. La Loi crée un organisme civil chargé de faire enquête sur les menaces à la sécurité nationale, et elle assujettit ses opérations à des inspections et à une révision s'inscrivant dans un mécanisme soigneusement conçu et visant à faire en sorte qu'en dépit du caractère nécessairement secret de telles opérations, le public ait confiance que les vastes pouvoirs du Service ne sont pas exercés de façon abusive. Le mécanisme susmentionné exige notamment une autorisation judiciaire préalable à toute intrusion dans la vie privée des canadiens par la surveillance électronique ou par d'autres moyens. C'est là le seul contrôle non politique qui précède l'acte concerné; nous ne voulons pas minimiser l'importance des autres mécanismes créés par la Loi pour contrôler les activités du Service après coup, mais il est nécessaire de tenir compte de ce point pour bien comprendre le rôle joué par les tribunaux dans l'ensemble du contexte de la Loi sur le SCRS.

La disposition pertinente aux fins de notre analyse est l'article 21. Il figure dans la Partie II de la Loi, intitulée «Contrôle judiciaire», et il est libellé de la façon suivante:

21. (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16.

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants:

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations

performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) or (c) proposed to be exercised for that purpose;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made in relation to a person identified in the affidavit pursuant to paragraph (d), the date on which such application was made, the name of the judge to whom each such application was made and the decision of the judge thereon.

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing; or

(c) to install, maintain or remove any thing.

(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;

(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.

(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada

importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

c) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas 3a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes éventuelles touchant des personnes visés à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas 2a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents ou objets. À cette fin il peut autoriser aussi, de leur part:

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.

(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes:

a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas 3a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;

b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale

a) de soixante jours lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers

within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or

(b) one year in any other case.

Also of importance in the context of the present case is section 12:

12. The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

There can be no question in my mind that both the warrant and the provisions of section 21 itself are subject to the controls of section 8 of the Charter. That the latter is not limited to the traditional forms of entry and physical seizure of documents and objects, but extends to other intrusions on privacy, by electronic or other means, appears to me to be self-evident.

Two observations would seem to be apposite at this point.

Firstly, the powers which can be granted by a warrant issued under section 21 are vast and intrusive to the highest degree. In *Hunter*, Dickson J., as he then was, described the authorization under subsections 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act*<sup>3</sup> as having a "Breath-taking sweep". The warrant issued against Atwal under section 21 of the CSIS Act in the present case far exceeds anything that was dreamed of in *Hunter*. It authorizes the clandestine interception, by electronic or other means, of all of Atwal's private communications, at any place in Canada, or of any other person's at any place in Canada used by Atwal as a temporary or permanent residence. It also authorizes the clandestine search for, and examination of, all of his recorded communications, outside the course of post. It is truly awesome in its reach.

Secondly, national security is a matter in which the interests of the state must frequently be allowed to prevail over those of the individual. The

<sup>3</sup> R.S.C. 1970, c. C-23.

la Sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue dans l'article 2; ou

b) d'un an dans tout autre cas.

L'article 12 est, lui aussi, important dans le contexte de la présente affaire:

12. Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

Je ne doute point qu'à la fois le mandat et les dispositions de l'article 21 lui-même soient soumis au contrôle établi par l'article 8 de la Charte. Il me semble évident en soi que le champ d'application de ce dernier article n'est pas restreint aux formes traditionnelles de perquisitions et de saisies matérielles de documents et d'objets mais s'étend à d'autres formes d'immixtion dans la vie privée, par des moyens électroniques ou autres.

Il me semble approprié de faire deux observations.

Premièrement, les pouvoirs susceptibles d'être accordés dans un mandat décerné en vertu de l'article 21 sont vastes et portent atteinte à la vie privée au plus haut point. Dans l'arrêt *Hunter*, le juge Dickson—c'était alors son titre—a dit au sujet de l'autorisation prévue aux paragraphes 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*<sup>3</sup> qu'elle avait une «portée renversante». La portée du mandat décerné contre Atwal en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS en l'espèce dépasse de loin tout ce qui a pu être imaginé dans l'arrêt *Hunter*. Ce mandat autorise l'interception clandestine, par des moyens électroniques ou autres, de toutes les communications privées d'Atwal, partout au Canada, et des communications de toute autre personne se trouvant à tout endroit au Canada utilisé par Atwal comme résidence temporaire ou permanente. Il autorise également la recherche et l'examen clandestins de toutes ses communications enregistrées effectuées autrement que par la poste. Sa portée est véritablement stupéfiante.

Deuxièmement, en matière de sécurité nationale, les intérêts de l'État doivent fréquemment se voir accorder la priorité sur les intérêts des indivi-

<sup>3</sup> S.R.C. 1970, chap. C-23.

rights and freedoms of which we are so proud in Canada and which are now, with the working out of the Charter, receiving new and more vibrant expression, the free and democratic system of government which we take for granted at all levels, and indeed the very peace and safety of all of us, are dependent upon the continuing existence of the state. Threats to that existence, by subversion, terrorism or force of arms, must be vigorously combatted.

The issue therefore is where to draw the line between the individual's legitimate and reasonable expectation of being left alone and the state's need to defend itself against attack.

I return to *Hunter*. That case was not about matters of national security, but rather about an ordinary search to investigate the commission of a crime. However, in the course of his judgment, Dickson J. not only set out a clear indication of the minimum standards set by section 8 of the Charter for criminal investigations but also provided valuable guidelines to the test which should apply in a case such as this. The key is that, for any search or seizure to be reasonable, there must be an objective test to guide the judicial officer who is charged with the responsibility of authorizing the intrusion [at page 166]:

The location of the constitutional balance between a justifiable expectation of privacy and the legitimate needs of the state cannot depend on the subjective appreciation of individual adjudicators. Some objective standard must be established.

This is how the requisite test was described for the purposes of that case [at pages 167 and 168]:

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one. That is not the situation in the present case. In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search,

us. Les droits et libertés dont nous sommes si fiers au Canada et auxquels la Charte donne une expression nouvelle et plus vibrante, le régime de gouvernement libre et démocratique que nous tenons pour acquis à tous les niveaux et, en fait, la tranquillité et la sécurité mêmes de chacun sont tributaires du maintien de l'État. Les menaces à leur existence, qu'elles proviennent d'activités subversives, du terrorisme ou de la force des armes, doivent être vigoureusement combattues.

La question qui se pose consiste donc à savoir où doit être tracée la démarcation entre les attentes légitimes et raisonnables des individus de ne pas être importunés et la nécessité pour l'État de se défendre.

Je reviens à l'arrêt *Hunter*. Cette affaire ne concernait pas des questions ayant trait à la sécurité nationale mais une perquisition ordinaire visant à faire enquête sur un crime. Toutefois, au cours de son jugement, le juge Dickson a non seulement indiqué clairement quels étaient les critères minimums établis par l'article 8 de la Charte concernant les enquêtes en matière criminelle, mais encore a-t-il énoncé des lignes directrices précieuses concernant le critère qui devrait être appliqué dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis. La règle-clé est que, pour qu'une fouille, une perquisition ou une saisie soit raisonnable, il doit exister un critère objectif servant de guide au fonctionnaire judiciaire à qui est confiée la responsabilité d'autoriser une immixtion dans la vie privée d'un individu [à la page 166]:

L'équilibre constitutionnel entre des attentes justifiables en matière de vie privée et les besoins légitimes de l'État ne peut pas dépendre de l'appréciation subjective d'un arbitre. Il faut établir un critère objectif quelconque.

Voici comment, pour les fins de cette affaire, a été décrit le test approprié [aux pages 167 et 168]:

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie

constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the Charter, for authorizing search and seizure. [Emphasis added.]

Three criteria seem to me to emerge from this passage. First, there must be some standard of proof established by the legislation (“reasonable and probable grounds . . . to believe . . .”); second, there must be a showing of the relevant state interest (“an offence has been committed”); and third, and most important, a reasonable and proportionate relationship between that interest and the proposed intrusion must be demonstrated (“there is evidence to be found”).

I return again to section 21 of the CSIS Act. The relevant provision is paragraph 21(2)(a), as to which, by operation of subsection 21(3), a judge must be satisfied before issuing a warrant. When the two provisions are read together they require that the judge be satisfied that there are reasonable grounds to believe that a warrant

is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada.

In my view, this provision fails to meet the third criterion because it does not provide any reasonable standard by which the judge may test the need for the warrant. There is no requirement to show that the intrusion into the citizen’s privacy will afford evidence of the alleged threat or will help to confirm its existence or non-existence. Nothing in the language of the statute requires a direct relationship between the information it is hoped to obtain from the intercepted communication and the alleged threat to the security of Canada. On the contrary, the relationship that is required to be established on reasonable grounds appears to be between the interception and the investigation of the threat. In practical terms this means that the statutory language is broad enough to authorize the interception, in the most intrusive possible manner, of the private communications of an intended victim of a terrorist attack without his knowledge or consent. Even more alarming, it would also allow an interception whose purpose was not directly to obtain information about the threat being investigated at all, but rather to advance the investigation by obtaining other infor-

sous serment, de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l’endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l’art. 8 de la Charte, qui s’applique à l’autorisation d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie. [Les soulignements sont ajoutés.]

a Trois critères me semblent ressortir de ce passage. Premièrement, il doit exister une norme de preuve établie par la loi («l’existence de motifs raisonnables et probables . . . de croire . . .»); b deuxièmement, l’intérêt approprié de l’État doit être établi («une infraction a été commise»); et c troisièmement, de façon encore plus importante, un rapport raisonnable et un équilibre doivent être établis entre cet intérêt et l’intrusion projetée («des éléments de preuve se trouvent»).

J’en reviens à l’article 21 de la Loi sur le SCRS. La disposition pertinente à la présente affaire est l’alinéa 21(2)a, qui par son renvoi au paragraphe d 21(1) fait état de ce dont un juge doit être convaincu, conformément au paragraphe 21(3), pour décerner un mandat. Combinées, ces dispositions exigent que le juge soit convaincu de l’existence de e motifs raisonnables de croire qu’un mandat

est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada.

À mon sens, cette disposition ne satisfait pas au troisième critère car elle ne prévoit aucune norme f raisonnable qui permettrait au juge de vérifier la nécessité d’un mandat. Il n’est pas exigé que l’on démontre que l’immixtion dans la vie privée d’un citoyen fournira des éléments de preuve au sujet des menaces alléguées ou contribuera à confirmer g ou à infirmer leur existence. Rien dans le libellé de la Loi n’exige l’existence d’un rapport direct entre les informations qu’on espère obtenir au moyen de la communication interceptée et les menaces alléguées envers la sécurité du Canada. Au contraire, h il semble que ce soit entre l’interception et l’enquête relative aux menaces qu’un rapport doive être établi sur le fondement de motifs raisonnables. En pratique, ceci signifie que les termes de la Loi i sont suffisamment larges pour autoriser l’interception des communications privées d’une personne choisie comme cible d’une attaque terroriste sans que celle-ci en ait connaissance ou sans son consentement et d’une façon qui implique le plus j grand degré possible d’immixtion dans sa vie privée. Plus alarmant encore, les termes utilisés permettraient également une interception dont

mation which could then be used as a bargaining tool in the pursuit of the investigation.

A hypothetical illustration may serve to make the latter point. It is not wholly fanciful to postulate a suspected threat to national security posed by a radical movement, all of whose adherents are drawn from a minority of the members of an identifiable group which is readily distinguishable by reason of race, religion, culture, geographic origin, or the like. Such a group may itself be quite small, with only a few hundred members in Canada, and the radical fringe which formed the threat to national security would by definition be far smaller yet. In such circumstances, it might be quite possible to believe, on reasonable grounds, that the only effective way to investigate the threat would be to penetrate the fringe movement from within. Such penetration, however, could only be effected by a member of the relevant minority group since no outsider could qualify for membership in the movement. For a variety of reasons, it might prove impossible or impractical for the Service to recruit a volunteer from amongst the members of the group and the only other way might be to force someone to act as an informer by obtaining confidential information about him which could be used against him if he did not do as he was asked.

Now, I do not suggest for a moment that a judge would ever authorize the issuance of a warrant under section 21 for the purpose of allowing such official blackmail on the part of the Service. Nor, I hope, would he permit the surveillance of an unsuspecting victim. That is not the point. What is important is that section 21 itself does not exclude those possibilities. By using the words

required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada,

l'objet direct ne serait aucunement d'obtenir des informations au sujet des menaces sur lesquelles portent l'enquête, mais plutôt de faire progresser cette enquête par l'obtention d'autres informations qui pourraient alors être utilisées comme moyen de marchandage dans la poursuite de l'enquête.

Un exemple fictif servira à illustrer ce dernier point. Il n'est pas totalement fantaisiste d'imaginer des menaces envers la sécurité nationale qu'on soupçonnerait d'être présentées par un mouvement radical dont tous les adhérents seraient issus d'une minorité des membres d'un groupe identifiable facile à distinguer par sa race, sa religion, sa culture, son origine géographique, et ainsi de suite. Un tel groupe pourrait être assez petit en soi et ne comprendre que quelques centaines de membres au Canada, tandis que le sous-groupe marginal qui en constitue l'élément radical et présente une menace à la sécurité nationale serait, par définition, beaucoup plus restreint encore. Dans de telles circonstances, on pourrait facilement avoir des motifs raisonnables de croire que la seule manière efficace de faire enquête sur cette menace serait de s'immiscer, de l'intérieur, au sein de ce mouvement marginal. Une telle immixtion ne pourrait toutefois être réalisée que par un membre du groupe minoritaire en cause puisqu'aucun étranger ne parviendrait à devenir membre du mouvement. Pour diverses raisons, il pourrait s'avérer impossible ou non pratique pour le Service de recruter un volontaire parmi les membres de ce groupe, de sorte que le Service pourrait n'avoir d'autre ressource que de forcer une personne à agir comme délateur en obtenant à son sujet des informations confidentielles pouvant être utilisées contre elle si elle refusait d'obtempérer.

Loin de moi la pensée qu'un juge autoriserait jamais la délivrance d'un mandat en vertu de l'article 21 pour permettre au Service de pratiquer officiellement un tel chantage. J'ose également espérer qu'aucun juge ne permettrait la surveillance d'une victime éventuelle à l'insu de celle-ci. Là n'est pas la question. Ce qui est important, c'est que l'article 21 lui-même n'exclut pas de telles possibilités,

À cause de l'utilisation des termes nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada,

it employs language that is so broad as to provide no objective standard at all. Even when due account is taken of the importance of the state interest involved, the extent of the possible intrusion on the privacy of the citizen is wholly disproportionate. A search and seizure for the purposes suggested would not be reasonable. Since section 21 would allow it, the section itself cannot stand. As was aptly pointed out in *Hunter*, at page 169:

... it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. Without appropriate safeguards legislation authorizing search and seizure is inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment appealed from and substitute for it a judgment rescinding the *ex parte* order of July 26, 1985 authorizing the issuance of a warrant pursuant to section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* on the grounds that the section is inoperable as being incompatible with section 8 of the Charter. The appellant should have his costs.

son libellé est si large qu'il ne prévoit aucun critère objectif. Même en accordant à l'intérêt étatique en cause toute l'importance qui lui revient, l'étendue de l'intrusion possible dans la vie privée du citoyen est entièrement disproportionnée. Une fouille, une perquisition et une saisie qui auraient lieu pour les fins qui précèdent ne seraient pas raisonnables. Comme l'article 21 les permettrait, cet article ne peut, lui-même, être maintenu. Comme il a été souligné avec justesse dans l'arrêt *Hunter*, à la page 169:

... il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*.

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement porté en appel et je lui substituerai un jugement annulant l'ordonnance *ex parte* du 26 juillet 1985 qui a autorisé la délivrance d'un mandat en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* au motif que cet article reste sans effet parce qu'il est incompatible avec l'article 8 de la Charte. L'appelant devrait avoir droit à ses dépens.