

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

46-08-CA

STÉPHANE GALLANT, RALPH MICHAEL
LEBLANC and JASON RUSSELL STEEVES

APPELLANTS

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Gallant, LeBlanc and Steeves v. R., 2009 NBCA 84

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
March 28, 2008

History of the Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 120

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 12, 2009

Judgment rendered:
December 17, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

STÉPHANE GALLANT, RALPH MICHAEL
LEBLANC et JASON RUSSELL STEEVES

APPELANTS

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Gallant, LeBlanc et Steeves c. R., 2009 NBCA 84

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 28 mars 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 120

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 12 mai 2009

Jugement rendu :
Le 17 décembre 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Counsel at the hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Leslie F. Matchim for Stéphane Gallant
Éric Aucoin for Jason Russell Steeves
and Ralph Michael LeBlanc

Pour les appelants :
Leslie F. Matchim pour Stéphane Gallant
Éric Aucoin pour Jason Russell Steeves
et Ralph Michael LeBlanc

For the respondent:
Monica G. McQueen

Pour l'intimée :
Monica G. McQueen

THE COURT

LA COUR

The appeals of Messrs. LeBlanc and Gallant against the application judge's refusal to issue an order of *certiorari* are dismissed. The appeal of Mr. Steeves is allowed. Mr. Steeves' committal for trial is set aside, and the matter is remitted to the Provincial Court for another justice to continue the preliminary inquiry.

Les appels interjetés par MM. LeBlanc et Gallant du refus du juge saisi de la requête de rendre une ordonnance de *certiorari* sont rejetés. L'appel de M. Steeves est accueilli. Le renvoi à procès de M. Steeves est annulé et l'affaire est renvoyée à la Cour provinciale afin qu'un autre juge poursuive l'enquête préliminaire.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] In this appeal, the Court is primarily asked to resolve a conflict between the provisions of ss. 189(5) and 540(7) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The former provides that the contents of a private communication lawfully intercepted shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has complied with certain notice requirements. However, s. 540(7), which forms part of the provisions that govern the taking of evidence at a preliminary inquiry, states that a justice (a Provincial Court judge in New Brunswick) "may receive as evidence any information that would not otherwise be admissible but that the justice considers credible or trustworthy in the circumstances of the case...". Does this latter provision allow for the admission into evidence, at a preliminary inquiry, of the contents of a private communication, lawfully intercepted, but for which the notice mandated by s. 189(5) has not been given? That is the main question all three appellants request we address. As one would expect, they want it answered in the negative. However, there is a more fundamental question to be answered, which, in my view, is dispositive of the primary ground of appeal: does a judge commit jurisdictional error at a preliminary inquiry when he admits in evidence intercepted communications without proof of the notice required under s. 189(5)? Although the answer to this question resolves the primary ground of appeal, one of the appellants also alleges jurisdictional error on two additional grounds.

[2] The appellants, Ralph Michael LeBlanc, Stéphane Gallant and Jason Russell Steeves were charged with conspiracy to traffic in cocaine and in cannabis resin, substances listed respectively in Schedules I and II of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. At the close of the preliminary inquiry, all three accused were committed to stand trial on the charge relating to cocaine; Messrs. LeBlanc and Gallant were ordered to stand trial on the charge relating to cannabis resin; and Mr. Steeves was discharged with respect to that particular charge. The prosecution opted

to proceed with an indictment alleging that all three accused had conspired to traffic in cocaine (s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*). The three accused challenged the committal to trial by filing in the Court of Queen's Bench an application for an order of *certiorari* (an order quashing the committal for trial) on the grounds that there was insufficient admissible evidence to support the committal. They argued that the preliminary inquiry judge erred in admitting into evidence intercepted private communications despite the Crown's failure to comply with s. 189(5). In addition, Mr. Steeves argued that certain procedural irregularities, committed with respect to him only, also resulted in the preliminary inquiry judge losing jurisdiction. On March 28, 2008, a judge of the Court of Queen's Bench dismissed the application: *R. v. LeBlanc (R.M.) et al.* (2008), 330 N.B.R. (2d) 329, [2008] N.B.J. No. 121 (QL), 2008 NBQB 120. It is against that decision that an appeal is now brought.

II. Relevant principles governing preliminary inquiries

[3] Where an accused is charged with certain indictable offences and elects to be tried by a superior court judge, with or without a jury, the accused, or for that matter the prosecutor, may request that a justice hold a preliminary inquiry into the charge. The procedure is governed by Part XVIII of the *Criminal Code*. According to the English version of s. 536.3, if a request for a preliminary inquiry is made, the prosecutor or, if the request was made by the accused, counsel for the accused, must provide the court and the other party with a statement that identifies (1) "the issues on which the requesting party wants evidence to be given at the inquiry" and (2) "the witnesses that the requesting party wants to hear at the inquiry". However, as will be seen later in these reasons, the French version of s. 536.3 sets out a considerably different requirement.

[4] Where a preliminary inquiry is to be held, the justice may, either upon request or on the justice's own motion, hold a hearing to help the parties identify issues to be addressed or the witnesses to be heard at the preliminary inquiry (s. 536.4). In the present case, the parties have referred to such a hearing as a "focus hearing". A focus hearing may lead to admissions of fact or other agreements, which the justice then

records. Agreements may also be reached and then recorded without a focus hearing (s. 536.5). The powers of a justice holding a preliminary inquiry are set out in s. 537, and the rules governing the taking of evidence are set out in s. 540. Of particular importance to this appeal are ss. 540(7)-(8), which provide as follows:

540 (7) A justice acting under this Part may receive as evidence any information that would not otherwise be admissible but that the justice considers credible or trustworthy in the circumstances of the case, including a statement that is made by a witness in writing or otherwise recorded.

(8) Unless the justice orders otherwise, no information may be received as evidence under subsection (7) unless the party has given to each of the other parties reasonable notice of his or her intention to tender it, together with a copy of the statement, if any, referred to in that subsection.

540 (7) Le juge de paix agissant en vertu de la présente partie peut recevoir en preuve des renseignements par ailleurs inadmissibles qu'il considère plausibles ou dignes de foi dans les circonstances de l'espèce, y compris une déclaration d'un témoin faite par écrit ou enregistrée.

(8) À moins que le juge de paix n'en ordonne autrement, les renseignements ne peuvent être admis en preuve que si la partie a remis aux autres parties un préavis raisonnable de son intention de les présenter. Dans le cas d'une déclaration, elle accompagne le préavis d'une copie de celle-ci.

[5] Section 541 governs the procedure to be followed once the evidence of the witnesses for the prosecution has been taken. Section 541(2) requires the justice to give a particular warning to any accused not represented by counsel and s. 541(4) requires the justice to ask any unrepresented accused if he or she wishes to call any witnesses. If an accused wishes to call witnesses, s. 541(5) requires the justice to hear those witnesses.

[6] Once all the evidence has been taken at the preliminary inquiry, the justice must make one of the determinations set out in s. 548. If the justice is of the view that "there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction", the justice orders the accused to stand trial (s. 548(1)(a)). On the other hand, if the justice is of the opinion that "on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction", the justice must discharge the accused (s. 548(1)(b)). The test to determine whether or not to order an accused to stand trial is whether "there is admissible evidence which could, if it

were believed, result in a conviction": *The United States of America v. Sheppard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, [1976] S.C.J. No. 106 (QL), at p. 1080. However, where the prosecution's case includes circumstantial evidence, the justice is entitled to assess "the reasonableness of the inferences to be drawn from the circumstantial evidence" by undertaking a "limited weighting" of the evidence to determine "whether, if the Crown's evidence is believed, it would be reasonable for a properly instructed jury to infer guilt": *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, [2001] S.C.J. No. 52 (QL), 2001 SCC 54, at para. 30. It is not the role of the justice conducting the inquiry to assess the quality, credibility and reliability of the evidence or to weigh the evidence for competing inferences: *R. v. Deschamplain*, [2004] 3 S.C.R. 601, [2004] S.C.J. No. 73 (QL), 2004 SCC 76, at para. 15.

[7] While the *Criminal Code* does not provide any right of appeal against either a committal for trial or a discharge following a preliminary inquiry, such an order may be reviewed upon application to a superior court judge on grounds that the order was the result of a jurisdictional error. Neither a committal for trial nor a discharge will be quashed on application for *certiorari*, unless the error is jurisdictional in nature. An error of law made within the scope of the justice's jurisdiction will not suffice. In *R. v. Chapelstone Developments Inc. et al.* (2004), 277 N.B.R. (2d) 350, [2004] N.B.J. No. 450 (QL), 2004 NBCA 96, at paras. 11-19, Robertson J.A. summarizes the principles that govern judicial review of a decision made at a preliminary inquiry. Essentially, the governing principles are captured in the following paragraph from *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, [2001] S.C.J. No. 53 (QL), 2001 SCC 53:

The scope of review on *certiorari* is very limited. While at certain times in its history the writ of *certiorari* afforded more extensive review, today *certiorari* "runs largely to jurisdictional review or surveillance by a superior court of statutory tribunals, the term 'jurisdiction' being given its narrow or technical sense": *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 99. Thus, review on *certiorari* does not permit a reviewing court to overturn a decision of the statutory tribunal merely because that tribunal committed an error of law or reached a conclusion different from that which the reviewing court would have reached. Rather *certiorari* permits review "only where it is alleged that the

tribunal has acted in excess of its assigned statutory jurisdiction or has acted in breach of the principles of natural justice which, by the authorities, is taken to be an excess of jurisdiction": *Skogman, supra*, at p. 100 (citing *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268). [para. 19]

[8] As McLachlin C.J.C. explained in *Russell*, "[t]he limited scope of supervisory remedies reflects the limited purpose of the preliminary inquiry", which is intended to serve as a screening process and "not meant to provide a forum for litigating the merits of the case against the accused" (para. 20).

[9] In *R. v. Forsythe*, [1980] 2 S.C.R. 268, [1980] S.C.J. No. 66 (QL), the Supreme Court had occasion to explain that both lack of initial jurisdiction and loss of this initial jurisdiction constitute jurisdictional error. Laskin C.J. opined that "situations in which there can be a loss of jurisdiction in the course of a preliminary inquiry are few indeed" (p. 271). He continued:

However, jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*: see *Doyle v. The Queen* [[1977] 1 S.C.R. 597.]. Canadian law recognizes that a denial of natural justice goes to jurisdiction: see *Alliance des Professeurs catholiques de Montreal v. Labour Relations Board of Quebec* [[1953] 2 S.C.R. 140.]. In the case of a preliminary inquiry, I cannot conceive that this could arise otherwise than by a complete denial to the accused of a right to call witnesses or of a right to cross-examine prosecution witnesses. Mere disallowance of a question or questions on cross-examination or other rulings on proffered evidence would not, in my view, amount to a jurisdictional error. However, the judge or magistrate who presides at a preliminary inquiry has the obligation to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*. [pp. 271-272]

[10] Instances in the jurisprudence where jurisdictional error has been found include the refusal of the justice to allow an accused to make submissions on a material issue, the failure to give an accused the caution required by s. 541(2), the failure to consider the whole of the evidence as required by s. 548(1)(b), usurping the functions of

the trial judge by applying the test of reasonable doubt or by weighing credibility, discharging an accused where there is some evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty and weighing competing inferences: E.G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. looseleaf (Aurora, Ont: Canada Law Book, 2009), at 13:1210, 13:2005, and 26:2090, and the cases referred to therein. To these instances, I would add the failure of the justice presiding at the preliminary inquiry to allow defence witnesses and a justice's erroneous ruling that he or she was without jurisdiction to order the production of certain evidence: *R. v. Ward* (1976), 31 C.C.C. (2d) 466 (O.H.C.), [1976] O.J. No. 807 (QL), aff'd (1977), 31 C.C.C. (2d) 466n (O.C.A.), and *R. v. L.R.* (1995), 127 D.L.R. (4th) 170 (O.C.A.), [1995] O.J. No. 1381 (QL).

[11] While these types of errors have been found to be jurisdictional in nature, the jurisprudence has also identified the types of errors that are not "jurisdictional". Principal among these is the error of law. In *R. v. Skogman*, [1984] 2 S.C.R. 93, [1984] S.C.J. No. 32 (QL), Estey J. emphasized this point:

It need only be added by way of emphasis that such *certiorari* review does not authorize a superior court to reach inside the functioning of the statutory tribunal for the purpose of challenging a decision reached by that tribunal within its assigned jurisdiction on the ground that the tribunal committed an error of law in reaching that decision, or reached a conclusion different from that which the reviewing tribunal might have reached. [p. 100]

[12] Twenty years later, in *Deschamplain*, the Supreme Court would reiterate this principle, this time in the words of Major J. for the majority:

The preliminary inquiry judge has jurisdiction to conduct the inquiry according to the rules of evidence. Any error with respect to the application of those rules that does not rise to the level of a denial of natural justice (which also goes to jurisdiction: see *Dubois, supra*, at p. 377; *Forsythe, supra*, at p. 272) constitutes an error of law, not a

jurisdictional error. Errors of law are not reviewable by way of *certiorari*. [para. 17]

[13] Even when jurisdictional error is found, *certiorari* is a discretionary remedy that may be refused. The law in this regard is aptly summarized in *R. v. Papadopoulos* (2005), 196 O.A.C. 335, [2005] O.J. No. 1121 (QL):

The decision whether to grant or not to grant a prerogative remedy is ultimately a matter of discretion, exercised by the superior court as part of its general and inherent jurisdiction: *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.* (1922), 37 C.C.C. 129 (S.C.C.); *R. v. Workmen's Compensation Board Ex parte Kuzyk*, [1968] 2 O.R. 337 (C.A.); and *Re Krawkowski and the Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (S.C.C.). While this authority must be exercised in accordance with established principles, there are cases where the court has exercised its jurisdiction not to award the remedy whether or not there was jurisdictional error -- e.g., where there has been unnecessary delay in applying for the writ, or where the applicant has not acted in good faith in seeking the order: see for example, *Young v. Attorney-General of Manitoba, Boxall and Fryer* (1960), 129 C.C.C. 110 (Man. C.A.) and *Krawkowski*, supra. In general, where the legal grounds for quashing a committal are made out, the writ will issue. This is so, "unless", as Sir Wilfred Greene M.R. noted in *R. v. Stafford Justices Ex parte Stafford Corp.*, [1940] 2 K.B. 33 at 44, "there is something in the circumstances of the case which make it right to refuse the relief sought."

We see no reason in principle why, if the discretion may be exercised to refuse a prerogative remedy in the face of jurisdictional error in some circumstances -- such as those referred to above -- it may not be exercised likewise in appropriate circumstances where there has been no prejudice to the applicant whether or not there was a denial of natural justice leading to jurisdictional error because the committal would otherwise have been inevitable... [paras. 20-21]

III. Factual Background

[14] In June 2007, a justice held a preliminary inquiry into charges that a number of individuals, including Messrs. LeBlanc, Gallant and Steeves, had conspired to traffic in controlled substances. While Messrs. LeBlanc and Gallant were represented by counsel, Mr. Steeves was not. Before the hearing began, the justice was advised that, despite having obtained extensive disclosure from the prosecution, counsel for Mr. Gallant had not complied with s. 536.3 of the *Criminal Code*, in that he had not provided the Court and the prosecution with a statement identifying the issues on which he wanted evidence to be given and the witnesses he wanted heard at the preliminary inquiry. The justice was also advised that Mr. Steeves had similarly not identified issues and witnesses. At the request of the prosecution, the justice held a focus hearing in an attempt to help the parties identify the issues on which evidence would need to be given at the inquiry and the witnesses that would need to be heard. The justice was advised that the prosecution's case consisted in large part of recorded telephone conversations. Counsel for Mr. Gallant insisted that his client wanted to "see the evidence of the Crown that is sufficient to set him – to order him to stand trial." He would not identify any particular issue or witness, on the grounds that it was up to the prosecutor to determine how much evidence it might be necessary to adduce in order to have the accused committed for trial. Similarly, Mr. Steeves advised the court he wanted "to hear from all the witnesses that must testify for the Crown to prove that there's enough evidence for the Court to order me to stand trial." Eventually, Mr. Steeves advised the Court he had identified witnesses he wanted called and provided a list of some 17 names. In light of these positions, the prosecution advised the judge of his intent to resort to s. 540(7) and adduce information that would not otherwise be admissible but that the justice might consider credible and trustworthy. In the course of the preliminary inquiry, the prosecution tendered transcripts of intercepted private communications. The prosecution did not, however, prove compliance with the notice requirement set out in s. 189(5). While notices of intention, ostensibly prepared to comply with s. 189(5), were admitted in evidence, there was no proof that the notices were actually served on the accused.

[15] Once the evidence was taken, the justice addressed the accused by giving them the warning set out in s. 541(2):

Do you wish to say anything in answer to these charges or to any other charges which might have arisen from the evidence led by the prosecution? You are not obliged to say anything, but whatever you do say may be given in evidence against you at your trial. You should not make any confession or admission of guilt because of any promise or threat made to you but if you do make any statement it may be given in evidence against you at your trial in spite of the promise or threat.

[16] Messrs. LeBlanc and Gallant, through their counsel, advised the justice that they would not say anything. Mr. Steeves replied that he, too, would remain silent. At that point, the justice asked the parties whether they were prepared to present their arguments. No one indicated a wish to call any witnesses and Mr. Steeves was not asked, as required by s. 541(4), whether he wanted to call any.

[17] At the end of the preliminary inquiry, the justice committed Messrs. LeBlanc, Gallant and Steeves to stand trial on the charge of conspiracy to traffic in cocaine. While Messrs. LeBlanc and Gallant were also committed to stand trial for conspiracy to traffic in cannabis resin, Mr. Steeves was not committed on that charge.

[18] Messrs. LeBlanc, Gallant and Steeves applied to the Court of Queen's Bench for an order of *certiorari* on the following ground:

There was not sufficient admissible evidence presented to the preliminary inquiry judge to justify his order committing the Applicants LeBlanc, Gallant and Steeves under section 548 of the *Criminal Code* and the preliminary inquiry judge thereby committed a jurisdictional error.

[19] The sole argument advanced in support of this ground was that the justice holding the preliminary inquiry erred in admitting the evidence of the intercepted private communications in the absence of proof of compliance with the notice requirements of

ss. 189(5), 540(7) and 540(8). It was alleged the contents of the intercepted private communications constituted the sole evidence adduced on certain essential ingredients of the offences charged and, as a result, the justice committed a jurisdictional error in relying on this improperly admitted evidence.

[20] Mr. Steeves also based his application for *certiorari* on two additional grounds. He alleged he was "wrongly ordered to provide a list of witnesses and issues pursuant to section 536.3" and that he "was not asked if he wished to call witnesses at the preliminary inquiry."

[21] The application for *certiorari* was dismissed. On the issue that was common to all three applicants, that is the lack of proof of notice, the application judge ruled that, had they properly complied with s. 536.3, the applicants would have had to raise the issue of the notice required by s. 189(5). Their failure to comply with s. 536.3, the judge determined, precludes them from raising the issue on an application for *certiorari*. The application judge went on to state that, in case he was wrong on that point, the issue would be determined as follows:

A reading of subsection 189(5) of the *Criminal Code* clearly establishes that this section is mandatory. It is also well accepted law that a failure to observe a mandatory provision of the *Criminal Code* results in the preliminary inquiry judge losing jurisdiction. Reference must also be made to Beames, J.'s comments in *Martin supra* at paragraph 28 of these reasons. There is also the well accepted law that a preliminary inquiry judge has the right to be wrong within his jurisdiction. Therefore, the issue, in my opinion, becomes did the preliminary inquiry judge's use of section 540(7) of the *Criminal Code* to admit the notices and wiretaps cause there to be a failure of jurisdiction or an error in law. I would submit that if it was the former, the evidence was inadmissible and if it was the latter, the preliminary inquiry judge did not lose jurisdiction and judicial review is not open to the Applicants. See: *Francis supra* at paragraphs 14 and 15 and *Kim supra* at paragraph 21.

Another notice requirement is found in subsection 540(8) of the *Criminal Code*. Subsection (8) requires reasonable notice and in this regard, Madam Justice Rutushny in *Francis supra* states that: "Parliament has given complete discretion to the preliminary inquiry justice to determine the length and nature of the notices." As noted in pages 70 and 71 of the June 4, 2007 transcript, the preliminary inquiry judge made an order authorizing the proceeding under subsection 540(7). While I may not have come to the same conclusion as to the appropriateness of proceeding in this fashion, or its compliance with the notice requirement of 540(8), I believe the preliminary inquiry judge made an evidentiary finding and order. This falls within the jurisdiction of the preliminary inquiry judge and I cannot interfere.

The authors of the text referenced in paragraph 21 of these reasons are of the opinion that while section 189(5) is mandatory, the threshold to satisfy the requirements is low. A similar position was taken in both *Martin* and *Kim supra*, consequently, I am of the view that the preliminary inquiry judge did not make a jurisdictional error when he admitted the notices required under 189(5). His error, if any, was in the proof that he utilized; namely, the notices themselves, the numerous statements by counsel and Mr. Steeves during the initial proceedings and the failure of the Applicants to raise the issue of service. While I may be of the view that the evidence is insufficient or that he was wrong to think section 540(7) is sufficient to overcome these evidentiary problems, I do not believe those errors affect his jurisdiction. Therefore, Judicial Review or *certiorari* remedies are not available and the decision that the Applicants stand trial will not be quashed on the basis of the admission of the wiretap evidence. [paras. 38-40]

[22] As for the issues that were unique to Mr. Steeves, the application judge first reviewed the wording of s. 536.3 and determined that, although it "would seem to exclude a self-represented accused", because of the specification that it is "counsel for the accused" who shall provide the statement, the provision nevertheless applies to a self-represented accused. In rejecting this ground, the judge noted in passing that Mr. Steeves had voluntarily produced the list of witnesses. On the second ground unique to Mr. Steeves, the application judge acknowledged the justice holding the preliminary

inquiry had not complied with s. 541(4), but ruled that "it was a procedural error which did not go to jurisdiction."

IV. Issues raised on appeal

[23] Relying on the right of appeal set out in s. 784(1), Messrs. LeBlanc, Gallant and Steeves appeal the judge's refusal to grant an order of *certiorari*. The issues are stated as follows in the notices of appeal:

- (a) [The application judge] erred in not concluding that the preliminary inquiry justice lost or exceeded his jurisdiction in committing the Appellants LeBlanc, Gallant and Steeves to stand trial entirely upon inadmissible evidence and the exclusion of that inadmissible evidence resulted in "no evidence" upon which the preliminary inquiry justice could have formed the opinion that the evidence was sufficient to put the Appellants LeBlanc, Gallant and Steeves on trial for the offence charged;
- (b) [The application judge] erred in his understanding/interpretation of sections 189(5) and 540(7) and (8) of the *Criminal Code* of Canada;
- (c) [The application judge] erred in concluding that, although the preliminary inquiry justice did not ask the Appellant Steeves if he wished to call any witnesses as required by s. 541(4) of the *Criminal Code* of Canada, this error did not cause the preliminary inquiry justice to lose or exceed his jurisdiction;
- (d) [The application judge] erred in concluding that the preliminary inquiry judge did not exceed his jurisdiction in ordering the Applicant Steeves to provide a list of witnesses and issues pursuant to s. 536.3 of the *Criminal Code* of Canada.

[24] Grounds (a) and (b) have been merged in the arguments presented in the written submissions and will therefore be considered as a single ground.

V. Analysis

A. *The alleged error regarding the admission of the intercepted private communications*

[25] The single issue common to all three accused in their application for an order of *certiorari* was whether the justice holding the preliminary inquiry committed a jurisdictional error in relying on evidence of the contents of intercepted private communications when certain notice provisions had not been respected. Specifically, Messrs. LeBlanc, Gallant and Steeves alleged the prosecution had failed to prove compliance with s. 189(5) and that the notice required to be given pursuant to s. 540(8) had also been insufficient. They argued that the contents of the private communications constituted the sole evidence upon which the committal for trial could stand. While they recognized that an error in the admission of evidence does not necessarily entail a loss of jurisdiction, they argued that a court loses jurisdiction where the exclusion of the evidence would have resulted in "no evidence" upon which to base the committal.

[26] It is important to note that the Attorney General does not agree that the s. 189(5) notice was not given. While there was no formal proof of service of the notices, the Attorney General argued it was open for the application judge to conclude the appropriate notice had been given as part of the prosecution's disclosure obligations. As will be seen below, the resolution of this factual dispute is irrelevant.

[27] For ease of reference, s. 189(5) and s. 540(8) read as follows:

189(5) The contents of a private communication that is obtained from an interception of the private communication pursuant to any provision of, or pursuant to an authorization given under, this Part shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of the intention together with

(a) a transcript of the private communication, where it will be

189(5) Le contenu d'une communication privée obtenue au moyen d'une interception exécutée conformément à la présente partie ou à une autorisation accordée sous son régime ne peut être admis en preuve que si la partie qui a l'intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné :

a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera

adduced in the form of a recording, or a statement setting out full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given viva voce ; and

(b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

[...]

540(8) Unless the justice orders otherwise, no information may be received as evidence under subsection (7) unless the party has given to each of the other parties reasonable notice of his or her intention to tender it, together with a copy of the statement, if any, referred to in that subsection.

produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix;

b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

[...]

540(8) À moins que le juge de paix n'en ordonne autrement, les renseignements ne peuvent être admis en preuve que si la partie a remis aux autres parties un préavis raisonnable de son intention de les présenter. Dans le cas d'une déclaration, elle accompagne le préavis d'une copie de celle-ci.

[28] In dismissing the application for *certiorari*, the application judge ruled that the accused were precluded from raising this ground because they had not complied with s. 536.3. According to the judge, the statement of issues and witnesses counsel for Mr. LeBlanc had provided was insufficient because he had not also agreed to "be bound over for trial following the presentation of the requested evidence" (para. 35). The application judge also determined Mr. Steeves, though unrepresented, equally had an obligation to provide a statement identifying the issues he wanted addressed and witnesses he wanted heard at the preliminary inquiry. He concluded that if the three accused had complied with s. 536.3 and identified all issues on which they wanted evidence to be given at the preliminary inquiry, they should have identified the question of the required notice under s. 189(5).

[29] With respect, I disagree with the application judge's decision on this point. In my view, while the legislative intent in enacting s. 536.3 may well have been, as the application judge noted, to "streamline the preliminary inquiries procedures to make them more focussed and efficient" (para. 26, quoting from *R. v. Francis* (2005), 202 C.C.C.

(3d) 147 (Ont. S.C.), [2005] O.J. No. 2864 (QL)), the wording of s. 536.3 does not preclude an accused from stating that all issues are live issues at the preliminary inquiry. I also do not agree with the trial judge's determination that the obligation imposed on counsel for an accused would also extend to an unrepresented accused.

[30] I pause here to highlight a significant and fundamental difference between the English and French versions of s. 536.3. They read as follows:

536.3 If a request for a preliminary inquiry is made, the prosecutor or, if the request was made by the accused, counsel for the accused shall, within the period fixed by rules of court made under section 482 or 482.1 or, if there are no such rules, by the justice, provide the court and the other party with a statement that identifies

- (a) the issues on which the requesting party wants evidence to be given at the inquiry; and
- (b) the witnesses that the requesting party wants to hear at the inquiry.

536.3 En cas de demande d'enquête préliminaire, le poursuivant ou, si la demande a été faite par le prévenu, l'avocat de ce dernier doit, dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 482 ou 482.1, ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par le juge de paix, fournir au tribunal et à l'autre partie une déclaration énonçant :

- a) les points sur lesquels la partie faisant la demande veut présenter des témoignages dans le cadre de l'enquête;
- b) le nom des témoins que la partie faisant la demande veut faire entendre à l'enquête.

[31] There appears to be no ambiguity in what is required by the French version of s. 536.3. If the prosecutor makes the request for a preliminary inquiry, the prosecutor must provide the court and the accused with a statement that (1) identifies the issues on which the prosecutor wants to adduce evidence at the inquiry, and (2) lists the witnesses the prosecutor intends to call to testify. On the other hand, if the request for a preliminary inquiry is made by an accused, counsel for the accused must provide the court and the prosecutor with a statement that (1) identifies the issues on which the accused wants to adduce evidence at the inquiry, and (2) a list of the witnesses the accused intends to call to testify. This is in stark contrast with the English version of the same section, which is quite open to the commonly accepted interpretation that if the request for a preliminary inquiry is made by the accused, the accused identifies the issues

on which he or she wants the prosecutor to adduce evidence and the witnesses he or she wants the prosecutor to call to testify.

[32] At the hearing of the appeal, the Court pointed to the discrepancy between these two equally authoritative versions of the provision at issue. None of the counsel had noticed the startling difference between the two versions, and, as a result, none offered any compelling argument as to which interpretation should govern. All counsel submitted that the commonly accepted interpretation, based on the English version, reflects the true intent of Parliament. Evidently, the preliminary inquiry justice and the application judge proceeded on this understanding as well. In light of the position of the parties, and particularly because it matters not for the disposition of this appeal, I will adopt that interpretation for the purpose of resolving this appeal. Because we did not receive any argument on point, I will refrain from undertaking the analysis for the interpretation of bilingual statutes that is set out in *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, [2004] S.C.J. No. 7 (QL), 2004 SCC 6, at paras. 26-31.

[33] Determining whether the application judge was correct in dismissing the application for *certiorari*, for the reasons he invoked, requires us to resolve the following two issues: (1) is counsel for an accused required to identify specific evidentiary issues under s. 536.3, and (2) does the obligation under s. 536.3 apply to an unrepresented accused? In my view, the answer to both questions is no.

[34] Section 536.3 was enacted as part of reforms to modernize the preliminary inquiry process. It is seen as a compromise between the positions of some interest groups who advocated the abolition of the preliminary inquiry and that of others who opposed any changes. In *R. v. P.M.*, [2007] R.J.Q. 537, [2007] Q.J. No. 2195 (QL), 2007 QCCA 414, leave to appeal refused [2007] C.S.C.R. No. 287 (QL), the Quebec Court of Appeal had occasion to explore the question of the legislative intent behind these reforms. Rochette J.A. explained as follows:

The precursor of Bill C-15A was tabled in the House of Commons on March 14, 2001. The intent behind it was,

among other things, to reform and modernize criminal procedure, particularly the procedural aspects of the preliminary inquiry, and it provided as follows: in the case of a request for a preliminary inquiry, the prosecutor or the accused (if the latter requested the inquiry) had to provide the court and the other party with a statement identifying the issues on which he or she intended to have evidence given and the names of the witnesses; the justice could order the holding of a hearing to assist the parties in identifying the issues on which evidence was to be given, identifying the witnesses to be heard and considering any other matters that would promote a fair and expeditious inquiry; the prosecutor and the accused could agree to limit the scope of the preliminary inquiry to specific issues.

The bill also granted additional powers to the justice presiding over a preliminary inquiry whereby he or she may put a stop to any part of an examination or cross-examination that is abusive, too repetitive or otherwise inappropriate. Finally, it amended section 540 Cr.C. on the way in which evidence is taken.

Regarding preliminary inquiries, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said the following to the House of Commons, while Bill C-36 was under study:

The criminal procedure reform amendments proposed in Bill C-36 would retain the unconditional right to a preliminary inquiry for indictable offences on request, while modifying some procedural aspects of the inquiry. For example, the proposal would create a new pre-preliminary hearing for the judge and the parties to attempt to determine the scope of the inquiry on a consensual basis, and would amend the criminal code to require the justice to prevent inappropriate questioning of witnesses at the preliminary inquiry. [Emphasis added.]

A year later, before the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, the Minister of Justice added the following:

Regarding preliminary inquiries, this is an instalment. I think the provinces and territories would like us to look at more radical reform as it relates to preliminary inquiries. You rightly identified that

there is grave concern from the criminal defence bar, and that is something we will continue to work on. What we're doing here is streamlining the use of the preliminary inquiry. [Emphasis added.]

Thus, a radical reform of the preliminary inquiry was excluded by the Minister of Justice, who, for the time being, favoured a simplification of the remedy in the context of increased protection for witnesses. The federal government's position in that regard was conveyed in the same way by the Parliamentary Research Branch, which wrote the following in a legislative summary prepared in October 2001:

As a way of reducing the time it takes to bring criminal cases to trial, and as a way of minimizing the extent to which complainants (particularly those in sexual assault cases) are subject to examination and cross-examination, federal and provincial governments have considered ways to reduce the number and duration of preliminary inquiries, including abolishing them altogether. However, it appears for the time being that the federal government prefers to narrow the scope of preliminary inquiries and reduce their number. The proposals contained in Bill C-15A are part of this approach...

Clause 29 permits a preliminary inquiry judge to receive otherwise inadmissible evidence which the judge considered to be credible or trustworthy, including a recorded statement of a witness, provided that the party offering the evidence gave reasonable notice to the other parties or the judge ordered otherwise. In such a case, however, a party is able to apply to the judge to have the source of such evidence appear for examination or cross-examination.... [Emphasis added.]

Before the Senate, the senator sponsoring the bill added, in the same spirit:

The criminal procedure reform amendments proposed in Bill C-15A would retain the unconditional right to a preliminary inquiry for indictable offences on

request, while modifying some procedural aspects of the inquiry... [Emphasis added.]

[paras. 68-73, footnotes omitted, emphasis added by Rochette J.A.]

[35] In *P.M.*, the Quebec Court of Appeal noted that Bill C-15A "maintains the right to a preliminary inquiry" (para. 75) and concluded the reforms did not diminish the ancillary "exploratory role" or "discovery function" of the preliminary inquiry. I agree with these observations. In *Skogman*, the Supreme Court described the purpose of a preliminary inquiry as being "to protect the accused from a needless, and indeed, improper, exposure to public trial where the enforcement agency is not in possession of evidence to warrant the continuation of the process" (p. 105) and added that "[i]n addition, in the course of its development in this country, the preliminary hearing has become a forum where the accused is afforded an opportunity to discover and appreciate the case to be made against him at trial ..." (p. 105). In *R. v. Sazant*, [2004] 3 S.C.R. 635, [2004] S.C.J. No. 74 (QL), 2004 SCC 77, a companion case to *Deschamplain*, Major J. emphasized that "[t]he purpose of the preliminary inquiry is to ensure that there is sufficient evidence to commit the accused to trial", noting that it "is therefore a pre-trial screening procedure" and adding that it "also serves as a discovery mechanism to the accused" (para. 14). I see nothing in Bill C-15A that altered this dual purpose of preliminary inquiries.

[36] Admittedly, the purpose of the Bill C-15A reforms, and in particular ss. 536.3, 536.4 and 536.5, was to streamline preliminary inquiries by focusing the parties on the truly contentious issues of a case. If the real issue in a particular case is, for example, identification, an accused might, through counsel, provide the court and the prosecutor with a statement identifying this issue as the one on which evidence is required to be given at the inquiry and listing the witnesses the accused wants to hear (s. 536.3). In doing so, counsel would likely agree under s. 536.5 to limit the scope of the inquiry to the specific issue of identification and would file an agreement with the court to that effect.

Thus, the presiding justice would only have to determine if there was some evidence on the issue of identification, which, if believed, could result in a conviction.

[37] While s. 536.3 is mandatory and obliges counsel for the requesting party to provide a statement to the court and to the other party, the section does not oblige the requesting counsel to limit the number of issues on which he or she requires evidence. Nothing in the wording of this section therefore precludes counsel for an accused from listing all issues relevant to a particular matter. If this occurs, s. 536.4 might be engaged and the presiding justice can hold a focus hearing to try to help the parties identify the relevant issues and the witnesses to be heard with respect to these. However, nothing in the Bill C-15A reforms alters the ultimate adjudicative responsibility of the preliminary inquiry justice to determine whether there is sufficient evidence to order the accused to stand trial or whether, on the whole of the evidence, the accused should be discharged. This involves an assessment of all issues at play in a particular prosecution, or, in other words, requires that, in the absence of an agreement to the contrary, there be evidence to support each ingredient of the offence(s) charged.

[38] In the present case, counsel for Mr. LeBlanc identified an issue on which Mr. LeBlanc wanted evidence to be given at the inquiry and the witness he wanted to hear. He did not go further, however, and state his agreement that the inquiry would be limited to that issue. Thus, all issues were arguably still in play, in the sense that the prosecution had to show there was admissible evidence on each of the essential ingredients of the offences that could, if believed, result in convictions. Counsel for Mr. Gallant did not comply with s. 536.3, as he failed to provide the required statement to the court and to the prosecution. When pressed at a focus hearing, he effectively stated that all issues were in play and would not provide a list of witnesses. As for Mr. Steeves, he was not represented by counsel, but he did eventually provide a list of 17 witnesses he wanted to hear at the inquiry.

[39] While the Bill C-15A reforms encourage cooperation between the parties to define the issues and simplifies the process by allowing a justice to receive evidence

considered credible and trustworthy that would not otherwise have been admissible, the reforms do not modify the purpose of the preliminary inquiry and nothing in Bill C-15A prevents an accused from requiring that all relevant issues be addressed. Moreover, subject to s. 540(7), the application of the rules of evidence to a preliminary inquiry has not been abrogated or modified. Therefore, when an accused requires evidence on an issue or on all issues relevant to the charge, it follows that, unless the evidence is received pursuant to s. 540(7), all relevant rules of evidence are also in play. I do not read s. 536.3 as requiring specific identification of evidentiary issues that might arise in adducing evidence on an essential ingredient of the offence. I cannot believe this to be the intent of Parliament. Evidentiary issues are not always readily apparent and, in some cases, are not easily identifiable before the taking of evidence begins.

[40] In summary, I am of the view that while counsel for Mr. Gallant failed to observe the mandatory provisions of s. 536.3 when he did not initially identify the issues on which his client wanted evidence to be given and the witnesses he wanted to hear, he was nevertheless within his right to state at the focus hearing that all issues relevant to the inquiry were at play. There is nothing in ss. 536.3, 536.4 or 536.5 stopping an accused from requiring that evidence be adduced on all issues. If an accused is within his or her rights to insist that this be done, it follows that the accused cannot be precluded from seeking an order of *certiorari* if the judge commits jurisdictional error in the process. Thus, I do not agree with the principal reason for which the application judge dismissed this ground of the application.

[41] I also do not agree with the application judge's finding that s. 536.3 applied to the unrepresented accused, Mr. Steeves. The reforms in Bill C-15A recognize distinctions between accused who are represented by counsel and those who are not. Section 536.3 expressly imposes the duty to identify issues and witnesses on counsel for an accused, not on an unrepresented accused. The reason for the distinction is obvious: unrepresented accused do not have the same advantages in identifying relevant issues and witnesses as one who has the benefit of counsel. The reforms also impose obligations on the justice conducting the preliminary inquiry with respect to unrepresented accused that

are not applicable when an accused is represented. For example, as will be seen below, s. 541 imposes on the judge additional obligations solely with respect to an unrepresented accused. Thus, it is clear, in my respectful view, that the imposition of the obligation under s. 536.3 on “counsel for the accused” was deliberate. The intention of Parliament was to streamline the process. If an accused is represented, the streamlining commences with counsel for the accused identifying the issues and witnesses. If the accused is unrepresented, it commences with the focus hearing, which can be held regardless of whether the accused is represented or not.

[42] Although I disagree with the application judge’s primary reasons for dismissing this ground of the application for *certiorari*, it does not follow that I believe he erred in his ultimate disposition of the question. In my view, he was right to also dismiss this ground of the application on the alternative basis that the justice had not committed a jurisdictional error.

[43] The appellants concede that errors of law do not constitute jurisdictional error and that an error with respect to the application of the rules of evidence is an error of law. They insist, however, that a court would lose jurisdiction where the exclusion of the evidence admitted pursuant to an error of law would have resulted in “no evidence” on an essential ingredient of the offence charged. Thus, they argue that if the contents of the intercepted private communications had been excluded, there would have been no evidence on essential ingredients of the offences charged and the justice at the preliminary inquiry would have discharged them. In support of their proposition, they rely on *R. v. Blizzard (W.A.) et al.* (2004), 284 N.B.R. (2d) 131, [2004] N.B.J. No. 529 (QL), 2005 NBQB 67, where Glennie J., relying on *R. v. Wilson* (1995), 139 N.S.R. (2d) 61 (C.A.), [1995] N.S.J. No. 109 (QL), stated that “a court does lose jurisdiction where the exclusion of [...] evidence would have resulted in ‘no evidence’ on which the justice could have formed the opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial.” A detailed analysis of *Wilson*, however, qualifies that proposition.

[44] In *Wilson*, an accused “was committed for trial on three counts of sexual abuse of a nine-year-old boy, solely on the evidence of the child who could communicate the evidence but who did not understand the nature of an oath or affirmation and who had not promised to tell the truth as required by s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*” (para. 1). Freeman J.A., for the majority, started from the proposition in *Skogman* that “[...]‘no evidence’ on an essential element of the charge against the accused cannot amount to ‘sufficient evidence’[...]” to commit to trial (para. 4). He noted that s. 540(1) required the justice at the preliminary inquiry to take the evidence under oath, as that term is to be interpreted by the provisions of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, and held that the failure to take the evidence in that fashion was a jurisdictional error because there was a failure to follow a mandatory provision of the *Criminal Code*. In reaching that conclusion, Freeman J.A. recognized that “[r]ulings as to the admissibility of the evidence of a qualified witness, however erroneous, do not deprive the judge of jurisdiction” (para. 6) and relied on the Supreme Court of Canada decisions in *Quebec (Attorney General) v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305, [1979] S.C.J. No. 50 (QL), *Forsythe*, and *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, [1986] S.C.J. No. 21 (QL), in support of that statement. The key to the majority decision in *Wilson* is the fact that the *Criminal Code* provisions governing preliminary inquiries mandated that the evidence be taken under oath (as that term was to be understood in accordance with the *Canada Evidence Act*). The jurisdictional error was the justice’s failure to observe this mandatory provision that governed preliminary inquiries. Because the evidence had not been taken in compliance with the *Canada Evidence Act*, “the evidence [was] not before the court” (para. 21) and therefore there was no evidence on essential ingredients of the charge and there could be no committal to trial. In concluding as they did, the majority of the Nova Scotia Court of Appeal declined to follow *R. v. Gray* (1991), 6 O.R. (3d) 73 (Gen. Div.), [1991] O.J. No. 2013 (QL), where, in a somewhat similar situation, Watt J. (as he then was) held that the decision to permit the complainant to testify was a decision concerning the admissibility of evidence and that such decisions, “even if erroneous, do not affect jurisdiction” (at p. 86). He explained as follows:

It is the duty of the justice presiding at a preliminary inquiry to decide whether evidence proposed for admission

may be received. Put another way, the presiding justice has authority or jurisdiction to determine such issues. Whilst it may fairly be said that *Charter* infringement may not be invoked as a basis for evidentiary exclusion at the preliminary inquiry, and further that, in the name of "discovery" or "disclosure", much may be received at the inquiry that a strict application of the rules of evidence would exclude, it cannot be disputed that it falls within the jurisdiction of the presiding justice to resolve admissibility issues, hence to determine whether evidence is receivable. It matters not to jurisdiction that the objection to admission is based upon an allegation of testimonial incompetence, a breach of an exclusionary canon of the law of evidence, or non-compliance with a statutory enactment governing the reception of the evidence proposed for admission.

It has been authoritatively held that decisions concerning the admissibility of evidence at a preliminary inquiry, even if erroneous, do not affect jurisdiction. The rule is shortly stated in *Quebec (Attorney General) v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305, 46 C.C.C. (2d) 473, where Pigeon J., for the court, said, at p. 310 S.C.R., p. 477 C.C.C.:

In my view, there are cogent reasons for not departing from the rule that against a magistrate holding a preliminary inquiry *certiorari* lies only for lack of jurisdiction and a decision concerning the admissibility of evidence, even if erroneous, does not affect jurisdiction. In view of this conclusion, I do not consider it expedient to express any opinion as to the merits of the objection sustained by the Magistrate.

See also *R. v. Duhamel*, [1984] 2 S.C.R. 555, 15 C.C.C. (3d) 491; *R. v. Skogman*, [1984], 2 S.C.R. 93, 41 C.R. (3d) 1; *R. v. Forsythe*, [1980] 2 S.C.R. 268, 53 C.C.C. (2d) 225; and, *R. v. Patterson*, [1970] S.C.R. 409, 2 C.C.C. (2d) 227. As it would appear to me, there is no reason in principle why a ruling concerning the manner in which a witness under the age of 14 years shall testify, if at all, should take on a jurisdictional hue when other rulings "concerning the admissibility of evidence", including what may be said or how a witness may be cross-examined, display no such complexion or character. [pp. 85-86]

[45] In *Wilson*, Chipman J.A. dissented. While he acknowledged the justice holding the preliminary inquiry had erred in not complying with the *Canada Evidence Act*, he found this error to be one “relating to procedure of admissibility” (para. 37). He reached this conclusion by relying on the statement in *Quebec (Attorney General) v. Cohen*, quoted above, and on a further statement in *Forsythe* where the Supreme Court stated that rulings on proffered evidence would not amount to jurisdictional error and specifically confirmed that “a ruling on the admissibility of evidence, even if erroneous did not go to jurisdiction” (para. 44). He also relied on *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (B.C.C.A.), [1975] B.C.J. No. 121 (QL), where the Court held that *certiorari* did not lie where a judge ruled admissible the confession of an accused on the basis that it was “probably voluntary” as opposed to requiring proof of voluntariness beyond a reasonable doubt. Chipman J.A. expressly agreed with the conclusions Watt J. had reached in *Gray*.

[46] In my respectful view, the majority decision in *Wilson* stands for this proposition: if a justice at a preliminary inquiry fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code* regarding the conduct of the preliminary inquiry, such as the requirement to take evidence under oath (or in accordance with the provisions of the *Canada Evidence Act*), the judge commits jurisdictional error. I do not read the majority decision as saying anything else and in particular, I do not see it as a basis to open to judicial review evidentiary rulings made in the course of the preliminary inquiry on the grounds that the evidence was the sole evidence on an essential ingredient.

[47] I am not the first to ascribe this meaning to the majority decision in *Wilson*. In *R. v. Nitsiza*, [2001] N.W.T.J. No. 33 (QL), 2001 NWTSC 34, Vertes J. appears to have reached this same conclusion, and in *R. v. Auger*, [2001] N.W.T.J. No. 28 (QL), 2001 NWTSC 30, Schuler J. certainly did. Faced with the same argument as advanced in the present case, that “where the preliminary inquiry Judge errs in the admission of evidence which is the only evidence against the accused, the resulting committal for trial may be reviewed and quashed” (para. 19), Schuler J. was required to analyze *Wilson*. She explained her understanding of the majority decision as follows:

I understand *Wilson* to be a case where failure to comply with a statutory requirement resulted in the preliminary inquiry judge's loss of jurisdiction. Because the child's evidence was the only evidence inculcating the accused, the committal could not stand. The case did not involve the admissibility of evidence, but rather the qualification of the witness to give any evidence at all. [para. 20]

[48] Schuler J. reviewed other decisions that were said to stand for the proposition that “if the result of an error as to admissibility of evidence is that there is ‘no evidence’, then the preliminary inquiry judge loses jurisdiction if he or she commits for trial on that evidence” (para. 22) and found that that there was no real authority for such a proposition. I agree with her. With one *proviso*, I particularly agree with her statement that where an error is “one in the application of legal principles or rules of evidence, and there is no failure to comply with a statutory provision, the preliminary inquiry judge acts within his or her jurisdiction and the error does not result in loss of that jurisdiction, even if the evidence in question is the only evidence in the case, as it was in *Norgren*” (para. 25). The *proviso* is that not all failures to comply with a statutory provision will necessarily lead to loss of jurisdiction. In my view, where there are conflicting statutory obligations regarding evidentiary matters that must be resolved by the exercise of the judgment of the justice presiding at the preliminary inquiry, as in the present case, the justice acts within the exercise of his or her jurisdiction in resolving the conflict.

[49] From my review of the cases cited to us, it is apparent that where failure to comply with a mandatory statutory provision resulted in a preliminary inquiry justice losing jurisdiction, the provisions in issue were procedurally relevant to the justice's ultimate determination. None of the decisions involved an evidentiary ruling. For example, in *Wilson*, it was the provision that required the justice holding a preliminary inquiry to take the evidence under oath; in *Doyle*, it was the failure to put the appellant to his election; and, in *Deschamplain* and in *Sazant*, it was the failure to consider the whole of the evidence as prescribed in s. 548(1). In *Forsythe*, Laskin C.J. stated that rulings on proffered evidence would not, in his view, “amount to jurisdictional error”. He added: “[h]owever, the judge or magistrate who presides at a preliminary inquiry has the

obligation to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*” (p. 272), which is the provision that governs the adjudication of a preliminary inquiry. The same was emphasized in *Dubois*, where Estey J. stated:

[T]he reason underlying the court's restriction of supervisory remedies is equally valid in both cases. It has been said numerous times that the objective of holding a preliminary inquiry is merely to determine whether there is enough evidence against the accused to justify ordering him to stand trial. It is not intended to determine, finally or otherwise, the accused's guilt or innocence. Therefore, it is inappropriate to allow the expansion of supervisory remedies designed to correct errors of law made in the course of preliminary inquiries which relate, for example, to the admission of evidence, the questioning of witnesses, or the production of documents. A preliminary hearing "is not a trial and should not be allowed to become a trial" (Patterson, *supra*, per Judson J. at p. 412; see also Cohen, *supra*, per Pigeon J. at p. 309). The questioning of errors of law is therefore as inappropriate in proceedings to quash a discharge as it is in proceedings to quash a committal. Errors which go to the preliminary hearing judge's jurisdiction are, however, different. Superior courts, from the earliest days in our law, have exercised their inherent authority to enforce compliance with the law by lower tribunals which must exercise fully without exceeding their statutory jurisdiction. Such is the position of a preliminary hearing tribunal. [pp. 373-374]

[Emphasis added]

[50] In the present case, the justice at the preliminary inquiry was faced with conflicting statutory provisions regarding the admission of the intercepted communications. On the one hand, s. 189(5) prohibited the admission of this evidence unless the prescriptions of that provision had been met, while, on the other hand, the justice was authorized to “receive as evidence any information that would not otherwise be admissible but that the justice considers credible or trustworthy in the circumstances of the case” (s. 540(7)). The question is this: who, at the preliminary inquiry, had the jurisdiction to resolve this apparent conflict between s. 189(5) and s. 540(7)? The answer is as clear as it is simple: the presiding justice, of course. How can it be said that, in

resolving an evidentiary issue that only he could be called upon to resolve, the justice committed jurisdictional error? In my view, it cannot. The determination of whether or not the intercepted private communications could be admitted in evidence as credible or trustworthy evidence that would not otherwise be admissible was one to be made within the scope of the jurisdiction of the justice presiding at the preliminary inquiry. It is an evidentiary ruling and does not go to jurisdiction. Evidentiary rulings made at a preliminary inquiry are beyond the reach of judicial review, whether the ruling is right or wrong.

[51] Thus, I would answer the fundamental question I identified in the first paragraphs of these reasons in the negative. A justice, at a preliminary inquiry, who receives evidence, in respect of which the notice required under s. 189(5) might not have been given, does not commit a jurisdictional error. His decision on that point is therefore not subject to attack by *certiorari*.

[52] The appellants also argue that the application judge erred in refusing the order of *certiorari* on the grounds that: (1) the notice the prosecution had given under s. 540(8) was insufficient; and, (2) there had been no threshold determination that the evidence was credible and trustworthy as required by s. 540(7). The answer to this argument is simple. Section 540(8) provides that before evidence may be admitted under s. 540(7), reasonable notice must be given, unless the justice orders otherwise. The determination of what constitutes reasonable notice is left to the judgment of the presiding justice as is the discretion to order the evidence be admitted without the required notice. Thus, a justice making a determination of reasonable notice or ordering that evidence be admitted without the required notice cannot be said to act outside the scope of his or her jurisdiction. Again, this is an evidentiary ruling within the course of the exercise of the justice's proper jurisdiction, one that is not open to review on application for *certiorari*. As for s. 540(7), it vests in the justice the discretion to admit evidence he or she considers credible or trustworthy in the circumstances of the case. Again, it is the justice presiding at the preliminary inquiry who has the authority to make that determination. The justice's judgment in this respect is exercised within the

jurisdiction the *Criminal Code* confers upon him or her and a decision on that point is not open to judicial review.

[53] In summary, I am of the view that the decision challenged by way of *certiorari* was an evidentiary ruling that is insulated from judicial review. It was a ruling the justice made in the course of exercising the powers conferred upon him by the *Criminal Code*, thus made within the scope of his jurisdiction. If his ruling was in error, it constituted at most an error of law and not a jurisdictional error. *Certiorari* is only available to quash a jurisdictional error, not an error of law. For that reason, I would dismiss this ground of appeal.

B. *Failing to comply with s. 541(4)*

[54] Mr. Steeves submits the preliminary inquiry justice's failure to comply with s. 541(4) constituted jurisdictional error. The section provides as follows:

541(4) Where an accused is not represented by counsel, the justice shall ask the accused if he or she wishes to call any witnesses after subsections (2) and (3) have been complied with.

541(4) Lorsque ont été observés les paragraphes (2) et (3), le juge de paix demande au prévenu qui n'est pas représenté par avocat s'il désire appeler des témoins.

[55] In *Deschamplain*, Major J. for the majority of the Supreme Court reiterated that “[a] preliminary inquiry judge who fails to meet the statutory obligations imposed by Parliament acts in excess of his or her jurisdiction and risks the intervention of a reviewing court” (para. 1), and particularly noted the words of Laskin C.J. in *Forsythe* that “jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*” (para. 12). In *Dubois*, Estey J. recognized the same principle by stating that “[j]urisdictional error is committed where ‘mandatory provisions’ of the *Criminal Code* are not followed” (p. 377). In my view, these statements of the law are dispositive of this ground of appeal. There can be no dispute that s. 541(4) imposes a mandatory duty on the justice conducting the preliminary inquiry and that the provision was not observed.

[56] Counsel for the Attorney General concedes the preliminary inquiry justice committed jurisdictional error in failing to observe the mandatory provisions of s. 541(4). She acknowledges that case law regarding the failure to abide by other provisions governing preliminary inquiries is relevant and refers to *R. v. Bayne* (1970), 74 W.W.R. 561 (Alta.C.A.), 14 C.R.N.S. 130, [1970] A.J. No. 67 (QL); *Eusler v. R.* (1978), 23 N.B.R.(2d) 643 (C.A.), [1978] N.B.J. No. 264 (QL); *R. v. Lena* (2001), 157 B.C.A.C. 240, [2001] B.C.J. No. 1906 (QL), 2001 BCCA 549; and *R. v. Ward*.

[57] Counsel for the Attorney General argues, however, that this Court should apply the *curative proviso* contained in s. 686(1)(b)(iv) and dismiss the appeal on the ground that Mr. Steeves has not demonstrated prejudice from the justice's failure to observe s. 541(4). She submits it was incumbent on Mr. Steeves to indicate, either before the application judge or before this Court, that he would have called witnesses if given the opportunity. With respect, I do not agree. While the *curative proviso* might sometimes be applied in the case of jurisdictional error, as it was in *R. v. Sagutch* (1991), 63 C.C.C. (3d) 569 (B.C.C.A.), [1991] B.C.J. No. 740 (QL), it cannot apply in the present case because we would have to assume Mr. Steeves would not have called any witnesses in order to conclude he did not suffer any prejudice. This is not an assumption we can make. The record gives us no indication one way or the other whether or not Mr. Steeves would have called witnesses. In *Sagutch*, the jurisdictional error in issue was the judge's failure to endorse on the information a statement showing the nature of the accused's election. Instead, words indicating the accused had elected trial by judge and jury were stamped on the information and signed by another judge of the Provincial Court on behalf of the presiding judge. In those circumstances, it is hardly surprising the courts found the accused suffered no prejudice. However, such a conclusion cannot be reached in the present case.

[58] In *Ward*, a preliminary inquiry judge wrongly determined it was not incumbent upon him to hear the witnesses counsel for the accused proposed to call. On judicial review, Cory J., later a justice of the Supreme Court of Canada, determined this determination amounted to jurisdictional error, holding the provisions of ss. 469(3) and

(4) [now 541(4) and (5) with modifications] imposed mandatory obligations on the preliminary inquiry judge. The remedy fashioned in that case was to remit the matter back to the preliminary inquiry judge for the hearing of any witnesses the accused might call. An appeal to the Ontario Court of Appeal failed.

[59] A similar result is found in *R. v. L.R.*, where the judge presiding at the preliminary inquiry held he lacked jurisdiction to order the production of the victim's medical records. The Ontario Court of Appeal found this to be a jurisdictional error on the grounds that the "judge presiding at the preliminary inquiry is... competent to make all necessary evidentiary rulings" and that the judge "may compel witnesses to testify and compel them to bring relevant documents" (p. 177). The relief granted in that case was "to set aside the committal for trial and remit the matter back to [the preliminary inquiry judge] for a continuation of the preliminary inquiry" (p. 184).

[60] In my view, where the jurisdictional error is the justice's failure to follow a mandatory provision of the *Criminal Code* in the procedure governing preliminary inquiries, as in this case, a course of action open to the reviewing court is to set aside the committal and remit the matter back to the Provincial Court for a continuation of the proceedings according to law. In determining if this is an appropriate course of action in any particular case, a reviewing court will consider whether it would cause prejudice to any of the parties. In my view, this is an appropriate case for such a remedy. Mr. Steeves would suffer no prejudice if the matter is remitted back to the preliminary inquiry justice since he would be able to call any witness he wants the justice to hear and make whatever arguments he wishes to advance after the witnesses are heard. Recall that the justice presiding at the preliminary inquiry will not be required to assess the quality, credibility and reliability of the evidence or to weigh the evidence for competing inferences.

[61] Since the justice who presided at the preliminary inquiry is now deceased, s. 547.1 comes into play. It provides that where the evidence taken was recorded, "another justice may continue taking the evidence at the point at which the interruption in the taking of the evidence occurred". Here, the evidence taken at the preliminary inquiry

was recorded pursuant to s. 540. In my view, the proper course of action is therefore to set aside Mr. Steeves' committal for trial and remit the matter to the Provincial Court for continuation of the preliminary inquiry by another justice who, in compliance with the provisions of s. 541(4), will conduct the proceedings according to law.

C. *Requiring unrepresented accused to comply with s. 536.3*

[62] In my view, this ground of appeal is without merit and can be summarily dismissed. The portions of the transcript to which the application judge referred (para. 17) reveal that Mr. Steeves was not ordered to provide a list of witnesses. While I respectfully disagree with the determination that s. 536.3 applied to Mr. Steeves, I concur with the application judge's assessment that Mr. Steeves voluntarily produced the list of witnesses. Thus, nothing in the record suggests that the preliminary inquiry justice exceeded his jurisdiction as alleged.

VI. Disposition

[63] For these reasons, I would dismiss Mr. LeBlanc and Mr. Gallant's appeals against the application judge's refusal to issue an order of *certiorari*, but I would allow Mr. Steeves' appeal. I would set aside Mr. Steeves' committal for trial and remit the matter to the Provincial Court continuation of the preliminary inquiry in accordance with the directions set out in paragraph 61.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Dans le cadre du présent appel, on demande principalement à notre Cour de trancher un conflit entre les dispositions des par. 189(5) et 540(7) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le premier dispose que le contenu d'une communication privée légalement interceptée ne peut être admis en preuve que si la partie qui a l'intention de le produire s'est conformée à certaines conditions en matière de préavis. Toutefois, le par. 540(7), qui fait partie des dispositions régissant la manière de recueillir les témoignages lors d'une enquête préliminaire, dispose que le juge de paix (un juge de la Cour provinciale, au Nouveau-Brunswick) « peut recevoir en preuve des renseignements par ailleurs inadmissibles qu'il considère plausibles ou dignes de foi dans les circonstances de l'espèce [...] ». Cette dernière disposition autorise-t-elle l'admission en preuve, à l'enquête préliminaire, du contenu d'une communication privée, légalement interceptée, mais à l'égard de laquelle le préavis prescrit au par. 189(5) n'a pas été donné? C'est là la principale question que les trois appelants nous demandent d'examiner. Comme on pouvait s'y attendre, ils veulent que nous y répondions par la négative. Il existe toutefois une question plus fondamentale à laquelle nous devons répondre et qui, à mon avis, tranche le principal moyen d'appel : un juge commet-il une erreur de compétence à une enquête préliminaire lorsqu'il admet en preuve des communications interceptées sans que la remise du préavis qui est exigé en vertu du par. 189(5) ait été prouvée? Bien que la réponse à cette question tranche le principal moyen d'appel, un des appelants prétend également qu'il y a eu erreur de compétence pour deux raisons additionnelles.

[2] Les appelants, Ralph Michael LeBlanc, Stéphane Gallant et Jason Russell Steeves, ont été accusés de complot en vue de faire le trafic de cocaïne et de résine de cannabis, substances respectivement mentionnées aux Annexes I et II de la *Loi*

réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19. Lorsque l'enquête préliminaire a pris fin, les appelants ont tous trois été renvoyés pour subir leur procès relativement à l'accusation concernant la cocaïne; le tribunal a ordonné à MM. LeBlanc et Gallant de subir leur procès relativement à l'accusation se rapportant à la résine de cannabis mais M. Steeves a été absous relativement à cette accusation précise. Le poursuivant a choisi de déposer un acte d'accusation dans lequel on prétendait que les trois accusés avaient comploté en vue de faire le trafic de cocaïne (al. 465(1)c) du *Code criminel*). Les trois accusés ont contesté leur renvoi à procès en déposant devant la Cour du Banc de la Reine une requête en vue d'obtenir une ordonnance de *certiorari* (savoir une ordonnance annulant le renvoi à procès) pour le motif qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer le renvoi à procès. Ils ont prétendu que le juge qui avait présidé l'enquête préliminaire avait admis en preuve des communications privées interceptées malgré l'omission du ministère public de se conformer au par. 189(5). De plus, M. Steeves a prétendu que certaines irrégularités d'ordre procédural, commises seulement à son endroit, ont également dépouillé le juge qui a tenu l'enquête préliminaire de sa compétence. Le 28 mars 2008, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté la requête : *R. c. LeBlanc (R.M.) et al.* (2008), 330 R.N.-B. (2^e) 329, [2008] A.N.-B. n° 121 (QL), 2008 NBBR 120. C'est de cette décision qu'on interjette maintenant appel.

II. Les principes pertinents régissant l'enquête préliminaire

[3] Lorsque le prévenu est inculpé de certains actes criminels et choisit d'être jugé par un juge d'une cour supérieure, devant jury ou non, le prévenu ou encore le poursuivant peuvent demander qu'un juge de paix tienne une enquête préliminaire sur l'accusation. La procédure en question est régie par la Partie XVIII du *Code criminel*. Selon la version anglaise de l'art. 536.3, en cas de demande d'enquête préliminaire, le poursuivant ou, si la demande a été faite par le prévenu, l'avocat de ce dernier doit fournir au tribunal et à l'autre partie une déclaration énonçant (1) « the issues on which the requesting party wants evidence to be given at the inquiry » (les points sur lesquels la partie faisant la demande veut que des témoignages soient présentés dans le cadre de

l'enquête) et (2) « the witnesses that the requesting party wants to hear at the inquiry » (le nom des témoins que la partie faisant la demande veut voir appelés à témoigner à l'enquête). Toutefois, comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, la version française de l'art. 536.3 énonce une exigence considérablement différente.

[4] Lorsqu'une enquête préliminaire doit être tenue, le juge de paix peut, sur demande ou d'office, tenir une audience en vue d'aider les parties à cerner les points qui devront être abordés ou à désigner les témoins qui seront appelés à témoigner à l'enquête préliminaire (art. 536.4). En l'espèce, les parties ont appelé l'audience ainsi tenue [TRADUCTION] « l'audience de préparation à l'enquête ». Une audience de préparation à l'enquête peut donner lieu à des aveux ou à des accords entre les parties que le juge consigne au dossier. Des accords peuvent également être conclus et être consignés au dossier en l'absence d'une audience de préparation à l'enquête (art. 536.5). Les pouvoirs du juge de paix qui préside l'enquête préliminaire sont énoncés à l'art. 537 et les règles régissant la prise des témoignages sont énoncées à l'art. 540. Les paragraphes 540(7) et (8) ont une importance particulière dans le cadre du présent appel et ils sont ainsi rédigés :

540 (7) A justice acting under this Part may receive as evidence any information that would not otherwise be admissible but that the justice considers credible or trustworthy in the circumstances of the case, including a statement that is made by a witness in writing or otherwise recorded.

(8) Unless the justice orders otherwise, no information may be received as evidence under subsection (7) unless the party has given to each of the other parties reasonable notice of his or her intention to tender it, together with a copy of the statement, if any, referred to in that subsection.

540 (7) Le juge de paix agissant en vertu de la présente partie peut recevoir en preuve des renseignements par ailleurs inadmissibles qu'il considère plausibles ou dignes de foi dans les circonstances de l'espèce, y compris une déclaration d'un témoin faite par écrit ou enregistrée.

(8) À moins que le juge de paix n'en ordonne autrement, les renseignements ne peuvent être admis en preuve que si la partie a remis aux autres parties un préavis raisonnable de son intention de les présenter. Dans le cas d'une déclaration, elle accompagne le préavis d'une copie de celle-ci.

[5] L'article 541 régit la procédure à suivre une fois que les dépositions des témoins de la poursuite ont été consignées. Aux termes du paragraphe 541(2), le juge de

paix doit faire une mise en garde précise au prévenu qui n'est pas représenté par un avocat et aux termes du par. 541(4), il doit demander au prévenu qui n'est pas représenté par un avocat s'il souhaite appeler des témoins. Si le prévenu veut appeler des témoins, le par. 541(5) oblige le juge de paix à entendre ces témoins.

[6] Une fois que tous les témoignages ont été recueillis à l'enquête préliminaire, le juge de paix doit prendre une des décisions énoncées à l'art. 548. S'il est d'avis que « la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante », le juge de paix renvoie l'accusé pour qu'il subisse son procès (al. 548(1)a)). Par ailleurs, si le juge de paix est d'avis que « la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès », il doit libérer l'accusé (al. 548(1)b)). Le critère qui permet de déterminer s'il faut ou non renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès consiste à savoir s'il « existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité » : *États-Unis d'Amérique c. Sheppard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, [1976] A.C.S. n° 106 (QL), p. 1080. Toutefois, lorsque la preuve du poursuivant contient des éléments de preuve circonstancielle, le juge de paix est fondé à apprécier le « caractère raisonnable des inférences qu'il convient de tirer de la preuve circonstancielle » en procédant à une « évaluation limitée » de la preuve aux fins de déterminer « si, en supposant que la preuve du ministère public soit crue, il serait raisonnable pour un jury ayant reçu des directives appropriées d'inférer la culpabilité » : *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, [2001] A.C.S. n° 52 (QL), 2001 CSC 54, au par. 30. Il n'appartient pas au juge de paix qui préside l'enquête préliminaire d'évaluer la qualité, la crédibilité et la fiabilité de la preuve ni de soupeser les éléments de preuve qui donnent lieu à des inférences opposées : *R. c. Deschamplain*, [2004] 3 R.C.S. 601, [2004] A.C.S. n° 73 (QL), 2004 CSC 76, au par. 15.

[7] Bien que le *Code criminel* ne confère aucun droit d'appel soit d'un renvoi à procès soit d'une libération à l'issue d'une enquête préliminaire, l'un et l'autre peuvent faire l'objet d'une révision sur demande présentée à un juge d'une cour supérieure pour le

motif que l'ordonnance rendue était le résultat d'une erreur de compétence. Ni le renvoi à procès ni la libération ne seront annulés dans le cadre d'une requête en *certiorari*, à moins qu'il ne s'agisse d'une erreur de compétence. L'erreur de droit commise dans les limites de la compétence du juge de paix n'est pas suffisante. Dans l'arrêt *R. c. Chapelstone Developments Inc. et al.* (2004), 277 R.N.-B. (2^e) 350, [2004] A.N.-B. n^o 450 (QL), 2004 NBCA 96, par. 11 à 19, le juge d'appel Robertson a résumé les principes qui régissent la révision judiciaire d'une décision prise à l'enquête préliminaire. Essentiellement, les principes directeurs sont énoncés dans le paragraphe suivant de l'arrêt *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, [2001] A.C.S. n^o 53 (QL), 2001 CSC 53 :

La portée de la révision par voie de *certiorari* est très limitée. Même si à certains moments de son histoire, le bref de *certiorari* permettait une révision plus poussée, le *certiorari* d'aujourd'hui « permet dans une large mesure d'obtenir qu'une cour supérieure contrôle la façon dont les tribunaux établis en vertu d'une loi exercent leur compétence; dans ce contexte, il s'agit de "compétence" au sens restreint ou strict » : *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 99. Par conséquent, la révision par voie de *certiorari* n'autorise pas une cour de révision à annuler la décision du tribunal constitué par la loi simplement parce que ce tribunal a commis une erreur de droit ou a tiré une conclusion différente de celle que la cour de révision aurait tirée. Au contraire, le *certiorari* permet la révision « seulement lorsqu'on reproche à ce tribunal d'avoir outrepassé la compétence qui lui a été attribuée par la loi ou d'avoir violé les principes de justice naturelle, ce qui, d'après la jurisprudence, équivaut à un abus de compétence » : *Skogman*, précité, p. 100 (citant l'arrêt *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268) [par. 19].

[8] Comme l'a expliqué la juge McLachlin, juge en chef du Canada, dans l'arrêt *Russell*, « [l]a portée restreinte des moyens de contrôle reflète l'objet limité de l'enquête préliminaire », laquelle a pour objet la vérification préalable et « n'est pas censée fournir une tribune où se plaide le bien-fondé de la preuve recueillie contre l'accusé » (par. 20).

[9] Dans l'arrêt *R. c. Forsythe*, [1980] 2 R.C.S. 268, [1980] A.C.S. n° 66 (QL), la Cour suprême a eu l'occasion d'expliquer que le défaut de compétence initial et la perte de cette compétence initiale constituent une erreur de compétence. Le juge en chef Laskin s'est dit d'avis qu'« il n'y a que fort peu de cas où il peut y avoir perte de compétence pendant une enquête préliminaire » (p. 271). Il a ajouté ceci :

[...] Cependant, un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel*: voir l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [[1977] 1 R.C.S. 597]. Le droit canadien reconnaît qu'un déni de justice naturelle porte atteinte à la compétence: voir l'arrêt *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec*, [[1953] 2 R.C.S. 140]. Dans le cas d'une enquête préliminaire, je ne peux concevoir que cela se produise à moins que l'accusé ne se voie totalement refuser le droit de citer des témoins ou de contre-interroger les témoins de la poursuite. Le simple rejet d'une ou de plusieurs questions en contre-interrogatoire ou d'autres décisions sur la preuve avancée ne constituent pas, à mon avis, une erreur portant atteinte à la compétence. Cependant, le juge ou le magistrat président à l'enquête préliminaire doit obéir aux dispositions relatives à la compétence de l'art. 475 du *Code criminel* [p. 271 et 272].

[10] Les cas où les tribunaux ont conclu à l'erreur de compétence comprennent le refus du juge de paix d'autoriser l'accusé à faire des observations sur une question substantielle, l'omission de faire à l'accusé la mise en garde prescrite au par. 541(2), l'omission de prendre l'ensemble de la preuve en compte comme l'exige l'al. 548(1)b), le fait d'avoir usurpé les fonctions du juge du procès en recourant au critère du doute raisonnable ou en appréciant la crédibilité, en libérant l'accusé alors qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu s'appuyer pour rendre un verdict de culpabilité et le fait d'avoir soupesé des inférences opposées : E.G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd., feuillets mobiles (Aurora (Ont.) : Canada Law Book, 2009), 13:1210, 13:2005 et 26:2090 et les instances qui y sont mentionnées. À ces cas, j'ajouterais l'omission du juge de paix qui présidait l'enquête préliminaire d'autoriser la comparution de témoins à décharge et la

décision erronée d'un juge de paix selon laquelle il n'avait pas compétence pour ordonner la production de certains éléments de preuve : *R. c. Ward* (1976), 31 C.C.C. (2d) 466 (H.C.J. Ont.), [1976] O.J. No. 807 (QL), conf. (1977), 31 C.C.C. (2d) 466n (C.A. Ont.), et *R. c. R. (L.)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 170 (C.A. Ont.), [1995] O.J. No. 1381 (QL).

[11] Bien que les tribunaux aient conclu que ces genres d'erreurs sont des erreurs de compétence, la jurisprudence fait également état d'erreurs qui ne sont pas des erreurs « de compétence ». La principale de ces erreurs est l'erreur de droit. Dans l'arrêt *R. c. Skogman*, [1984] 2 R.C.S. 93, [1984] A.C.S. n° 32 (QL), le juge Estey a souligné ce point :

Soulignons en outre qu'un tel contrôle par voie de *certiorari* ne permet pas à la cour supérieure d'examiner le fonctionnement du tribunal établi en vertu d'une loi afin d'attaquer une décision rendue par ce tribunal dans l'exercice de la compétence qui lui est conférée, pour le motif qu'il a commis une erreur de droit en rendant cette décision ou qu'il est arrivé à une conclusion différente de celle qu'elle aurait pu tirer elle-même [p. 100].

[12] Vingt ans plus tard, dans l'arrêt *Deschamplain*, la Cour suprême a réitéré ce principe, cette fois sous la plume du juge Major qui rendait jugement au nom de la majorité :

[...] Le juge de l'enquête préliminaire a compétence pour mener l'enquête conformément aux règles de preuve. L'erreur dans l'application de ces règles qui ne constitue pas un déni de justice naturelle (lequel touche aussi la compétence : voir les arrêts *Dubois*, précité, p. 377, et *Forsythe*, précité, p. 272) reste une erreur de droit et ne devient pas une erreur de compétence. Les erreurs de droit ne sont pas susceptibles de révision par voie de *certiorari* [par. 17].

[13] Même lorsque l'on conclut à l'erreur de compétence, le *certiorari* est une mesure discrétionnaire qui peut être refusée. On trouve un résumé judicieux du droit en la

matière dans l'arrêt *R. c. Papadopoulos* (2005), 196 O.A.C. 335, [2005] O.J. No. 1121 (QL) :

[TRADUCTION]

La décision de faire droit ou non à une demande de bref de prérogative relève, en fin de compte, d'un pouvoir discrétionnaire qu'exerce la cour supérieure dans le cadre de sa compétence générale et inhérente : *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.* (1922), 37 C.C.C. 129 (C.S.C.); *R. c. Workmen's Compensation Board, Ex parte Kuzyk*, [1968] 2 O.R. 337 (C.A.); et *Re Krawkowski and the Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (C.S.C.). Bien que ce pouvoir discrétionnaire doive être exercé en conformité avec les principes établis, il y a eu des cas où la cour a exercé sa compétence en refusant d'accorder la réparation demandée qu'il y ait eu ou non erreur de compétence – dans le cas, par exemple, où l'on a inutilement tardé à demander le bref ou encore dans celui où le requérant n'a pas agi de bonne foi aux fins de solliciter l'ordonnance en question : voir, par exemple, les arrêts *Young c. Attorney-General of Manitoba, Boxall and Fryer* (1960), 129 C.C.C. 110 (C.A. Man.) et *Krawkowski*, précité. En général, lorsque les motifs juridiques justifiant l'annulation d'un renvoi à procès sont établis, le bref est délivré. Cela est vrai [TRADUCTION] « sauf », comme l'a souligné sir Wilfred Greene, maître des rôles, dans l'arrêt *R. c. Stafford Justices Ex parte Stafford Corp.*, [1940] 2 K.B. 33 à la p.44, [TRADUCTION] « si les circonstances font en sorte que l'on est fondé à refuser le redressement sollicité ».

Nous ne voyons aucune raison de principe pour laquelle, si le pouvoir discrétionnaire peut être exercé aux fins de rejeter une demande de bref de prérogative malgré la présence d'une erreur de compétence dans certaines circonstances – comme celles mentionnées ci-dessus – il ne pourrait pas être exercé de la même manière, si les circonstances le justifient, lorsque le requérant n'a subi aucun préjudice et ce, qu'un déni de justice naturelle ait ou non donné lieu à une erreur de compétence, parce que le renvoi à procès aurait par ailleurs été inévitable [...] [par. 20 et 21].

III. Les faits

[14] En juin 2007, un juge de paix a tenu une enquête préliminaire relativement à des accusations selon lesquelles un certain nombre de personnes, dont MM. LeBlanc, Gallant et Steeves, avaient comploté en vue de faire le trafic de substances désignées. MM. LeBlanc et Gallant étaient représentés par des avocats, mais M. Steeves ne l'était pas. Avant que l'audience ne commence, le juge de paix a été informé que bien qu'il y ait eu divulgation complète de la part du poursuivant, l'avocat de M. Gallant ne s'était pas conformé à l'art. 536.3 du *Code criminel* du fait qu'il n'avait pas fourni au tribunal et au poursuivant une déclaration énonçant les points sur lesquels il voulait que des témoignages soient présentés et le nom des témoins qu'il voulait voir appelés à l'enquête préliminaire. Le juge de paix a également été informé que M. Steeves n'avait pas, lui non plus, énoncé ces points ni désigné des témoins. À la demande du poursuivant, le juge de paix a tenu une audience de préparation à l'enquête afin d'essayer d'aider les parties à cerner les points qui devaient faire l'objet de témoignages dans le cadre de l'enquête et à désigner les personnes qui devaient être appelées à témoigner. Le juge de paix a été informé du fait que la preuve du poursuivant était en grande partie constituée de conversations téléphoniques enregistrées. L'avocat de M. Gallant a insisté sur le fait que son client voulait [TRADUCTION] « voir les preuves du ministère public qui [étaient] suffisantes pour qu'il subisse – pour qu'il soit renvoyé pour subir son procès ». Il ne voulait pas mentionner un point ou désigner des témoins en particulier pour le motif que c'était au poursuivant qu'il appartenait de déterminer combien de témoignages ou d'éléments de preuve il faudrait présenter pour que l'accusé soit renvoyé pour subir son procès. De même, M. Steeves a informé le tribunal qu'il voulait [TRADUCTION] « entendre tous les témoins qui devaient témoigner pour le ministère public afin d'établir que la preuve [était] suffisante pour que le tribunal [l]e renvoie pour [qu'il] subisse [s]on procès ». Finalement, M. Steeves a informé le tribunal qu'il avait désigné les personnes qu'il voulait voir appelées à témoigner et a remis une liste énonçant les noms de quelque dix-sept témoins. Étant donné ces positions, le poursuivant a avisé le juge de son intention de recourir au par. 540(7) et de produire des renseignements par ailleurs inadmissibles mais que le juge de paix pourrait considérer plausibles et dignes de foi.

Pendant l'enquête préliminaire, le poursuivant a déposé les transcriptions de communications privées qui avaient été interceptées. Il n'a pas, toutefois, prouvé que le préavis prescrit au par. 189(5) avait été donné. Bien que des avis d'intention préparés dans le but déclaré d'assurer la conformité avec le par. 189(5) aient été admis en preuve, il n'y avait aucune preuve établissant qu'ils avaient effectivement été signifiés aux accusés.

[15] Une fois les dépositions consignées, le juge de paix a fait aux prévenus la mise en garde suivante énoncée au par. 541(2):

Désirez-vous dire quelque chose en réponse à ces accusations ou à toute autre accusation qui pourrait découler des faits mis en preuve par le poursuivant? Vous n'êtes pas obligés de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz peut servir de preuve contre vous lors du procès. Aucune promesse de faveur ni aucune menace à votre endroit ne doit vous inciter à faire un aveu ou à vous reconnaître coupables, mais tout ce que vous direz maintenant pourra servir de preuve contre vous au procès, malgré la promesse ou la menace.

[16] MM. LeBlanc et Gallant, par l'intermédiaire de leurs avocats, ont informé le juge de paix qu'ils ne diraient rien. M. Steeves a répondu qu'il garderait, lui aussi, le silence. À ce moment-là, le juge de paix a demandé aux parties si elles étaient prêtes à présenter leur argumentation. Personne n'a manifesté le désir d'appeler des témoins et le juge de paix n'a pas demandé à M. Steeves, comme l'exige le par. 541(4), s'il désirait en appeler.

[17] À la fin de l'enquête préliminaire, le juge de paix a renvoyé MM. LeBlanc, Gallant et Steeves pour qu'ils subissent leur procès relativement à l'accusation de complot en vue de faire le trafic de cocaïne. Bien que MM. LeBlanc et Gallant aient également été renvoyés à procès pour complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis, M. Steeves n'a pas été renvoyé à procès pour cette accusation.

[18] MM. LeBlanc, Gallant et Steeves ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre une ordonnance de *certiorari* en soulevant le moyen suivant :

[TRADUCTION]

La preuve admissible présentée au juge qui a présidé l'enquête préliminaire n'était pas suffisante pour justifier le renvoi à procès des requérants LeBlanc, Gallant et Steeves en vertu de l'art. 548 du *Code criminel* et en les renvoyant pour qu'ils subissent leur procès, le juge qui a présidé l'enquête préliminaire a commis une erreur de compétence.

[19] L'unique argument invoqué à l'appui de ce moyen était que le juge qui avait présidé l'enquête préliminaire avait commis une erreur en admettant la preuve des communications privées interceptées en l'absence d'une preuve établissant que les préavis requis aux par. 189(5), 540(7) et 540(8) avaient été donnés. On a prétendu que le contenu des communications privées interceptées constituait la seule preuve produite relativement à certains éléments essentiels des infractions imputées et qu'il s'ensuivait que le juge de paix avait commis une erreur de compétence en s'appuyant sur ces éléments de preuve admis à tort.

[20] M. Steeves a également fondé sa demande de *certiorari* sur deux moyens additionnels. Il a prétendu qu'on lui avait [TRADUCTION] « ordonné à tort de fournir une liste de témoins et des points à aborder conformément à l'art. 536.3 » et qu'on ne lui avait pas [TRADUCTION] « demandé [s'il souhaitait] appeler des témoins à l'enquête préliminaire ».

[21] La requête en *certiorari* a été rejetée. Sur la question qui était commune aux trois requérants, savoir l'absence d'une preuve de préavis, le juge saisi de la requête a statué que s'ils s'étaient conformés à l'art. 536.3, les requérants auraient été tenus de soulever la question du préavis prescrit au par. 189(5). Le juge a estimé qu'étant donné qu'ils ne s'étaient pas conformés à l'art. 536.3, il leur était interdit de soulever cette question dans le cadre d'une requête en *certiorari*. Le juge saisi de la requête a ensuite

ajouté que pour le cas où il ferait erreur sur ce point, la question serait tranchée de la façon suivante :

[TRADUCTION]

À la lecture du paragraphe 189(5) du *Code criminel*, on constate clairement qu'il s'agit d'une disposition impérative. Il est également bien établi en droit que l'omission de respecter une disposition impérative du *Code criminel* entraîne la perte de compétence du juge qui préside l'enquête préliminaire. Il faut également se reporter aux commentaires de la juge Beames, dans la décision *Martin*, précitée au par. 28 des présents motifs. Il est également bien établi en droit que le juge qui préside une enquête préliminaire a le droit de faire erreur dans les limites de sa compétence. Par conséquent, il s'agit, à mon sens, de savoir si, parce que le juge qui a présidé l'enquête préliminaire a recouru au par. 540(7) du *Code criminel* aux fins d'admettre les avis et les preuves obtenues par écoute électronique, il y a eu défaut de compétence ou erreur de droit. Mon sentiment est que dans le premier cas, la preuve n'était pas admissible et que dans le deuxième, le juge qui a présidé l'enquête préliminaire n'a pas perdu sa compétence et les requérants ne peuvent demander la révision judiciaire. Voir la décision *Francis*, précitée, par. 14 et 15 et la décision *Kim*, précitée, par. 21.

On trouve une autre exigence en matière de préavis au par. 540(8) du *Code criminel*. Le paragraphe (8) exige un préavis raisonnable et à cet égard, la juge Rutushny a dit, dans la décision *Francis*, précitée, que [TRADUCTION] « le législateur fédéral a donné au juge qui préside l'enquête préliminaire le pouvoir discrétionnaire absolu de fixer la longueur et la nature du préavis en question ». Comme on le souligne aux pages 70 et 71 de la transcription du 4 juin 2007, le juge qui a présidé l'enquête préliminaire a rendu une ordonnance autorisant la procédure visée au par. 540(7). Bien qu'il soit possible que je n'en fusse pas arrivé à la même conclusion en ce qui concerne le bien-fondé de cette façon de procéder ou sa conformité avec l'obligation de donner un préavis énoncée au par. 540(8), je crois que le juge qui a présidé l'enquête préliminaire a tiré une conclusion et rendu une ordonnance qui ressortissaient à la preuve. Cela relève de la compétence du juge qui préside l'enquête préliminaire et je ne puis intervenir.

Les auteurs de l'ouvrage mentionné au par. 21 des présents motifs sont d'avis que bien que le par. 189(5) soit impératif, les exigences minimales auxquelles il faut satisfaire pour remplir les conditions énoncées ne sont pas élevées. Les tribunaux ont adopté une position semblable dans les décisions *Martin* et *Kim*, précitées, et par conséquent, je suis d'avis que le juge qui a présidé l'enquête préliminaire n'a pas commis d'erreur de compétence lorsqu'il a admis les préavis requis en vertu du par. 189(5). Son erreur, si tant est qu'il ait commis une erreur, a consisté dans la preuve qu'il a utilisée, savoir les préavis eux-mêmes, les nombreuses déclarations des avocats et de M. Steeves lors des procédures initiales et l'omission des requérants de soulever la question de la signification des préavis. Bien que je sois peut-être d'avis que la preuve n'est pas suffisante ou qu'il a eu tort de penser que le par. 540(7) est suffisant pour écarter ces problèmes en matière de preuve, je ne crois pas que ces erreurs portent atteinte à sa compétence. Par conséquent, la révision judiciaire ou les ordonnances de *certiorari* ne peuvent être accordées et la décision de renvoyer les requérants pour qu'ils subissent leur procès ne sera pas annulée en raison de l'admission de la preuve obtenue par écoute électronique [par. 38 à 40].

[22] En ce qui concerne les questions se rapportant seulement à M. Steeves, le juge saisi de la requête a commencé par examiner le libellé de l'art. 536.3 et a estimé que bien que ce libellé [TRADUCTION] « sembl[ât] exclure l'accusé qui se représentait lui-même », en raison de la précision voulant que ce soit « l'avocat [du prévenu] » qui doive fournir la déclaration en question, la disposition s'applique néanmoins au prévenu qui se représente lui-même. En rejetant ce moyen, le juge a souligné en passant que M. Steeves avait volontairement produit la liste des témoins. En ce qui concerne le deuxième moyen invoqué seulement par M. Steeves, le juge saisi de la requête a reconnu que le juge qui avait tenu l'enquête préliminaire ne s'était pas conformé au par. 541(4), mais a statué que [TRADUCTION] « c'était là une erreur de procédure qui n'a pas eu d'incidence sur sa compétence ».

IV. Les questions soulevées en appel

[23] Messieurs LeBlanc, Gallant et Steeves invoquent le droit d'appel énoncé au par. 784(1) et interjettent appel du refus du juge de rendre une ordonnance de *certiorari*. Les questions à trancher sont ainsi formulées dans les avis d'appel :

[TRADUCTION]

- a) [Le juge saisi de la requête] a commis une erreur en ne concluant pas que le juge de paix qui a présidé l'enquête préliminaire a perdu ou outrepassé sa compétence en renvoyant les appelants, MM. LeBlanc, Gallant et Steeves, afin qu'ils subissent leur procès en s'appuyant uniquement sur des éléments de preuve inadmissibles et que si ces éléments de preuve inadmissibles avaient été exclus, il n'y aurait eu « aucune preuve » sur laquelle le juge de l'enquête préliminaire aurait pu s'appuyer pour être d'avis que la preuve était suffisante pour renvoyer les appelants, MM. LeBlanc, Gallant et Steeves, pour qu'ils subissent leur procès relativement à l'infraction imputée.
- b) [Le juge saisi de la requête] a commis une erreur dans la façon dont il a interprété les par. 189(5) et 540(7) et (8) du *Code criminel* du Canada.
- c) [Le juge saisi de la requête] a commis une erreur en concluant que bien que le juge qui a présidé l'enquête préliminaire n'ait pas demandé à l'appelant, M. Steeves, s'il désirait appeler des témoins comme le veut le par. 541(4) du *Code criminel* du Canada, cette erreur ne lui a pas fait perdre ou outrepasser sa compétence.
- d) [Le juge saisi de la requête] a commis une erreur en concluant que le juge qui a présidé l'enquête préliminaire n'a pas outrepassé sa compétence en ordonnant au requérant, M. Steeves, de fournir une liste de témoins et des points à aborder conformément à l'art. 536.3 du *Code criminel* du Canada.

[24] Les moyens a) et b) ont été fusionnés dans les arguments présentés dans les mémoires et ils seront donc considérés comme un seul et même moyen.

V. Analyse

A. *L'erreur qui aurait été commise relativement à l'admission des communications privées interceptées*

[25] La seule question commune aux trois accusés dans leur demande en vue d'obtenir une ordonnance de *certiorari* était celle de savoir si le juge qui a tenu l'enquête préliminaire a commis une erreur de compétence en s'appuyant sur la preuve du contenu d'une communication privée interceptée alors que certaines dispositions prévoyant la remise d'un préavis n'avaient pas été respectées. Plus précisément, MM. LeBlanc, Gallant et Steeves ont prétendu que le poursuivant n'avait pas prouvé qu'il s'était conformé au par. 189(5) et que le préavis qu'il devait donner conformément au par. 540(8) avait lui aussi été insuffisant. Ils ont prétendu que le contenu des conversations privées était le seul élément de preuve susceptible de fonder leur renvoi à procès. Bien qu'ils aient reconnu qu'une erreur dans l'admission de la preuve n'entraîne pas nécessairement une perte de compétence, ils ont prétendu qu'un tribunal perd sa compétence lorsque, par suite de l'exclusion de la preuve admise, il n'y a [TRADUCTION] « aucune preuve » sur laquelle fonder le renvoi à procès.

[26] Il importe de souligner que le procureur général ne souscrit pas à la prétention voulant que le préavis prévu au par. 189(5) n'ait pas été donné. Malgré l'absence d'une preuve officielle de la signification des préavis, le procureur général prétend qu'il était loisible au juge saisi de la requête de conclure que le préavis requis avait été donné pendant que le poursuivant s'acquittait de ses obligations en matière de divulgation. Comme nous le verrons plus loin, le règlement de ce différend factuel n'est pas pertinent.

[27] Pour en faciliter la consultation, voici les par. 189(5) et 540(8) :

189(5) The contents of a private communication that is obtained from an interception of the private communication pursuant to any provision of, or pursuant to an authorization given under, this Part shall

189(5) Le contenu d'une communication privée obtenue au moyen d'une interception exécutée conformément à la présente partie ou à une autorisation accordée sous son régime ne peut être admis en preuve que

not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of the intention together with

(a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting out full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and

(b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

[...]

540(8) Unless the justice orders otherwise, no information may be received as evidence under subsection (7) unless the party has given to each of the other parties reasonable notice of his or her intention to tender it, together with a copy of the statement, if any, referred to in that subsection.

si la partie qui a l'intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné :

a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix;

b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

[...]

540(8) À moins que le juge de paix n'en ordonne autrement, les renseignements ne peuvent être admis en preuve que si la partie a remis aux autres parties un préavis raisonnable de son intention de les présenter. Dans le cas d'une déclaration, elle accompagne le préavis d'une copie de celle-ci.

[28]

En rejetant la requête en *certiorari*, le juge qui en était saisi a statué que les accusés ne pouvaient soulever ce moyen parce qu'ils ne s'étaient pas conformés à l'art. 536.3. Selon le juge, la déclaration sur les points à aborder et les témoins que l'avocat de M. LeBlanc avait fournie n'était pas suffisante parce que celui-ci n'avait pas également accepté [TRADUCTION] « d'être renvoyé pour subir son procès à la suite de la présentation des témoignages demandés » (par. 35). Le juge saisi de la requête a également déterminé que M. Steeves, bien que non représenté, avait lui aussi l'obligation de fournir une déclaration énonçant les points qu'il voulait voir abordés et les témoins qu'il voulait voir appelés à l'enquête préliminaire. Il a conclu que si les trois accusés s'étaient conformés à l'art. 536.3 et avaient énoncé tous les points sur lesquels ils voulaient que des témoignages soient présentés dans le cadre de l'enquête préliminaire, ils auraient dû mentionner la question du préavis requis en vertu du par. 189(5).

[29] En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec le juge saisi de la requête sur ce point. J'estime que bien que l'intention du législateur, au moment où il a édicté l'art. 536.3, ait fort bien pu consister à, comme l'a souligné le juge saisi de la requête, [TRADUCTION] « simplifier les procédures précédant l'enquête préliminaire afin de les rendre plus précises et plus efficaces » (par. 26, où il cite l'arrêt *R. c. Francis* (2005), 202 C.C.C. (3d) 147 (C. sup. Ont.), [2005] O.J. No. 2864 (QL)), le libellé de l'art. 536.3 n'interdit pas à l'accusé de déclarer que tous les points pertinents sont des points en litige à l'enquête préliminaire. Je ne souscris pas non plus à la décision du juge voulant que l'obligation qui incombe à l'avocat du prévenu s'applique également au prévenu qui n'est pas représenté.

[30] Je marque ici une pause afin de souligner une différence fondamentale entre les versions anglaise et française de l'art. 536.3. Ces deux versions sont ainsi rédigées :

536.3 If a request for a preliminary inquiry is made, the prosecutor or, if the request was made by the accused, counsel for the accused shall, within the period fixed by rules of court made under section 482 or 482.1 or, if there are no such rules, by the justice, provide the court and the other party with a statement that identifies

(a) the issues on which the requesting party wants evidence to be given at the inquiry; and

(b) the witnesses that the requesting party wants to hear at the inquiry.

536.3 En cas de demande d'enquête préliminaire, le poursuivant ou, si la demande a été faite par le prévenu, l'avocat de ce dernier doit, dans le délai prévu par les règles établies en vertu des articles 482 ou 482.1, ou, en l'absence de règles, dans le délai fixé par le juge de paix, fournir au tribunal et à l'autre partie une déclaration énonçant :

a) les points sur lesquels la partie faisant la demande veut présenter des témoignages dans le cadre de l'enquête;

b) le nom des témoins que la partie faisant la demande veut faire entendre à l'enquête.

[31] Il semble n'y avoir aucune ambiguïté dans ce qu'exige la version française de l'art. 536.3. Si le poursuivant demande la tenue d'une enquête préliminaire, il doit fournir au tribunal et au prévenu une déclaration énonçant (1) les points sur lesquels le poursuivant veut présenter des témoignages dans le cadre de l'enquête, et (2) le nom des témoins que le poursuivant veut faire entendre à l'enquête. Par ailleurs, si c'est le prévenu

qui demande la tenue d'une enquête préliminaire, l'avocat de ce dernier doit fournir au tribunal et au poursuivant une déclaration énonçant (1) les points sur lesquels le prévenu veut présenter des témoignages dans le cadre de l'enquête, et (2) le nom des témoins que le prévenu veut faire entendre à l'enquête. Cela contraste vivement avec la version anglaise du même article qui se prête parfaitement à l'interprétation communément retenue, savoir que si c'est le prévenu qui demande la tenue d'une enquête préliminaire, le prévenu énonce les points sur lesquels il veut que le poursuivant présente des témoignages et le nom des témoins qu'il veut que le poursuivant appelle à témoigner.

[32] Lors de l'audition du présent appel, la Cour a souligné la divergence entre ces deux versions de la disposition en cause qui ont également force de loi. Aucun des avocats n'avait remarqué cette différence frappante entre les deux versions de sorte qu'aucun d'entre eux n'a présenté un argument convaincant en ce qui concerne la version qui devrait l'emporter. Les avocats ont tous fait valoir que l'interprétation communément acceptée, laquelle est fondée sur la version anglaise, reflète la véritable intention du législateur. À l'évidence, le juge qui a présidé l'enquête préliminaire et le juge saisi de la requête ont eux aussi tenu pour acquis que cette interprétation était la bonne. Étant donné la position des parties et tout particulièrement parce que cela n'a aucune incidence sur l'issue du présent appel, je retiendrai cette interprétation aux fins de trancher l'appel. Parce qu'on ne nous a présenté aucun argument pertinent, je m'abstiendrai d'entreprendre l'analyse qui est exposée dans l'arrêt *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, [2004] A.C.S. n°7 (QL), 2004 CSC 6, par. 26 à 31, pour ce qui concerne l'interprétation des lois bilingues.

[33] Pour déterminer si c'est à bon droit que le juge saisi de la requête a rejeté la requête en *certiorari*, pour les motifs qu'il a invoqués, nous devons trancher les deux questions suivantes : (1) l'avocat du prévenu est-il tenu, en vertu de l'art. 536.3, d'énoncer des questions de preuve précises, et (2) l'obligation qui est imposée à l'art. 536.3 s'applique-t-elle au prévenu qui n'est pas représenté? À mon avis, la réponse à ces deux questions est non.

[34] L'article 536.3 a été adopté dans le cadre de réformes visant à moderniser le processus d'enquête préliminaire. Il est considéré comme un compromis entre la position de certains groupes d'intérêts qui préconisaient l'abolition de l'enquête préliminaire et celle d'autres personnes qui s'opposaient à tout changement. Dans l'arrêt *R. c. P.M.*, [2007] R.J.Q. 537, [2007] J.Q. n° 2195 (QL), 2007 QCCA 414, autorisation de pourvoi refusée [2007] S.C.C.A n° 287 (QL), la Cour d'appel du Québec a eu l'occasion d'examiner la question de l'intention qui est à l'origine des réformes que le législateur a apportées. Le juge d'appel Rochette a donné les explications suivantes :

Le prédécesseur du projet de loi C-15A a été déposé le 14 mars 2001 à la Chambre des Communes. Il entendait notamment réformer et moderniser la procédure criminelle, en particulier les aspects procéduraux de l'enquête préliminaire, et prévoyait que : en cas de demande d'enquête préliminaire, le poursuivant ou le prévenu (s'il a fait la demande d'enquête) doit fournir au tribunal et à l'autre partie une déclaration énonçant les points sur lesquels il entend présenter des témoignages et le nom des témoins; le juge de paix peut ordonner la tenue d'une audience en vue d'aider les parties à cerner les points faisant l'objet de témoignages, à désigner les personnes qui seront appelées à témoigner, à examiner toute question qui favoriserait une enquête rapide et équitable; le poursuivant et le prévenu peuvent, d'un commun accord, limiter l'enquête préliminaire à des questions données.

Le projet de loi accordait, par ailleurs, des pouvoirs additionnels au juge de paix présidant une enquête préliminaire pour faire cesser une partie d'un interrogatoire ou d'un contre-interrogatoire abusive, trop répétitive ou contre-indiquée. Il modifiait enfin l'article 540 *C.cr.* sur la manière de recueillir les témoignages.

Au sujet de l'enquête préliminaire, le secrétaire parlementaire de la ministre de la Justice déclarait à la Chambre des Communes, lors de l'étude du projet de loi C-36 :

Les amendements relatifs à la réforme de la procédure pénale compris dans le projet de loi C-36 maintiendraient le droit inconditionnel à une enquête préliminaire sur demande, tout en modifiant certains

aspects procéduraux de l'enquête. On créerait par exemple une nouvelle enquête préliminaire initiale pour le juge et les deux parties dans le but de tenter de déterminer ensemble la portée de l'enquête et on modifierait le Code criminel pour que le juge empêche l'interrogatoire peu approprié des témoins au moment de l'enquête préliminaire. [Notre soulignement.]

Devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des Communes, la ministre de la Justice ajoutait, un an plus tard :

S'agissant des enquêtes préliminaires, c'est un des volets. Je pense que les provinces et les territoires aimeraient que nous envisagions une réforme plus radicale dans le cas des enquêtes préliminaires. Vous avez dit, avec raison, que le barreau avait de graves réserves, et nous allons donc continuer à travailler sur ce dossier. En fait, ce que nous faisons ici, c'est une simplification du recours à l'enquête préliminaire. [Notre soulignement.]

Ainsi, une réforme radicale de l'enquête préliminaire est exclue par la ministre de la Justice qui privilégie, pour l'heure, une simplification du recours dans le contexte d'une protection accrue des témoins. La position du gouvernement fédéral à ce propos est véhiculée de la même façon par la Direction de la recherche parlementaire qui note, dans un résumé législatif préparé en octobre 2001 :

Pour réduire les délais de procédure et la mesure dans laquelle les plaignants (surtout dans les affaires d'agression sexuelle) sont interrogés et contre-interrogés, les gouvernements provinciaux et fédéral ont envisagé des moyens de réduire le nombre et la durée des enquêtes préliminaires, y compris en les abolissant complètement. Il semble cependant pour l'instant que le gouvernement fédéral préfère restreindre la portée de ces enquêtes et réduire leur nombre. Les propositions contenues dans le projet de loi C-15A reflètent cette perspective. [...]

L'article 29 du projet de loi permet au juge chargé d'une enquête préliminaire de recevoir des preuves par ailleurs irrecevables qu'il estime plausibles et

dignes de foi, par exemple la déclaration enregistrée d'un témoin, pourvu que la partie qui produit la preuve ait informé les autres parties suffisamment à l'avance ou que le juge en ait décidé autrement. Dans ce cas, cependant, une partie peut demander au juge de faire comparaître le témoin en question pour interrogatoire ou contre-interrogatoire. [...] [Notre soulignement.]

Devant le Sénat, le sénateur parrainant le projet de loi ajoutait, dans le même esprit :

Les modifications proposées dans le projet de loi C-15A, au titre de la réforme de la procédure pénale, maintiennent le droit inconditionnel à une enquête préliminaire sur demande, dans les cas d'actes criminels. Toutefois, ces modifications touchent l'aspect procédural des enquêtes [...]. [Notre soulignement.]

[Par. 68 à 73, notes de bas de page omises, soulignement ajouté par le juge Rochette.]

[35] Dans l'arrêt *P.M.*, la Cour d'appel du Québec a souligné que le projet de loi C-15A « maintient le droit à l'enquête préliminaire » (par. 75) et a conclu que les réformes n'avaient pas diminué le « rôle exploratoire » accessoire ou le « rôle [...] de communication de la preuve » de l'enquête préliminaire. Je souscris à ces observations. Dans l'arrêt *Skogman*, la Cour suprême a dit que l'objet d'une enquête préliminaire est « d'empêcher l'accusé de subir un procès public inutile, voire abusif, lorsque la poursuite ne possède aucun élément de preuve justifiant la continuation de l'instance » (p. 105) et a ajouté que « [d]e plus, l'enquête préliminaire a évolué au Canada de manière à fournir à l'accusé [...] la possibilité de découvrir et d'apprécier la nature de la preuve qui sera déposée contre lui à son procès » (p. 105). Dans *R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, [2004] A.C.S. n° 74 (QL), 2004 CSC 77, arrêt connexe à l'arrêt *Deschamplain*, le juge Major a souligné que « [l]'enquête préliminaire a pour objet d'assurer l'existence d'éléments de preuve suffisants pour renvoyer l'accusé à son procès » et qu'il « s'agit donc d'une procédure de vérification préalable au procès », ajoutant que cette procédure « permet également à l'accusé de prendre connaissance de la preuve qui pèse contre lui » (par. 14).

Je ne vois rien dans le projet de loi C-15A qui a modifié ce double objet de l'enquête préliminaire.

[36] Il faut convenir que les réformes apportées par le projet de loi C-15A, tout particulièrement les art. 536.3, 536.4 and 536.5, avaient pour objet de rationaliser ou de simplifier l'enquête préliminaire en obligeant les parties à se concentrer sur les points réellement litigieux d'une affaire. Si la véritable question en litige dans une instance est, par exemple, l'identification, le prévenu pourrait, par l'intermédiaire de son avocat, fournir au tribunal et au poursuivant une déclaration précisant que ce point est le seul sur lequel il veut que des témoignages soient présentés dans le cadre de l'enquête et le nom des témoins que le prévenu veut voir appelés à témoigner (art. 536.3). Dans ce cas, les avocats accepteraient probablement, sous le régime de l'art. 536.5, de limiter la portée de l'enquête à la seule question de l'identification et ils déposeraient un consentement à cet égard devant le tribunal. Le juge qui préside l'enquête n'aurait donc qu'à déterminer s'il existe, sur la question de l'identification, des éléments de preuve qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

[37] Bien que l'article 536.3 soit impératif et oblige l'avocat de la partie qui fait la demande à fournir une déclaration au tribunal et à l'autre partie, il n'oblige pas l'avocat qui fait la demande à limiter le nombre des points sur lesquels il veut que des témoignages soient présentés. Il n'y a donc rien dans le libellé de cet article qui empêche l'avocat du prévenu d'énoncer tous les points pertinents pour une instance en particulier. Si cela se produit, l'art. 536.4 pourrait s'appliquer et le juge qui préside l'enquête pourrait tenir une audience de préparation à l'enquête afin d'essayer d'aider les parties à cerner les points pertinents et à désigner les personnes qui seront appelées à témoigner sur ces points. Toutefois, il n'y a rien dans les réformes apportées par le projet de loi C-15A qui modifie la fonction juridictionnelle qui incombe en dernier lieu au juge qui préside l'enquête préliminaire de décider si la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès ou si, dans l'ensemble des circonstances, il y a lieu de libérer l'accusé. Cela suppose une évaluation de toutes les questions en jeu dans une poursuite précise ou encore, en d'autres termes, cela signifie qu'en l'absence d'un consentement

prévoyant le contraire, il doit y avoir des éléments de preuve à l'appui de chaque élément de l'infraction ou des infractions imputées.

[38] En l'espèce, l'avocat de M. LeBlanc a énoncé un point sur lequel son client voulait que des témoignages soient présentés dans le cadre de l'enquête et le nom du témoin dont il voulait entendre le témoignage. Il n'est pas allé plus loin, toutefois, et n'a pas dit qu'il consentait à ce que l'enquête soit limitée à ce seul point. Par conséquent, on pourrait prétendre que tous les points étaient toujours en jeu, en ce sens que le poursuivant devait établir qu'il existait, sur chacun des éléments essentiels des infractions, des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner des déclarations de culpabilité. L'avocat de M. Gallant ne s'est pas conformé à l'art. 536.3 puisqu'il n'a pas fourni la déclaration voulue au tribunal et au poursuivant. Lorsqu'on l'a interrogé à ce sujet lors d'une audience de préparation à l'enquête, il a dit effectivement que tous les points étaient en jeu et qu'il ne fournirait pas de liste des témoins. Quant à M. Steeves, il n'était pas représenté par un avocat, mais il a finalement fourni une liste énonçant les noms de dix-sept témoins dont il voulait entendre le témoignage à l'enquête.

[39] Bien que les réformes apportées par le projet de loi C-15A encouragent les parties à coopérer afin de définir les points en litige et simplifient le processus en autorisant le juge de paix à recevoir des éléments de preuve qu'il considère plausibles et dignes de foi mais qui auraient par ailleurs été inadmissibles, elles n'ont pas modifié l'objet de l'enquête préliminaire et il n'y a rien dans ce projet de loi qui empêche le prévenu d'exiger que toutes les questions pertinentes soient examinées. De plus, sous réserve du par. 540(7), l'application des règles de preuve à l'enquête préliminaire n'a pas été abrogée ou modifiée. Par conséquent, lorsque le prévenu exige un témoignage sur un point précis ou sur tous les points pertinents pour les fins de l'accusation, il s'ensuit que toutes les règles de preuve pertinentes s'appliquent également, sauf si des renseignements sont admis en preuve en vertu du par. 540(7). À mon sens, l'art. 536.3 n'exige pas la mention précise des questions de preuve susceptibles de se faire jour au moment de la présentation de la preuve sur un élément essentiel de l'infraction. Je ne puis croire que

c'est là l'intention du législateur. Les questions de preuve ne sont pas toujours immédiatement apparentes et, dans certains cas, elles ne sont pas faciles à préciser avant que l'on ne commence à entendre les témoignages.

[40] En résumé, je suis d'avis que bien que l'avocat de M. Gallant n'ait pas observé les dispositions impératives de l'art. 536.3 du fait qu'il n'a pas énoncé les points sur lesquels son client voulait que des témoignages soient présentés ni les noms des témoins dont il voulait entendre le témoignage, il était néanmoins en droit de déclarer lors de l'audience de préparation à l'enquête que tous les points pertinents pour les fins de l'enquête étaient en jeu. Il n'y a rien dans les art. 536.3, 536.4 ou 536.5 qui interdit au prévenu d'exiger que des témoignages soient présentés sur tous les points en litige. Si le prévenu est en droit d'insister pour que cela soit fait, il s'ensuit qu'il ne lui est pas interdit de solliciter une ordonnance de *certiorari* si le juge commet une erreur de compétence dans le cadre du processus en question. Par conséquent, je ne souscris pas au principal motif pour lequel le juge saisi de la requête a rejeté ce moyen.

[41] Je ne souscris pas non plus à la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle l'art. 536.3 s'appliquait au prévenu non représenté, M. Steeves. Les réformes apportées par le projet de loi C-15A reconnaissent la différence entre les prévenus qui sont représentés par un avocat et ceux qui ne le sont pas. L'article 536.3 impose expressément l'obligation d'énoncer les points et de désigner les témoins à l'avocat du prévenu, pas au prévenu qui n'est pas représenté. La raison de cette distinction est évidente : les prévenus non représentés n'ont pas, lorsqu'il s'agit d'énoncer les points pertinents et de désigner des témoins, le même avantage que les prévenus qui bénéficient des conseils d'un avocat. Les réformes apportées imposent également au juge qui préside l'enquête préliminaire des obligations, pour ce qui concerne le prévenu non représenté, qui ne sont pas applicables lorsque le prévenu est représenté. Ainsi, comme nous le verrons plus loin, l'art. 541 impose des obligations additionnelles au juge seulement en ce qui concerne l'accusé non représenté. Je suis respectueusement d'avis qu'il est donc clair que l'obligation qui est imposée, à l'art. 536.3, à « l'avocat [du prévenu] » l'a été d'une façon délibérée. L'intention du législateur était de simplifier le processus. Si le prévenu

est représenté, la simplification commence par l'obligation qui est faite à l'avocat du prévenu d'énoncer les points à aborder et de désigner les témoins. Si le prévenu n'est pas représenté, elle commence par l'audience de préparation à l'enquête, laquelle peut être tenue que le prévenu soit représenté ou non.

[42] Bien que je ne souscrive pas aux principaux motifs pour lesquels le juge a rejeté ce moyen invoqué à l'appui de la requête en *certiorari*, il ne s'ensuit pas que je croie qu'il a commis une erreur dans la façon dont il a finalement tranché la question. J'estime que c'est à bon droit qu'il a également rejeté ce moyen pour le motif subsidiaire que le juge de paix n'avait pas commis d'erreur de compétence.

[43] Les appelants reconnaissent que les erreurs de droit ne constituent pas des erreurs de compétence et qu'une erreur commise relativement à l'application des règles de preuve est une erreur de droit. Ils insistent, toutefois, pour soutenir qu'un tribunal perdrait sa compétence lorsque l'exclusion de la preuve admise sous le coup d'une erreur de droit ferait en sorte qu'il n'y aurait [TRADUCTION] « aucune preuve » sur un élément essentiel de l'infraction reprochée. Ils prétendent donc que si le contenu des communications privées qui ont été interceptées avait été exclu, il n'y aurait eu aucune preuve sur des éléments essentiels des infractions imputées et le juge de paix qui a présidé l'enquête préliminaire les aurait libérés. Ils invoquent, à l'appui de leur proposition, la décision *R. c. Blizzard (W.A.) et al.* (2004), 284 R.N.-B. (2^e) 131, [2004] A.N.-B. n^o 529 (QL), 2005 NBBR 67, dans laquelle le juge Glennie, s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Wilson* (1995), 139 N.S.R. (2d) 61 (C.A.), [1995] N.S.J. No. 109 (QL), a dit : [TRADUCTION] « [U]n tribunal perd sa compétence lorsque l'exclusion de [...] certains éléments de preuve aurait fait en sorte qu'il n'y avait « aucune preuve » susceptible de permettre au juge de paix de former l'opinion que la preuve était suffisante pour que l'accusé subisse son procès ». Toutefois, une analyse détaillée de l'arrêt *Wilson*, vient nuancer cette proposition.

[44] Dans l'affaire *Wilson*, l'accusé [TRADUCTION] « avait été renvoyé pour subir son procès relativement à trois chefs d'exploitation sexuelle d'un garçon de neuf

ans sur la seule foi du témoignage de l'enfant qui pouvait communiquer les faits dans son témoignage mais ne comprenait pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'avait pas promis de dire la vérité comme l'exigeait le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* » (par. 1). Le juge d'appel Freeman, qui s'exprimait au nom de la majorité, est parti du principe énoncé dans l'arrêt *Skogman* selon lequel « [...] "l'absence d'éléments de preuve" concernant un élément essentiel de l'accusation portée contre l'accusé ne peut équivaloir à une "preuve suffisante" [...] » pour prononcer le renvoi à procès (par. 4). Il a souligné qu'aux termes du par. 540(1), le juge de paix qui tient l'enquête préliminaire doit recueillir les dépositions sous serment, selon l'interprétation que doit recevoir cette expression en vertu des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, et a statué que l'omission de recueillir la déposition sous serment constituait une erreur de compétence parce qu'il y avait eu non-conformité avec une disposition impérative du *Code criminel*. En parvenant à cette conclusion, le juge Freeman a reconnu que [TRADUCTION] « [l]es décisions concernant l'admissibilité de la déposition d'un témoin habile, si erronées soient-elles, ne privent pas le juge de sa compétence » (par. 6) et il a invoqué, à l'appui de cet énoncé, les arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Québec (procureur général) c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305, [1979] A.C.S. n° 50 (QL), *Forsythe et Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, [1986] A.C.S. n° 21 (QL). L'élément fondamental de la décision de la majorité dans l'arrêt *Wilson* est le fait que les dispositions du *Code criminel* régissant l'enquête préliminaire exigeaient que la déposition soit recueillie sous serment (selon le sens qu'il fallait donner à cette expression conformément à la *Loi sur la preuve au Canada*). L'erreur de compétence résidait dans l'omission du juge de paix de respecter cette disposition impérative qui régissait l'enquête préliminaire. Parce que le témoignage n'avait pas été recueilli en conformité avec la *Loi sur la preuve au Canada*, [TRADUCTION] « le tribunal n'en [était] pas saisi » (para. 21), de sorte qu'il n'y avait aucune preuve sur un élément essentiel de l'accusation et qu'il ne pouvait y avoir renvoi à procès. En tirant cette conclusion, les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse qui ont rendu le jugement majoritaire ont refusé de suivre la décision *R. c. Gray* (1991), 6 O.R. (3d) 73 (Div. gén.), [1991] O.J. No. 2013 (QL), où, dans une situation un peu semblable, le juge Watt (tel était alors son titre) a statué que la décision d'autoriser la

plaignante à témoigner était une décision sur l'admissibilité de la preuve et que les décisions de cette nature, [TRADUCTION] « même si elles sont erronées, ne portent pas atteinte à la compétence » (p. 86). Il s'est ainsi expliqué :

[TRADUCTION]

Le juge qui préside l'enquête préliminaire a l'obligation de décider si les éléments de preuve dont on propose l'admission sont recevables. Autrement dit, le juge qui préside l'enquête a le pouvoir ou la compétence de trancher ces questions. Bien que l'on puisse dire, sans crainte de se tromper, qu'une violation de la *Charte* ne peut être invoquée comme motif justifiant l'exclusion d'un élément de preuve à l'enquête préliminaire, et en outre qu'à des fins de « communication préalable » ou de « divulgation », le juge de paix peut recevoir à l'enquête bien des éléments qu'une application stricte des règles de preuve écarterait, il est indéniable qu'il relève de la compétence du juge qui préside l'enquête de trancher les questions d'admissibilité et donc de déterminer si un témoignage est recevable. Le fait que l'objection à l'admission du témoignage soit fondée sur une allégation d'incompétence du témoin, la violation d'un des préceptes d'exclusion reconnus en droit de la preuve ou la non-conformité avec une disposition législative régissant la réception des témoignages n'a aucune incidence sur la compétence.

Il a été statué d'autorité que les décisions concernant l'admissibilité d'un élément de preuve à l'enquête préliminaire, même erronées, ne portent pas atteinte à la compétence. La règle a été succinctement énoncée dans l'arrêt *Québec (procureur général) c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305, 46 C.C.C. (2d) 473, où le juge Pigeon, qui rendait la décision de la Cour, a dit ce qui suit, à la p. 310 R.C.S., p. 477 (C.C.C.) :

Il y a à mon avis des raisons impérieuses de ne pas déroger à la règle selon laquelle il n'y a lieu à *certiorari* contre le magistrat qui tient une enquête préliminaire qu'au seul cas de défaut de compétence; une décision, même erronée, sur l'admissibilité d'une preuve ne porte pas atteinte à la compétence. Vu cette conclusion, je n'estime pas opportun d'exprimer une opinion sur le bien-fondé de l'objection accueillie par le magistrat.

Voir aussi les arrêts *Duhamel c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 555, 15 C.C.C. (3d) 491; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, 41 C.R. (3d) 1; *Forsythe c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 268, 53 C.C.C. (2d) 225; et *Patterson c. R.*, [1970] R.C.S. 409, 2 C.C.C. (2d) 227. Il me semble n'y avoir aucune raison de principe pour laquelle une décision concernant la façon dont un témoin de moins de quatorze ans doit témoigner, à supposer qu'il témoigne, devrait mettre en cause la compétence alors que d'autres décisions « sur l'admissibilité d'une preuve », y compris une décision sur ce qui peut être dit ou sur la façon dont un témoin peut être contre-interrogé, n'ont aucune incidence de cette nature [p. 85 et 86].

[45] Dans l'arrêt *Wilson*, le juge d'appel Chipman était dissident. Bien qu'il reconnût que le juge de paix qui avait tenu l'enquête préliminaire avait commis une erreur en ne se conformant pas à la *Loi sur la preuve au Canada*, il a conclu que cette erreur [TRADUCTION] « ressorti[ssait] à la procédure d'admissibilité » (par. 37). Pour en arriver à cette conclusion, il s'est appuyé sur l'énoncé cité ci-dessus qui est fait dans l'arrêt *Québec (procureur général) c. Cohen*, et sur un autre énoncé que l'on trouve dans l'arrêt *Forsythe*, où la Cour suprême a déclaré que des décisions sur la preuve avancée ne constituent pas une erreur portant atteinte à la compétence et a expressément confirmé qu'« une décision, même erronée, sur l'admissibilité d'une preuve, ne porte pas atteinte à la compétence » (par. 44). Il s'est également appuyé sur l'arrêt *R. c. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (C.A.C.-B.), [1975] B.C.J. No. 121 (QL), dans lequel la Cour a statué que le *certiorari* n'était pas applicable lorsqu'un juge déclarait admissible la confession d'un accusé pour le motif qu'elle était [TRADUCTION] « probablement volontaire » par opposition à la nécessité d'en prouver le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. Le juge d'appel Chipman a expressément souscrit aux conclusions qu'avait tirées le juge Watt dans l'arrêt *Gray*.

[46] Je suis respectueusement d'avis que la décision de la majorité dans l'arrêt *Wilson* appuie la proposition suivante : si le juge qui préside l'enquête préliminaire omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel* concernant la tenue de l'enquête préliminaire, par exemple l'obligation de recueillir les dépositions sous

serment, (ou conformément aux dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*), le juge commet une erreur de compétence. À mon sens, la décision de la majorité ne dit rien d'autre et plus précisément, on ne saurait, à mes yeux, s'appuyer sur cette décision pour soumettre au contrôle judiciaire des décisions en matière de preuve prises dans le cadre de l'enquête préliminaire pour le motif que la preuve en question était l'unique preuve sur un élément essentiel de l'accusation.

[47] Je ne suis pas le premier à interpréter de cette façon la décision de la majorité dans l'arrêt *Wilson*. Ainsi, le juge Vertes semble être parvenu à la même conclusion dans la décision *R. c. Nitsiza*, [2001] N.W.T.J. No. 33 (QL), 2001 NWTSC 34, et dans la décision *R. c. Auger*, [2001] N.W.T.J. No. 28 (QL), 2001 NWTSC 30, la juge Schuler en est certainement arrivée à la même conclusion. La juge Schuler, à qui on avait présenté le même argument que celui qui a été avancé en l'espèce, savoir que [TRADUCTION] « lorsque le juge qui préside l'enquête préliminaire commet une erreur en ce qui concerne l'admission d'une preuve qui est la seule preuve contre l'accusé, le renvoi à procès qui en a résulté peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire et être annulé » (par. 19), a dû analyser l'arrêt *Wilson*. Elle a ainsi expliqué la façon dont elle interprétait la décision de la majorité :

[TRADUCTION]

Selon mon interprétation, l'affaire *Wilson* est une instance dans laquelle l'omission de se conformer à une exigence législative a entraîné la perte de compétence du juge qui présidait l'enquête préliminaire. Parce que le témoignage de l'enfant était la seule preuve qui inculpait l'accusé, le renvoi à procès ne pouvait pas être confirmé. Cette affaire ne concernait pas l'admissibilité de la preuve mais plutôt l'habileté même du témoin à rendre témoignage [par. 20].

[48] La juge Schuler a examiné d'autres décisions qui, prétendait-on, appuyaient la proposition voulant que [TRADUCTION] « si une erreur sur l'admissibilité d'un élément de preuve fait en sorte qu'il n'y a "aucune preuve", le juge qui préside l'enquête préliminaire perd sa compétence s'il prononce le renvoi à procès en s'appuyant sur cet élément de preuve » (par. 22). Elle a conclu qu'il n'existait en fait aucun

précédent à l'appui de cette proposition. Je suis d'accord avec elle. À une réserve près, je souscris tout particulièrement à son énoncé selon lequel lorsqu'il s'agit d'une erreur [TRADUCTION] « dans l'application de principes juridiques ou de règles de preuve et qu'il n'y a pas eu défaut de se conformer à une disposition législative, le juge qui préside l'enquête préliminaire agit dans les limites de sa compétence et l'erreur n'entraîne pas la perte de cette compétence même si l'élément de preuve en question est le seul élément de preuve dans l'affaire, comme c'était le cas dans l'affaire *Norgren* » (par. 25). Ma réserve est que ce ne sont pas toutes les omissions de se conformer à une disposition législative qui entraînent nécessairement la perte de compétence. J'estime que lorsqu'il existe, en matière de preuve, des obligations d'origine législative qui sont contradictoires et qui obligent le juge qui préside l'enquête préliminaire à faire preuve de jugement afin de résoudre ce conflit, comme ce fut le cas en l'espèce, le juge agit dans les limites de sa compétence lorsqu'il le résout.

[49] L'examen que j'ai fait de la jurisprudence à laquelle on nous a renvoyés montre que dans les cas où l'omission de se conformer à une disposition législative impérative a fait perdre sa compétence au juge qui présidait l'enquête préliminaire, la disposition en cause était pertinente, sur le plan de la procédure, pour la décision finale du juge. Aucune des instances en question ne se rapportait à une décision en matière de preuve. Dans l'affaire *Wilson*, par exemple, il s'agissait de la disposition qui obligeait le juge qui présidait l'enquête préliminaire à recueillir les dépositions sous serment; dans l'affaire *Doyle*, il s'agissait de l'omission de demander à l'accusé de faire son choix et dans les affaires *Deschamplain* et *Sazant*, il s'agissait de l'omission d'examiner l'ensemble de la preuve comme l'exigeait le par. 548(1). Dans l'arrêt *Forsythe*, le juge en chef Laskin a dit que les décisions sur la preuve avancée « ne constituent pas », à son avis, « une erreur portant atteinte à la compétence ». Il a ajouté : « Cependant, le juge ou le magistrat présidant à l'enquête préliminaire doit obéir aux dispositions relatives à la compétence de l'art. 475 du *Code criminel* » (p. 272), lequel article expose la décision à prendre à l'issue de l'enquête préliminaire. La Cour a souligné la même chose dans l'arrêt *Dubois*, où le juge Estey a dit ceci :

[L]e motif qui sous-tend la restriction que la Cour a imposée aux moyens de contrôle est également valide dans les deux cas. On a dit à de nombreuses reprises que le but d'une enquête préliminaire est simplement de déterminer s'il y a suffisamment de preuve contre l'accusé pour justifier qu'on lui ordonne de subir son procès. Elle n'est pas destinée à déterminer, de manière définitive ou autre, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Par conséquent, il n'est pas approprié pour permettre l'extension des moyens de contrôle destinés à corriger des erreurs de droit commises au cours d'enquêtes préliminaires qui ont trait, par exemple, à l'admission de preuve, à l'interrogatoire de témoins ou à la production de documents. Une enquête préliminaire « n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un » (*Patterson*, précité, le juge Judson à la p. 412; voir également *Cohen*, précité, le juge Pigeon à la p. 309). La remise en question d'erreurs de droit est par conséquent aussi inappropriée dans des procédures visant à annuler une libération qu'elle l'est dans des procédures visant à annuler un renvoi à procès. Toutefois les erreurs qui portent atteinte à la compétence du juge à l'enquête préliminaire sont différentes. Dès le début dans notre droit, les cours supérieures ont exercé leur compétence inhérente pour assurer le respect de la loi par les juridictions inférieures qui doivent s'acquitter de leurs tâches d'une manière complète sans excéder la compétence que leur confère la loi. Telle est la position d'un tribunal d'enquête préliminaire [p. 373 et 374].

[C'est moi qui souligne.]

[50] En l'espèce, le juge qui a présidé l'enquête préliminaire se trouvait devant des dispositions législatives contradictoires concernant l'admission des communications interceptées. D'une part, le par. 189(5) interdisait l'admission de ces éléments de preuve à moins que l'on n'ait satisfait aux conditions énoncées dans cette disposition alors que le juge de paix était, d'autre part, autorisé à « recevoir en preuve des renseignements par ailleurs inadmissibles qu'il considère plausibles ou dignes de foi dans les circonstances de l'espèce » (par. 540(7)). La question qui se pose est la suivante : qui, à l'enquête préliminaire, avait compétence pour résoudre ce conflit apparent entre le par. 189(5) et le par. 540(7)? La réponse est tout aussi claire qu'elle est simple : le juge qui présidait l'enquête, bien entendu. Comment pourrait-on prétendre qu'en tranchant une question de

preuve que lui seul pouvait être appelé à trancher, le juge de paix a commis une erreur de compétence? J'estime que cela est impossible. La décision sur la question de savoir si les communications privées interceptées pouvaient être admises en preuve parce qu'il s'agissait de preuves plausibles ou dignes de foi qui étaient par ailleurs inadmissibles était une décision qui devait être prise dans les limites de la compétence du juge qui présidait l'enquête préliminaire. Il s'agit d'une décision en matière de preuve qui ne porte pas atteinte à la compétence. Les décisions ressortissant à la preuve qui sont prises dans le cadre d'une enquête préliminaire échappent à tout contrôle judiciaire, que la décision soit juste ou erronée.

[51] Par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la question fondamentale que j'ai exposée dans les premiers paragraphes des présents motifs. Le juge de paix qui reçoit, à l'enquête préliminaire, des éléments de preuve au titre desquels le préavis prescrit au par. 189(5) n'a peut-être pas été donné ne commet pas une erreur de compétence. Sa décision sur ce point ne peut donc pas être contestée au moyen d'un recours en *certiorari*.

[52] Les appelants prétendent également que le juge saisi de la requête a commis une erreur en refusant l'ordonnance de *certiorari* pour le motif que : (1) le préavis que le poursuivant avait donné en vertu du par. 540(8) était insuffisant; et (2) il n'y avait pas eu de décision préliminaire selon laquelle les éléments de preuve étaient plausibles et dignes de foi comme l'exigeait le par. 540(7). La réponse à cet argument est simple. Le paragraphe 540(8) dispose qu'avant que des éléments de preuve puissent être admis en vertu du par. 540(7), un préavis raisonnable doit être remis, à moins que le juge de paix n'en ordonne autrement. C'est au juge qui préside l'enquête qu'il appartient de décider ce qui constitue un préavis raisonnable tout comme il a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner qu'une preuve soit admise sans le préavis requis. On ne saurait donc dire que le juge de paix qui décide qu'un préavis est raisonnable ou qui ordonne qu'une preuve soit admise sans le préavis requis agit en dehors de sa compétence. Il s'agit, là encore, d'une décision en matière de preuve prise dans l'exercice de la compétence légitime du juge de paix, décision qui n'est pas susceptible de révision dans le cadre d'une requête en

certiorari. Pour ce qui concerne le par. 540(7), il confère au juge de paix le pouvoir discrétionnaire de recevoir des éléments de preuve qu'il considère plausibles ou dignes de foi dans les circonstances de l'espèce. Là encore, c'est le juge qui préside l'enquête préliminaire qui a le pouvoir de prendre cette décision. Le juge de paix exerce son jugement à cet égard dans les limites de la compétence que lui confère le *Code criminel* et la décision sur ce point n'est pas susceptible de révision judiciaire.

[53] En résumé, je suis d'avis que la décision contestée par voie de recours en *certiorari* était une décision en matière de preuve qui ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Il s'agissait d'une décision que le juge de paix avait prise dans l'exercice des pouvoirs que lui conférait le *Code criminel*, et qui a donc été prise dans les limites de sa compétence. Si sa décision était erronée, elle a tout au plus constitué une erreur de droit et non une erreur de compétence. Or, le *certiorari* ne peut servir qu'à annuler une erreur de compétence, pas une erreur de droit. Pour ce motif, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *L'omission de se conformer au par. 541(4)*

[54] M. Steeves prétend que l'omission du juge qui a présidé l'enquête préliminaire de se conformer au par. 541(4) a constitué une erreur de compétence. Ce paragraphe est ainsi rédigé :

541(4) Where an accused is not represented by counsel, the justice shall ask the accused if he or she wishes to call any witnesses after subsections (2) and (3) have been complied with.

541(4) Lorsque ont été observés les paragraphes (2) et (3), le juge de paix demande au prévenu qui n'est pas représenté par avocat s'il désire appeler des témoins.

[55] Dans l'arrêt *Deschamplain*, le juge Major, qui rendait jugement au nom de la majorité de la Cour suprême, a réaffirmé que « [l]orsqu'il ne respecte pas les obligations que lui impose le législateur, le juge de l'enquête préliminaire outrepassa sa compétence et s'expose à l'intervention d'une cour de révision » (par. 1) et a en particulier souligné les propos du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Forsythe* qui avait dit

qu'« un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel* » (par. 12). Dans l'arrêt *Dubois*, le juge Estey a reconnu le même principe lorsqu'il a dit : « Il y a erreur de compétence lorsque “ des dispositions impératives ” du *Code criminel* ne sont pas suivies » (p. 377). J'estime que ces énoncés de l'état du droit tranchent ce moyen d'appel. Il est indéniable que le par. 541(4) impose une obligation impérative au juge qui préside l'enquête préliminaire et que la disposition en question n'a pas été observée.

[56] La substitut du procureur général reconnaît que le juge qui a présidé l'enquête préliminaire a commis une erreur de compétence en ne se conformant pas aux dispositions impératives du par. 541(4). Elle reconnaît que la jurisprudence se rapportant à l'omission de se conformer à d'autres dispositions régissant l'enquête préliminaire est pertinente et elle se reporte aux arrêts *R. c. Bayne* (1970), 74 W.W.R. 561 (C.A. Alb.), 14 C.R.N.S. 130, [1970] A.J. No. 67 (QL); *R. c. Eusler and Budovitch* (1978), 23 R.N.-B. (2^e) 643 (C.A.), [1978] A.N.-B. n^o 264 (QL); *R. c. Lena* (2001), 157 B.C.A.C. 240, [2001] B.C.J. No. 1906 (QL), 2001 BCCA 549, ainsi qu'à la décision *R. c. Ward*.

[57] La substitut du procureur général prétend, toutefois, que notre Cour doit appliquer la disposition réparatrice énoncée au ss-al. 686(1)b)(iv) et rejeter l'appel pour le motif que M. Steeves n'a pas établi que l'omission du juge de paix d'observer le par. 541(4) lui a causé un préjudice. Elle fait valoir qu'il incombait à M. Steeves de préciser, soit devant le juge saisi de la requête soit devant notre Cour, qu'il aurait appelé des témoins si on lui en avait donné la possibilité. En toute déférence, je ne souscris pas à cette prétention. Bien que la disposition réparatrice puisse parfois être appliquée dans le cas d'une erreur de compétence, comme elle l'a été dans l'arrêt *R. c. Sagutch* (1991), 63 C.C.C. (3d) 569 (C.A.C.-B.), [1991] B.C.J. No. 740 (QL), elle ne peut s'appliquer en l'espèce parce qu'il nous faudrait tenir pour acquis que M. Steeves n'aurait appelé aucun témoin pour pouvoir conclure qu'il n'a subi aucun préjudice. Ce n'est pas là une supposition que nous pouvons faire. Le dossier ne contient aucun élément qui nous permettrait de savoir, d'une façon ou d'une autre, si M. Steeves aurait ou non appelé des témoins. Dans l'affaire *Sagutch*, l'erreur de compétence dont il était question consistait

dans l'omission du juge d'inscrire sur la dénonciation une mention de la nature du choix fait par le prévenu. Au lieu de cela, une mention indiquant que le prévenu avait choisi d'être jugé par un juge et un jury avait été imprimée sur la dénonciation et signée par un autre juge de la Cour provinciale au nom du juge qui avait présidé l'enquête préliminaire. Dans ces circonstances, il n'est guère étonnant que les tribunaux aient conclu que le prévenu n'avait subi aucun préjudice. Nous ne pouvons, toutefois, en arriver à cette conclusion dans le cas qui nous occupe.

[58] Dans l'affaire *Ward*, le juge qui avait présidé l'enquête préliminaire avait jugé, à tort, qu'il ne lui incombait pas d'entendre les témoins que l'avocat de l'accusé voulait appeler. Dans le cadre d'une révision judiciaire, le juge Cory, qui est plus tard devenu juge à la Cour suprême du Canada, a jugé que cette décision constituait une erreur de compétence et a statué que les dispositions des par. 469(3) et (4) [les actuels par. 541(4) et (5), ensemble certaines modifications] imposaient des obligations impératives au juge qui préside l'enquête préliminaire. La réparation accordée dans cette affaire a consisté à renvoyer l'affaire au juge qui avait présidé l'enquête préliminaire afin qu'il entende les témoins que l'accusé pouvait vouloir appeler. L'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté.

[59] L'issue a été semblable dans l'affaire *R. c. L.R.* où le juge qui avait présidé l'enquête préliminaire avait statué qu'il n'avait pas compétence pour ordonner la production des dossiers médicaux de la victime. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que c'était là une erreur de compétence pour le motif que le [TRADUCTION] « juge qui préside l'enquête préliminaire a [...] compétence pour prendre toutes les décisions nécessaires en matière de preuve » et que ce juge [TRADUCTION] « peut contraindre des personnes à témoigner et les contraindre à apporter des documents pertinents » (p. 177). La réparation accordée dans cette affaire a consisté [TRADUCTION] « à annuler le renvoi à procès et à renvoyer l'affaire au [juge qui avait présidé l'enquête préliminaire] en vue de la continuation de l'enquête préliminaire » (p. 184).

[60] J'estime que lorsque l'erreur de compétence consiste dans l'omission du juge de paix de respecter une disposition impérative du *Code criminel* dans le cadre de la procédure régissant l'enquête préliminaire, comme ce fut le cas en l'espèce, une des possibilités qui s'offrent au tribunal qui effectue la révision consiste à annuler le renvoi à procès et à renvoyer l'affaire à la Cour provinciale afin que l'instance se poursuive conformément à la loi. Aux fins de déterminer si c'est là la voie à suivre dans une instance précise, le tribunal qui effectue la révision doit se demander si cette solution causerait un préjudice à l'une ou l'autre des parties. J'estime que cette réparation est indiquée en l'espèce. M. Steeves ne subirait aucun préjudice du fait d'un renvoi au juge qui a présidé l'enquête préliminaire parce qu'il pourra appeler les témoins qu'il voudra que le juge de paix entende et présenter les arguments qu'il voudra présenter après que les témoins auront été entendus. On se rappellera que le juge de paix qui préside l'enquête préliminaire ne sera pas tenu d'évaluer la qualité, la crédibilité et la fiabilité de la preuve ni de soupeser les éléments de preuve qui donnent lieu à des inférences opposées.

[61] Puisque le juge qui a présidé l'enquête préliminaire est maintenant décédé, l'art. 547.1 s'applique. Cet article dispose que lorsque la preuve recueillie a été enregistrée, « un autre juge de paix peut continuer à recueillir la preuve là où les procédures se sont arrêtées ». En l'espèce, la preuve recueillie à l'enquête préliminaire a été enregistrée conformément à l'art. 540. J'estime que la voie à suivre consiste donc à annuler le renvoi à procès de M. Steeves et à renvoyer l'affaire à la Cour provinciale afin qu'un autre juge de paix poursuive l'enquête préliminaire et ce juge devra, en observant les dispositions du par. 541(4), conduire l'instance en conformité avec la loi.

C. *Le fait d'obliger un accusé non représenté à se conformer à l'art. 536.3*

[62] À mon avis, ce moyen d'appel est sans fondement et peut être sommairement rejeté. Les parties de la transcription auxquelles le juge saisi de la requête s'est reporté (par. 17) révèlent que M. Steeves n'a pas reçu l'ordre de fournir une liste des témoins. Bien que je ne souscrive pas, en toute déférence, à la décision selon laquelle

l'art. 536.3 s'appliquait à M. Steeves, je souscris à la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle M. Steeves a volontairement produit la liste des témoins. Il n'y a donc rien au dossier qui donne à penser que le juge qui a présidé l'enquête préliminaire a outrepassé sa compétence comme on le prétend.

VI. Dispositif

[63] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les appels interjetés par M. LeBlanc et M. Gallant à l'encontre du refus du juge saisi de la requête de rendre une ordonnance de *certiorari*, mais d'accueillir l'appel de M. Steeves. Je suis d'avis d'annuler le renvoi à procès de M. Steeves et de renvoyer l'affaire à la Cour provinciale afin que l'enquête préliminaire se poursuive conformément aux directives énoncées au paragraphe 61.