

Jean-Claude Garofoli *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. GAROFOLI

File No.: 21099.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

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

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

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

Jean-Claude Garofoli *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. GAROFOLI

N° du greffe: 21099.

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

b

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

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

c

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

d

e

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

f

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

g

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

h

i

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

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

** Juge en chef à la date du jugement.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Sopinka J.

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

By McLachlin J. (dissenting)

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

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

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

18 U.S.C. §§ 2510-20 (1988).

Authors Cited

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

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

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

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

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

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

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

Lois et règlements cités

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

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

18 U.S.C. §§ 2510 à 2520 (1988).

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

Facts

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

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

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

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

a Les faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Courts Below

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

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

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

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

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

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

Les décisions des juridictions inférieures

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

Le juge Martin avec l'appui du juge Cory

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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