

The Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Vincent Zito *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ZITO

File No.: 21078.

1989: October 3; 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
QUEBEC

Criminal law — Interception of private communications — Access to sealed packet — Whether accused entitled to inspect affidavit filed in support of wiretap authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.14 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.

Respondent was charged with trafficking in narcotics. The evidence against him consisted partly of intercepted private communications. During the *voir dire* to determine the admissibility of the wiretap evidence, the trial judge denied respondent's motion seeking to examine the affidavits filed in support of the wiretap authorizations. He found the wiretap evidence to be admissible and convicted respondent. The Court of Appeal found that respondent should have been granted access to the sealed packet, on the ground that an accused should be granted access on request, and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: For the reasons given in *Dersch*, the Court of Appeal was correct in allowing the respondent's appeal and ordering a new trial.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The question of whether the packet should be opened is a matter within the discretion of the judge hearing the application, who must balance the interests of the accused in the protection of privacy and a fair trial, including the right to make full answer and defence, with the public interest in the administration of justice. Given the importance of the accused's right to make full answer

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Le procureur général du Canada *Appellant*

c.

Vincent Zito *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. ZITO

N° du greffe: 21078.

1989: 3 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 DU QUÉBEC

c

Droit criminel — Interception de communications privées — Accès au paquet scellé — L'accusé a-t-il le droit d'examiner l'affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.14 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.

L'intimé a été accusé de trafic de stupéfiants. La preuve contre lui était composée en partie de communications privées interceptées. Au cours du voir-dire tenu pour déterminer l'admissibilité de la preuve obtenue par écoute électronique, le juge du procès a rejeté la requête de l'intimé visant à l'examen des affidavits déposés à l'appui des autorisations d'écoute électronique. Il a conclu à l'admissibilité de cette preuve et a déclaré l'intimé coupable. La Cour d'appel a conclu qu'on aurait dû accorder à l'intimé l'accès au contenu du paquet scellé, pour le motif que l'accès devrait être accordé à l'accusé sur demande, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Dersch*, la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel de l'intimé et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: 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

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

** Juge en chef à la date du jugement.

and defence, the balance will generally fall in favour of opening the packet, subject to editing and special concerns for the administration of justice which may arise in particular cases. Here there should be a new trial and access to the packet will be a matter within the discretion of the judge hearing the application for access. Absent special concerns for the administration of justice, it may be predicted that the balance between the interests of respondent and the public interest in the administration of justice will result in the granting of access.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; **referred to:** *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part IV.1 [ad. 1973-74, c. 50, s. 2], s. 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295, allowing the respondent's appeal from his conviction on a charge of trafficking in narcotics and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jacques Malbœuf, Q.C., for the appellant.

Francis Brabant, 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.—The respondent was convicted of trafficking in narcotics by a judge of the Court of Sessions of the Peace. His appeal to the Quebec Court of Appeal was allowed, and a new trial was ordered. The Crown's appeal to this Court was heard as part of a series of wiretap cases together

cusé 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, il devrait y avoir un nouveau procès et la question de l'accès au contenu du paquet relèvera du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'accès. En l'absence de considérations spéciales en matière d'administration de la justice, on peut prédire que l'évaluation des droits de l'intimé et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice aboutira à une autorisation d'accès.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; **arrêts mentionnés:** *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie IV.1 [aj. 1973-74, ch. 50, art. 2], art. 613(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de trafic de stupéfiants et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jacques Malbœuf, c.r., pour l'appellant.

Francis Brabant, pour l'intimé.

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

LE JUGE SOPINKA—Un juge de la Cour des sessions de la paix a reconnu l'intimé coupable de trafic de drogues. La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel de cette décision et a ordonné un nouveau procès. Le pourvoi du ministère public devant notre Cour a été entendu en même temps

with *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; and *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490. The issue in this case is substantially the same as the issue raised in *Dersch*: whether the accused is entitled to access to the sealed packet containing the information which forms the basis for a wiretap authorization.

The evidence against the respondent mainly consisted of intercepted private communications and the testimony of certain police officers who saw the respondent meet with one Picard minutes before Picard removed bags containing approximately 10 kilograms of cocaine from a locker in a shopping mall.

During the *voir dire* to determine the admissibility of the wiretaps, the trial judge denied the respondent's motion seeking to examine the affidavits which were filed in support of the wiretap authorizations. The Court of Appeal *per* McCarthy J.A. adopted the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, to the effect that an accused person should be granted access to the sealed packet upon request. McCarthy J.A. declined to invoke s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, because he was not satisfied that the verdict would necessarily have been the same in the absence of the wiretap evidence. The Court of Appeal did not itself open the sealed packet because the respondent made no such request. It therefore allowed the appeal and ordered a new trial: [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295.

For the reasons I express in *Dersch* and the reasons of McCarthy J.A., I conclude that the Court of Appeal was correct in its judgment. I would dismiss the appeal, and affirm order of the Court of Appeal directing a new trial.

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

MCLACHLIN J.—This is another in a series of wiretap cases which also includes *R. v. Garofoli*,

qu'une série de pourvois relatifs à l'écoute électronique, savoir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; et *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490. La question en litige ici est en substance la même que dans le pourvoi *Dersch*: l'accusé a-t-il le droit d'avoir accès au paquet scellé qui contient les renseignements qui servent de fondement à une autorisation d'écoute électronique?

La preuve contre l'intimé était principalement composée de communications privées interceptées et du témoignage de certains agents de police qui l'ont vu rencontrer un nommé Picard quelques minutes avant que ce dernier enlève de la consigne automatique d'un centre commercial des sacs contenant environ 10 kilogrammes de cocaïne.

Au cours du voir-dire tenu pour déterminer l'admissibilité des communications interceptées, le juge du procès a rejeté la requête de l'intimé visant à l'examen des affidavits déposés à l'appui des autorisations d'écoute électronique. Le juge McCarthy, au nom de la Cour d'appel, a adopté le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, suivant lequel on devrait, sur demande, accorder à un accusé l'accès au contenu du paquet scellé. Le juge McCarthy a refusé d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, parce qu'il n'était pas convaincu que, en l'absence de la preuve obtenue par écoute électronique, le verdict aurait nécessairement été le même. La Cour d'appel n'a pas ouvert le paquet scellé parce que l'intimé ne l'avait pas demandé. Elle a donc accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès: [1988] R.J.Q. 1539, 17 Q.A.C. 35, 42 C.C.C. (3d) 565, 63 C.R. (3d) 295.

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Dersch* et pour les motifs du juge McCarthy, je conclus que l'arrêt de la Cour d'appel est bien fondé. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordre de la Cour d'appel visant à la tenue d'un nouveau procès.

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

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit d'une autre d'une série d'affaires d'écoute électronique com-

[1990] 2 S.C.R. 1421; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; and *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490. I have read the reasons of Justice Sopinka in each of these appeals, and I explained in my reasons in *Garofoli* how my approach to the interpretation of Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, differs from his. Consistent with the position I adopt in *Garofoli*, I must make a brief comment on the issue raised by this case.

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

In this case, the trial judge denied the respondent's motion for access to the packet. The Court of Appeal, however, held that an accused person should be granted access to the sealed packet upon request. It therefore allowed the appeal and ordered a new trial; it did not itself open the sealed packet because it had not been requested to do so. I agree that there should be a new trial. I add, however, that for the new trial access to the packet will be a matter within the discretion of the judge hearing the application for access. Nevertheless, absent special concerns for the administration of justice, it may be predicted that the balance be-

prenant également *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; et *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490. J'ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge Sopinka dans chacun de ces pourvois et j'ai expliqué dans mes motifs de l'arrêt *Garofoli* comment mon interprétation de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, diffère de la sienne. Conformément à la position que j'adopte dans l'arrêt *Garofoli*, je dois faire de brèves observations sur la question soulevée par la présente affaire.

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

En l'espèce, le juge du procès a refusé à l'intimé l'accès au contenu du paquet. La Cour d'appel a toutefois décidé qu'un accusé devrait avoir accès au paquet scellé sur demande. Elle a donc accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès; elle n'a pas ouvert elle-même le paquet scellé, car on ne le lui avait pas demandé. Je suis d'accord pour dire qu'il devrait y avoir un nouveau procès. J'ajouterai cependant que, dans le cas du nouveau procès, la question de l'accès au contenu du paquet relèvera du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'accès. Néanmoins, en l'absence de considérations spéciales en matière d'administra-

tween the interests of the respondent and the public interest in the administration of justice will result in the granting of access.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Montréal.

Solicitors for the respondent: Leithman, Goldenberg & Girouard, Montréal.

tion de la justice, on peut prédire que l'évaluation des droits de l'intimé et de l'intérêt du public dans l'administration de la justice aboutira à une autorisation d'accès.

^a Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: John C. Tait, Montréal.

^b *réal.*
Procureurs de l'intimé: Leithman, Goldenberg & Girouard, Montréal.