

James Stephen Wilson *Appellant;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 16931.

1983: March 14; 1983: December 15.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA**

Courts — Collateral proceedings — Superior court wiretap authorizations — Evidence obtained pursuant to authorizations found inadmissible by inferior court — Whether or not superior court can be collaterally attacked in any court and in particular by an inferior court — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.12(1)(b),(g), 178.13(1)(b), 178.14, 178.16(1)(a), 178.16 (3)(b).

Appellant was acquitted in provincial court on the collapse of the Crown's case following the judge's ruling that the Crown's wiretap evidence was inadmissible as illegally obtained. The ruling was based on the information obtained from the cross-examination of the defendant of the affidavits that were made in support of the applications for authorization to wiretap in the Court of Queen's Bench. The authorizations were valid on their face and the trial judge did not open the sealed packets. The Manitoba Court of Appeal allowed an appeal from the acquittals and ordered a new trial. At issue here is whether or not a judge of an inferior court can look behind the apparently valid order of a superior court and rule the evidence obtained under that order inadmissible.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ.: A court order that has not been varied or set aside on appeal cannot be collaterally attacked and must receive full effect according to its terms. This rule has not been altered with respect to wiretap authorizations by Part IV.1 of the *Code* except to the extent that a trial judge must consider the admissibility of wiretap evidence, but without going beyond the face of the authorization. In the absence of the right of appeal from an authorization, and given the inapplicability of *certiorari*, any application for review of an authorization must be made to the court that made it. As it is not always practical or

James Stephen Wilson *Appellant;*

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

a N° du greffe: 16931.

1983: 14 mars; 1983: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Tribunaux — Procédures indirectes — Autorisations d'écoute électronique accordées par une cour supérieure — Une cour inférieure juge irrecevable la preuve obtenue en vertu de ces autorisations — L'ordonnance d'une cour supérieure peut-elle être attaquée indirectement devant une cour quelconque et, en particulier, devant une cour inférieure? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.12(1)b,g), 178.13(1)b), 178.14, 178.16(1)a, 178.16(3)b).

e Un juge de la Cour provinciale ayant déclaré irrecevables pour cause d'illégalité des preuves obtenues par écoute électronique, le ministère public n'avait plus aucune preuve à l'appui des accusations et l'appelant a été acquitté. La décision a été fondée sur les renseignements recueillis au cours du contre-interrogatoire de l'auteur des affidavits appuyant les demandes d'autorisation d'écoute électronique présentées devant la Cour du Banc de la Reine. Les autorisations sont valides en apparence et le juge du procès n'a pas ouvert les paquets scellés. La Cour d'appel du Manitoba a accueilli un appel contre les acquittements et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La question litigieuse en l'espèce g est de savoir si un juge d'une cour inférieure peut vérifier une ordonnance apparemment valide d'une cour supérieure et conclure à l'irrecevabilité de la preuve obtenue en vertu de cette ordonnance.

h *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

i Le juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre: Une ordonnance d'une cour qui n'a été ni modifiée ni infirmée en appel ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte, mais doit recevoir son plein effet. En ce qui concerne les autorisations d'écoute électronique, la partie IV.1 du *Code* n'apporte aucune modification à cette règle, sauf dans la mesure où un juge du procès doit déterminer la recevabilité de preuves obtenues par écoute électronique. Toutefois, il est obligé à cette fin de s'en tenir à ce que dit l'autorisation. En l'absence d'un droit d'appel contre une autorisation et vu l'inapplicabilité du *certiorari*, toute demande de révision d'une auto-

possible to apply for review to the same judge who made the order, another judge of the same court can review an *ex parte* order if: 1) he has the power to discharge the order, 2) he acts with the consent of, or in the event of the unavailability of, the judge who made the order, and 3) he hears the motion *de facto* as to both the facts and the law involved. A judge reviewing a wiretap authorization must, in addition, not substitute his discretion for that of the authorizing judge.

Per Dickson and Chouinard JJ.: Subsections 178.16(1) and 176.16(3) in combination require a trial judge to go behind an apparently valid authorisation to consider its validity and therefore have modified the rule that a court order not be impeached except by appeal, by action to set aside or by prerogative writ. These subsections make no distinction between information on the face of the record and information *dehors* the record, and to restrict a trial judge to considering only the former as a matter of statutory interpretation would unnecessarily fetter his ability to determine admissibility. Section 178.16, too, makes no suggestion as to review of an authorization by anyone but the trial judge and s. 178.14 contemplates that the packet be opened by any judge of a superior court of criminal jurisdiction or by a judge as defined by s. 482. The common law doctrine that the authorization could only be reviewed by the Court making it, and preferably by the actual judge, was therefore overridden. Further, it was implicit in the language of ss. 176.16(1) and (3)(b) that an inferior court judge could attack a superior court's authorization.

Prima facie evidence of fraud, non-disclosure or misleading disclosure are valid reasons for opening the sealed packet. Once a foundation for opening the packet is established, a trial judge within the contemplation of s. 178.14 can open the packet and make a full review for compliance with Part IV.1. Section 178.16(3)(b) grants a discretion to cure non-substantive defects, but substantive defects in the application render the evidence inadmissible. The trial judge cannot decide that he would have exercised his discretion differently from the authorizing judge.

risation doit être adressée à la cour qui l'a accordée. Comme il n'est pas toujours pratique ni possible d'adresser une demande de révision au juge qui a rendu l'ordonnance, un autre juge de la même cour peut réviser une ordonnance rendue *ex parte*: (1) s'il a le pouvoir d'annuler l'ordonnance, (2) s'il agit avec le consentement du juge qui a rendu l'ordonnance ou si ce dernier ne peut siéger, et (3) s'il reprend au complet l'audition de la demande, à la fois sur le plan du droit et celui des faits en cause. De plus, le juge qui procède à la révision d'une autorisation d'écoute électronique ne doit pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé l'autorisation.

Les juges Dickson et Chouinard: Les paragraphes 178.16(1) et 178.16(3) ont pour effet cumulatif d'exiger du juge du procès qu'il vérifie une autorisation apparemment valide afin de déterminer si elle l'est en réalité. Cela constitue donc une modification de la règle selon laquelle une ordonnance d'une cour ne peut être attaquée si ce n'est par voie d'appel, d'action en annulation ou de bref de prérogative. Ces paragraphes ne font pas de distinction entre ce qui est manifeste à la lecture du dossier et ce qui est en dehors du dossier et si, par voie d'interprétation législative, le juge du procès était limité à l'examen des seuls cas qui relèvent de la première catégorie, cela aurait pour effet d'entraver inutilement sa capacité de décider de la recevabilité. Suivant l'art. 178.16, seul le juge du procès peut entreprendre la révision d'une autorisation et, aux termes de l'art. 178.14, le paquet peut être ouvert par tout juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou par un juge défini à l'art. 482. Ne s'applique donc pas la doctrine de *common law* suivant laquelle l'autorisation ne peut être révisée que par la cour qui l'a accordée et, de préférence, par le même juge. De plus, il se dégage implicitement du texte du par. 176.16(1) et de l'al. 176.16(3)b) qu'un juge d'une cour inférieure peut attaquer une autorisation émanant d'une cour supérieure.

Une preuve prima facie de fraude, de non-divulgation ou de déclaration trompeuse justifie l'ouverture du paquet scellé. Du moment qu'il y a un motif de le faire, un juge du procès visé à l'art. 178.14 peut ouvrir le paquet et procéder à un examen complet afin de déterminer si les exigences de la partie IV.1 ont été respectées. L'alinéa 178.16(3)b) confère un pouvoir discrétionnaire de réparer les vices de forme ou de procédure, mais, si la demande est entachée d'un vice de fond, cela entraîne l'irrecevabilité de la preuve. Le juge du procès ne peut conclure que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il n'aurait pas agi de la même façon que le juge qui a accordé l'autorisation.

The deponent of an affidavit supporting an authorization request can be cross-examined to determine if the pre-conditions of s. 178.13(b) have been met. The questions can be put so as not to disclose information considered confidential by the judge and yet uncover any basis on which to argue invalidity.

The trial judge here was not authorized to order the opening of the sealed packet. The trial should have been adjourned to allow an application under s. 178.14 for an order to open the packet and the judge acting under that section would determine if the packet should be opened. The trial judge, however, would examine the packet's contents and decide if the authorization was valid. The ruling by the trial judge that admitting evidence obtained from unlawful wiretaps would bring the administration of justice into disrepute was irrelevant here. Section 178.16(2) does not deal with primary evidence of this kind but rather with derivative evidence.

Poje v. Attorney General for British Columbia, [1953] 1 S.C.R. 516, affirming *sub nom. Canadian Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385; *Royal Trust Co. v. Jones*, [1962] S.C.R. 132; *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58, considered; *Pashko v. Canadian Acceptance Corp. Ltd.* (1957), 12 D.L.R. (2d) 380; *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690; *Clark v. Phinney* (1896), 25 S.C.R. 633; *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *R. v. Welsh and Iannuzzi* (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Wong* (No. 1) (1976), 33 C.C.C. (2d) 506; *Charette v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 785, affirming *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497; *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192; *Stewart v. Braun*, [1924] 3 D.L.R. 941; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391, affirming (1975), 23 C.C.C. (2d) 306; *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254, affirming (1976), 32 C.C.C. (2d) 249; *Bidder v. Bridges* (1884), 26 Ch. D. 1; *Boyle v. Sacker* (1888), 39 Ch. D. 249; *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; *R. v. Dass* (1979), 47 C.C.C. (2d) 194; *R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Ho* (1976), 32 C.C.C. (2d) 339; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1976), 23 C.C.C. (2d) 257; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976; *R. v. Miller and Thomas* (No. 4) (1975), 28 C.C.C. (2d) 128; *R. v. Newall* (No. 1) (1982), 67 C.C.C. (2d) 431; *R. v.*

L'auteur d'un affidavit produit à l'appui d'une demande d'autorisation peut être contre-interrogé afin de déterminer si l'on a satisfait aux conditions préalables que pose l'al. 178.13(1)b). Il est possible de formuler des questions qui éviteront la divulgation de renseignements que le juge estime confidentiels et qui permettront en même temps de découvrir un fondement pour un argument d'invalidité.

En l'espèce, le juge du procès n'était pas autorisé à ordonner l'ouverture du paquet scellé. Il lui aurait fallu ajourner le procès afin de permettre que soit présentée une demande fondée sur l'art. 178.14 visant à obtenir une ordonnance qui aurait autorisé l'ouverture du paquet et c'est le juge saisi de cette demande qui aurait statué sur l'opportunité d'ouvrir le paquet. Le juge du procès doit toutefois examiner le contenu du paquet et décider de la validité de l'autorisation. La conclusion du juge du procès que l'admission de la preuve obtenue illégalement par écoute électronique aurait pour effet de ternir l'image de la justice n'est pas pertinente en l'espèce. Le paragraphe 178.16(2) ne porte pas sur une preuve principale de ce genre, mais plutôt sur la preuve dérivée.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, confirmant *sub nom. Canadian Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385; *Royal Trust Co. v. Jones*, [1962] R.C.S. 132; *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58; arrêts mentionnés: *Pashko v. Canadian Acceptance Corp. Ltd.* (1957), 12 D.L.R. (2d) 380; *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690; *Clark v. Phinney* (1896), 25 R.C.S. 633; *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; *R. v. Welsh and Iannuzzi* (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Wong* (No. 1) (1976), 33 C.C.C. (2d) 506; *Charette c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 785, confirmant *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497; *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 R.C.S. 192; *Stewart v. Braun*, [1924] 3 D.L.R. 941; *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391, confirmant (1975), 23 C.C.C. (2d) 306; *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254, confirmant (1976), 32 C.C.C. (2d) 249; *Bidder v. Bridges* (1884), 26 Ch. D. 1; *Boyle v. Sacker* (1888), 39 Ch. D. 249; *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; *R. v. Dass* (1979), 47 C.C.C. (2d) 194; *R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Ho* (1976), 32 C.C.C. (2d) 339; *Re Miller and Thomas and The Queen* (1976), 23 C.C.C. (2d) 257; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976; *R. v. Miller and Thomas* (No. 4) (1975), 28 C.C.C. (2d) 128;

Johnny and Billy (1981), 62 C.C.C. (2d) 33; *R. v. Bradley* (1980), 19 C.R. (3d) 336; *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No.3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Haslam* (1977), 36 C.C.C. (2d) 250; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *R. v. Kalo, Kalo and Vonschober* (1975), 28 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405, reversing on other grounds (1977), 34 C.C.C. (2d) 313; *R. v. Robinson* (1977), 39 C.R.N.S. 158; *R. v. Hollyoake* (1975), 27 C.C.C. (2d) 63; *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378; *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412; *R. v. Gabourie* (1976), 31 C.C.C. (2d) 471; *R. v. Hancock and Proulx* (1976), 30 C.C.C. (2d) 544, referred to.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [1982] 2 W.W.R. 91, 13 Man. R. (2d) 155, 65 C.C.C. (2d) 507, allowing an appeal from appellant's acquittals by Dubienski Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Robert L. Pollack, for the appellant.

John D. Montgomery, Q.C., for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant was charged with nine counts relating to betting. He was tried before Dubienski, Provincial Court Judge in the Manitoba Provincial Court. The Crown's case depended on evidence obtained by wiretap for which it had procured four authorizations under the provision of Part IV.1 of the *Criminal Code* from judges of the Court of Queen's Bench of Manitoba. Each authorization contained the following words:

AND UPON hearing read the affidavit of Detective Sergeant Anton Cherniak;

AND UPON being satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to grant this authorization and that other investigative procedures have been tried and have failed, that other investigative procedures are unlikely to succeed, and that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the undermentioned offences using only other investigative procedures;

R. v. Newall (No. 1) (1982), 67 C.C.C. (2d) 431; *R. v. Johnny and Billy* (1981), 62 C.C.C. (2d) 33; *R. v. Bradley* (1980), 19 C.R. (3d) 336; *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212; *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Haslam* (1977), 36 C.C.C. (2d) 250; *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235; *R. v. Kalo, Kalo and Vonschober* (1975), 28 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405, infirmant pour d'autres motifs (1977), 34 C.C.C. (2d) 313; *R. v. Robinson* (1977), 39 C.R.N.S. 158; *R. v. Hollyoake* (1975), 27 C.C.C. (2d) 63; *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378; *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412; *R. v. Gabourie* (1976), 31 C.C.C. (2d) 471; *R. v. Hancock and Proulx* (1976), 30 C.C.C. (2d) 544.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, [1982] 2 W.W.R. 91, 13 Man. R. (2d) 155, 65 C.C.C. (2d) 507, qui a accueilli un appel de l'acquittement de l'appelant par le juge Dubienski de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Robert L. Pollack, pour l'appelant.

John D. Montgomery, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Estey et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelant a subi son procès devant le juge Dubienski de la Cour provinciale du Manitoba relativement à neuf chefs d'accusation en matière de paris. Les accusations étaient fondées sur des preuves obtenues par écoute électronique en vertu de quatre autorisations accordées par des juges de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, conformément à la partie IV.1 du *Code criminel*. Chacune de ces autorisations contient les mots suivants:

[TRADUCTION] LECTURE FAITE de l'affidavit du sergent-détective Anton Cherniak;

ÉTANT CONVAINCU que l'octroi de cette autorisation sert au mieux l'administration de la justice, que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, et que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative aux infractions mentionnées ci-après en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête;

At trial, on cross-examination of the police officer Cherniak who is referred to in the authorizations, evidence was given that Cherniak had had the sole direction of the investigation and that he had made the applications for the authorizations. He said that the interceptions were made under the authorizations, that they were the sole investigations made and that no other investigation was done or ordered by him after the first authorization. He was unaware of any other investigating steps. It is evident that counsel for the appellant by this line of cross-examination was attempting to ascertain whether or not the above-quoted words from the authorization were true and whether the prescriptions of s. 178.13(1)(b) of the *Code* had been satisfied. That section reads:

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied.

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

No objection was taken by the Crown to this line of examination.

On the basis of the cross-examination of the police officer, the trial judge made the following finding:

"No other investigative procedures had been tried and failed, that there was no evidence that investigative procedures were likely to succeed, nor that there was any urgency."

As a result, the trial judge held that the interceptions of the private communications of the appellant had not been lawfully made as required by s. 178.16 of the *Criminal Code* and he ruled the evidence obtained by the wiretaps inadmissible. The case for the Crown collapsed and the appellant was acquitted on all counts.

On appeal to the Manitoba Court of Appeal, the Crown argued that the provincial court judge was without jurisdiction to go behind the authorizations and thereby make a collateral attack upon the order of a superior court. The appeal was

Lors de son contre-interrogatoire au cours du procès, le policier Cherniak, dont il est question dans les autorisations, a témoigné qu'il était seul responsable de l'enquête et que c'est lui qui avait demandé les autorisations. Il a déclaré que les interceptions ont été faites en vertu des autorisations, qu'il s'agissait là des seules enquêtes effectuées et qu'aucune autre enquête n'a été effectuée ou ordonnée par lui après la première autorisation. Il n'était au fait d'aucune autre méthode d'enquête. Il est évident que par ce contre-interrogatoire, l'avocat de l'appelant tentait de déterminer la véracité de l'extrait précité de l'autorisation et si on avait rempli les conditions prescrites par l'al. 178.13(1)b) du *Code*, dont voici le texte:

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

Le ministère public ne s'est pas objecté à ce genre de contre-interrogatoire.

Se fondant sur le témoignage rendu par le policier au cours de son contre-interrogatoire, le juge du procès a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] «Aucune autre méthode d'enquête n'avait été essayée ni n'avait échoué, rien n'indiquait que d'autres méthodes d'enquête avaient peu de chance de succès ni qu'il s'agissait d'un cas urgent.»

En définitive, le juge du procès a estimé que les interceptions des communications privées de l'appelant n'avaient pas été faites légalement comme l'exige l'art. 178.16 du *Code criminel* et il a conclu à l'irrecevabilité de la preuve obtenue par écoute électronique. Le ministère public n'ayant plus aucune preuve à l'appui des accusations, l'appelant a été acquitté relativement à chacun des chefs.

En appel devant la Cour d'appel du Manitoba, le ministère public a fait valoir que le juge de la Cour provinciale n'avait pas compétence pour vérifier les autorisations et ainsi attaquer indirectement l'ordonnance d'une cour supérieure. L'appel

allowed and a new trial was ordered. Monnin J.A. (as he then was), with whom Matas J.A. concurred, held that an authorization granted by a superior court judge could not be collaterally attacked in a provincial court. O'Sullivan J.A., concurring in the result, went further and said that: "In my opinion, where there is an authorization granted by a superior court of record, it cannot be collaterally attacked in any court and it cannot be attacked at all in an inferior court." A further argument was advanced by the appellant Wilson that there was no evidence of proper notice of intention to adduce wiretap evidence as required under s. 178.16(4) of the *Code*. This argument was rejected in the Court of Appeal and, on an acknowledgment that there was some five months' notice given, it was rejected in this Court as well. The only remaining issue then is whether or not the trial judge erred in law in refusing to admit the wiretap evidence.

In the Manitoba Court of Appeal, Monnin J.A. said:

The record of a superior court is to be treated as absolute verity so long as it stands unreversed.

I agree with that statement. It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally—and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment. Where appeals have been exhausted and other means of direct attack upon a judgment or order, such as proceedings by prerogative writs or proceedings for judicial review, have been unavailing, the only recourse open to one who seeks to set aside a court order is an action for review in the High Court where grounds for such a proceeding exist. Without attempting a complete list, such

a été accueilli et un nouveau procès ordonné. Le juge Monnin (c'était alors son titre), aux motifs duquel a souscrit le juge Matas, a conclu qu'une autorisation accordée par un juge d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement devant une cour provinciale. Le juge O'Sullivan, qui a souscrit quant à l'issue, est allé encore plus loin, affirmant: [TRADUCTION] «Selon moi, une autorisation accordée par une cour d'archives supérieure ne peut être attaquée indirectement devant une cour et ne peut absolument pas être attaquée devant une cour inférieure.» L'appelant Wilson a soumis un autre argument selon lequel rien n'indiquait qu'on avait, conformément au par. 178.16(4) du *Code*, donné un préavis en bonne et due forme de l'intention de produire des éléments de preuve obtenus par écoute électronique. La Cour d'appel a rejeté cet argument et, comme on a reconnu qu'il y a eu un préavis d'environ cinq mois, cette Cour l'a rejeté également. La seule question qui reste donc à trancher est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant d'admettre la preuve obtenue par écoute électronique.

En Cour d'appel du Manitoba, le juge Monnin a affirmé:

[TRADUCTION] Le dossier d'une cour supérieure doit être considéré comme la vérité absolue tant qu'il n'a pas été infirmé.

Je suis d'accord avec cette affirmation. Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'affirmation, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement. Lorsqu'on a épuisé toutes les possibilités d'appel et que les autres moyens d'attaquer directement un jugement ou une ordonnance, comme par exemple les procédures par brefs de prérogative ou celles visant un contrôle judiciaire, se sont révélés inefficaces, le seul recours qui s'offre à une personne qui veut

grounds would include fraud or the discovery of new evidence.

Authority for these propositions is to be found in many cases. A particularly clear statement of the law, together with reference to many of the authorities, is to be found in *Canadian Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385, a judgment of the British Columbia Court of Appeal. In that case striking employees picketed the wharf where a vessel was waiting to take on cargo. The shipowner secured an *ex parte* injunction in the Supreme Court restraining the defendant and others from picketing. The injunction was disobeyed and contempt proceedings were commenced against the defendant. At first instance before the Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia the defendants contended that an attachment for contempt should not issue for the reason that the injunction order, made by a judge of the Supreme Court, was a nullity and could not therefore form the basis for a contempt order. This collateral attack was rejected by the Chief Justice, attachment issued, and penalties for contempt including fines and imprisonment were imposed. In the Court of Appeal the appeal was dismissed with one dissent and, at p. 406, Sidney Smith J.A. said:

First it was said that the injunction order of Clyne J. was a nullity that could be ignored with impunity, and could form no basis for contempt proceedings. Many objections were levelled at this learned Judge's order, chief among them being: (1) that it was based on improper and inadmissible evidence; (2) that the injunction was in conflict with the *Trade-unions Act* and the *Laws Declaratory Act*; (3) that the injunction was in permanent form and no Court could grant a permanent injunction *ex parte*.

To this the general answer is made that the order of a Superior Court is *never* a nullity; but, however wrong or irregular, still binds, cannot be questioned collaterally, and has full force until reversed on appeal. This seems to

faire annuler l'ordonnance d'une cour est une action en révision devant la Haute Cour, lorsqu'il y a des motifs de le faire. Sans vouloir en dresser une liste complète, de tels motifs comprendraient la fraude ou la découverte de nouveaux éléments de preuve.

Ces propositions sont appuyées par beaucoup d'arrêts. L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Canadian Transport (U.K.) Ltd. v. Alsbury*, [1953] 1 D.L.R. 385, contient un énoncé particulièrement clair du droit applicable et mentionne un bon nombre de décisions. Dans cette affaire, des grévistes faisaient du piquetage sur un quai où un navire attendait d'être chargé. Le propriétaire du navire a obtenu en Cour suprême une injonction *ex parte* empêchant le défendeur et d'autres personnes de faire du piquetage. L'injonction n'a pas été respectée et des procédures pour outrage au tribunal ont été entamées contre le défendeur. En première instance, devant le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les défendeurs ont soutenu qu'un bref de contrainte par corps ne devait pas être décerné parce que l'injonction, accordée par un Juge de la Cour suprême, était entachée de nullité et, par conséquent, ne pouvait donner lieu à une ordonnance pour outrage au tribunal. Le Juge en chef a repoussé cette attaque indirecte, décerné un bref de contrainte par corps et imposé des amendes et une peine d'emprisonnement pour outrage au tribunal. L'appel formé devant la Cour d'appel a été rejeté, un juge étant dissident. Le juge Sidney Smith de la Cour d'appel affirme ce qui suit, à la p. 406:

[TRADUCTION] On a d'abord soutenu que l'injonction du juge Clyne était entachée de nullité, qu'on pouvait l'ignorer impunément et qu'elle ne pouvait donner lieu à des procédures pour outrage au tribunal. L'ordonnance du savant juge a soulevé de nombreuses objections, mais ce qu'on lui reproche surtout c'est: (1) qu'elle était fondée sur une preuve irrégulière et irrecevable, (2) que l'injonction allait à l'encontre de la *Trade-unions Act* et de la *Laws Declaratory Act* et (3) qu'elle constituait une injonction permanente, ce qu'aucune cour ne peut faire *ex parte*.

À cela on répond de manière générale que l'ordonnance d'une cour supérieure n'est *jamais* entachée de nullité; mais si erronée ou si irrégulière qu'elle puisse être, elle a quand même force exécutoire, elle ne peut

be established by the authorities cited by counsel for the Attorney-General, *viz.*, *Scott v. Bennett* (1871), L.R. 5 H.L. 234 at p. 245; *Revell v. Blake* (1873), L.R. 8 C.P. 533 at p. 544; *Scotia Construction Co. v. Halifax*, [1935] 1 D.L.R. 316, S.C.R. 124; and to these I might add *Re Padstow* (1882), 20 Ch.D. 137 at p. 145, and *Hughes v. Northern Elec. etc. Co.* (1915), 21 D.L.R. 358 at pp. 362-3, 50 S.C.R. 626 at pp. 652-3. To these general authorities may be added the more specific line of cases holding that an injunction, however wrong, must be obeyed until it is set aside, as shown by the authorities cited in Kerr on Injunctions, 6th ed., p. 668, and 7 Hals., p. 32, which include the authoritative decision in *Eastern Trust Co. v. MacKenzie, Mann & Co.*, 22 D.L.R. 410 at pp. 418-9, [1915] A.C. 750 at p. 761, where a party was held to be rightly committed for disobeying an injunction, later set aside. Other authorities for holding that an injunction, though wrong, must be obeyed till set aside, are *Leberry v. Braden* (1900), 7 B.C.R. 403, and *Bassel's Lunch Ltd. v. Kick*, [1936], 4 D.L.R. 106 at p. 110, O.R. 445 at p. 456, 67 Can. C.C. 131 at p. 135.

Bird J.A., who wrote a separate concurring judgment, made the following comments, at p. 418:

The order under review is that of a Superior Court of Record, and is binding and conclusive on all the world until it is set aside, or varied on appeal. No such order may be treated as a nullity.

and later, at pp. 418-19:

In *Eastern Trust Co. v. MacKenzie, Mann & Co.*, 22 D.L.R. at p. 418, [1915] A.C. at p. 760, Sir George Farwell, speaking for their Lordships of the Judicial Committee, said: "(The injunction) was, or course, interlocutory, not final, but it is binding on all parties to the order so long as it remains undischarged."

Duff C.J.C., approved the same principle in *Scotia Construction Co. v. Halifax*, [1935], 1 D.L.R. 316, S.C.R. 124, and expressed the principle in these terms (p. 317 D.L.R., p. 128 S.C.R.) "In any case, no appeal was attempted, and whether appealable or not, it was a judgment of a Court of general jurisdiction, possessing . . . authority to pronounce conclusively, subject to appeal if the law gave an appeal, upon any question of its own jurisdiction."

In my opinion these submissions must be rejected.

être attaquée indirectement et a plein effet tant qu'elle n'est pas infirmée en appel. C'est ce que semble établir la jurisprudence citée par le substitut du procureur général; voir les arrêts *Scott v. Bennett* (1871), L.R. 5 H.L. 234, à la p. 245, *Revell v. Blake* (1873), L.R. 8 C.P. 533, à la p. 544, *Scotia Construction Co. v. Halifax*, [1935] 1 D.L.R. 316, R.C.S. 124, auxquels je pourrais ajouter les arrêts *Re Padstow* (1882), 20 Ch.D. 137, à la p. 145 et *Hughes v. Northern Elec. etc. Co.* (1915), 21 D.L.R. 358, aux pp. 362 et 363, 50 R.C.S. 626, aux pp. 652 et 653. À cette jurisprudence générale on peut ajouter la série d'arrêts plus précis établissant qu'une injonction, si erronée soit-elle, doit être respectée jusqu'à ce qu'elle soit annulée, comme le démontrent les arrêts cités dans Kerr on Injunctions, 6^e éd., à la p. 668, et dans 7 Hals., à la p. 32, au nombre desquels figure l'arrêt qui fait autorité, *Eastern Trust Co. v. MacKenzie, Mann & Co.*, 22 D.L.R. 410, aux pp. 418 et 419, [1915] A.C. 750, à la p. 761, où on a conclu que c'était à bon droit qu'une partie avait été incarcérée pour avoir désobéi à une injonction qui a été annulée par la suite. Les affaires *Leberry v. Braden* (1900), 7 B.C.R. 403 et *Bassel's Lunch Ltd. v. Kick*, [1936], 4 D.L.R. 106, à la p. 110, O.R. 445, à la p. 456, 67 Can. C.C. 131, à la p. 135, établissent elles aussi qu'une injonction, quoique erronée, doit être respectée jusqu'à ce qu'elle soit annulée.

Le juge Bird, qui a rédigé des motifs concordants, fait les observations suivantes, à la p. 418:

[TRADUCTION] Il s'agit en l'espèce d'une ordonnance d'une cour d'archives supérieure, qui, jusqu'à ce qu'elle soit annulée ou modifiée en appel, est concluante et a force exécutoire pour tous. Une telle ordonnance ne peut être considérée comme entachée de nullité.

Et il ajoute, aux pp. 418 et 419:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Eastern Trust Co. v. MacKenzie, Mann & Co.*, 22 D.L.R., à la p. 418, [1915] A.C., à la p. 760, sir George Farwell, s'exprimant au nom des lords du Comité judiciaire, a affirmé: «(L'injonction) est, bien entendu, interlocutoire et non définitive, mais, tant qu'elle n'aura pas été levée, elle lie toutes les parties à l'ordonnance.»

Le juge en chef Duff a approuvé le même principe dans l'arrêt *Scotia Construction Co. v. Halifax*, [1935], 1 D.L.R. 316, R.C.S. 124, en l'énonçant en ces termes (p. 317 D.L.R.; p. 128, R.C.S.): «En tout cas, on n'a pas essayé d'interjeter appel et qu'il fût ou non susceptible d'être porté en appel, c'était un jugement d'une cour de juridiction générale dotée . . . sous réserve de tout droit d'appel prévu par la loi, du pouvoir de statuer péremptoirement sur n'importe quelle question relevant de sa propre compétence.»

À mon avis, ces arguments doivent être rejetés.

On appeal to this Court, *sub nom. Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, the appeal was dismissed. The question of a collateral attack upon a court order was not specifically dealt with. Kerwin J. expressed no opinion on the matter, but Estey J. in a short concurring judgment said at p. 528:

I agree the appeal should be dismissed. The learned Chief Justice, in my opinion, upon this record had jurisdiction to hear the motion. I am in respectful agreement with the conclusions of the majority of the learned judges in the Court of Appeal, both with respect to the objections taken to the order as made by Mr. Justice Clyne and the findings of the learned Chief Justice. In view of the foregoing it is unnecessary to determine the nature and character of the contempt.

The case was referred to in *Pashko v. Canadian Acceptance Corp. Ltd.* (1957), 12 D.L.R. (2d) 380, in the British Columbia Court of Appeal.

In addition to these authorities and those referred to in judgments of the majority in the *Canadian Transport* case, reference may be made as well to the words of Osler J.A. in *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690, at pp. 694-95, where a judgment was attacked on the basis of a deficiency in service during the earlier proceedings which gave rise to the judgment. Osler J.A. said:

If the judgment in the Quebec action is to be regarded as a judgment against a corporation or body corporate, and therefore not capable of being the foundation of an action thereon against a partnership firm of the same name, that is an objection which should have been taken on the motion to enter summary judgment, and it appears not to have been then taken. This was the substantial ground of defence to the action, and, so far as I can see, it was not brought to the attention of the Court at the proper stage and has never been decided. A similar difficulty attends the objection as to the service of the writ on the manager. On the motion for judgment it might have been shewn (unless the defendants had done something to waive the objection) that the requirements of Rule 224 had not been complied with, and therefore that there had never been an effective service of the writ upon the firm, the person served not being, in

Le pourvoi formé devant cette Cour a été rejeté sous l'intitulé *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516. La Cour n'a pas traité explicitement de la question de l'attaque indirecte contre l'ordonnance d'une cour. Le juge Kerwin est resté muet sur la question, mais le juge Estey, dans de brefs motifs concordants, a affirmé à la p. 528:

b [TRADUCTION] Je suis d'accord que le pourvoi doit être rejeté. À l'examen du dossier en l'espèce, j'estime que le savant Juge en chef avait compétence pour entendre la requête. Avec égards, je partage les conclusions de la majorité des savants juges de la Cour d'appel, tant à l'égard des exceptions opposées à l'ordonnance rendue par le juge Clyne qu'à l'égard des conclusions du savant juge en chef. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de déterminer la nature et le caractère de l'outrage au tribunal.

d Cet arrêt a été mentionné par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Pashko v. Canadian Acceptance Corp. Ltd.* (1957), 12 D.L.R. (2d) 380.

e En plus de cette jurisprudence et de celle mentionnée par la majorité dans l'arrêt *Canadian Transport*, on peut aussi mentionner les propos du juge Osler dans l'arrêt *Gibson v. Le Temps Publishing Co.* (1903), 6 O.L.R. 690, aux pp. 694 et 695, où un jugement était attaqué en raison d'un vice de signification au début des procédures à l'origine du jugement. Le juge Osler a affirmé ce qui suit:

f [TRADUCTION] Si le jugement rendu dans l'action intentée au Québec doit être considéré comme un jugement contre une société ou une personne morale, qui ne peut, par conséquent, donner lieu à une action contre une société de personnes ayant la même raison sociale, il s'agit là d'une exception qu'on aurait dû opposer à la requête en inscription d'un jugement sommaire, ce qui paraît ne pas avoir été fait. C'était le moyen de défense principal contre l'action et, à ce que je puis constater, il n'a pas été porté à l'attention de la cour à l'étape appropriée et il n'a fait l'objet d'aucune décision. L'exception relative à la signification du bref au gérant bute contre une difficulté analogue. Face à la requête en jugement, on aurait pu démontrer (à moins que la défenderesse n'ait fait quelque chose pour renoncer à l'exception) qu'on ne s'était pas conformé aux exigences de la règle 224 et que pour cette raison il n'y avait

fact, a partner, and not having been informed by the prescribed notice that he was served as manager: Snow's Annual Practice, 1902, p. 655; Yearly Practice, 1904, p. 504. Or the firm might have moved to set aside the faulty service on the manager: *Nelson v. Pastorino* (1883), 49 L.T.N.S. 564. Neither of these courses was taken and there is now a judgment against a partnership firm, which stands unimpeached, and which cannot be attacked in a collateral proceeding. While it stands, the plaintiff has the right to enforce it by any means open to him under Rule 228.

Further authority in support of the rule against collateral attack may be found in *Clark v. Phinney* (1896), 25 S.C.R. 633; *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615; and particularly in *Royal Trust Co. v. Jones*, [1962] S.C.R. 132. In that case the validity of a codicil to a will was upheld in proceedings in the Supreme Court of British Columbia. The trial judgment was affirmed in the Court of Appeal. The unsuccessful party brought a new action to set aside this judgment which succeeded notwithstanding the confirmation on appeal of the earlier judgment. No appeal was taken and the trustee proceeded for a period of fifteen years to administer the estate on the basis that the codicil was invalid. On an application for directions on a matter which did not directly involve the validity of the codicil and which involved parties not in the first proceeding, the Court of Appeal on its own motion declared that the trial judge, Manson J., who had declared the codicil invalid and set aside the earlier judgment, was without jurisdiction to do so and reversed his judgment. On appeal to this Court the appeal was allowed. Cartwright J. (as he then was) said, at p. 145:

An examination of the authorities leads me to the conclusion that it has long been settled in England that the proper method of impeaching a judgment of the High Court on the ground of fraud or of seeking to set it aside on the ground of subsequently discovered evidence is by action, whether or not the judgment which is attacked has been affirmed or otherwise dealt with by the Court of Appeal or other appellate tribunal.

jamais eu signification réelle du bref à la société, la personne ayant reçu signification n'étant pas réellement un associé et n'ayant pas reçu l'avis prescrit que la signification lui était faite en sa qualité de gérant: Snow's Annual Practice, 1902, p. 655, Yearly Practice, 1904, p. 504. La société aurait pu aussi demander l'annulation de la signification incorrecte au gérant: *Nelson v. Pastorino* (1883), 49 L.T.N.S. 564. On n'a fait ni l'un ni l'autre, si bien qu'il y a maintenant un jugement contre une société de personnes, dont la validité est incontestée et qui ne peut être attaqué indirectement. Tant que ce jugement est valide, le demandeur a le droit de le faire respecter par tous les moyens que la règle 228 met à sa disposition.

c Le principe qui interdit les attaques indirectes est appuyé également par les arrêts *Clark v. Phinney* (1896), 25 R.C.S. 633; *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; *Badar Bee v. Habib Merican Noordin*, [1909] A.C. 615 et particulièrement par l'arrêt *Royal Trust Co. v. Jones*, [1962] R.C.S. 132. Dans cette affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé la validité d'un codicille et le jugement de première instance a été confirmé par la Cour d'appel. Malgré cette confirmation par la Cour d'appel, la partie qui avait échoué a intenté, avec succès, une action en annulation du premier jugement. Aucun appel n'a été interjeté et le fiduciaire a administré la succession pendant quinze ans en tenant pour acquise l'invalidité du codicille. Après avoir reçu une demande de directives au sujet d'une question qui ne concernait pas directement la validité du codicille et qui mettait en cause des personnes qui n'avaient pas été parties aux procédures initiales, la Cour d'appel, agissant de son propre chef, a déclaré que le juge Manson, qui avait déclaré invalide le codicille et annulé le premier jugement, n'avait pas compétence pour le faire et elle a infirmé son jugement. h Le pourvoi devant cette Cour a été accueilli. Le juge Cartwright (alors juge puîné) affirme, à la p. 145:

[TRADUCTION] Un examen de la jurisprudence m'amène à conclure qu'il est établi depuis longtemps en Angleterre que la façon dont il faut procéder pour attaquer un jugement de la Haute Cour pour cause de fraude, ou pour en obtenir l'annulation en raison de la découverte subséquente d'éléments de preuve, consiste à intenter une action à cet effet, peu importe que la Cour d'appel ou un autre tribunal d'appel ait ou non confirmé le jugement attaqué ou en ait disposé autrement.

The first judgment had therefore been properly challenged by a direct action. The second judgment, not having been appealed or directly challenged, was binding. Cartwright J. said, at p. 146:

It follows that Manson J. had jurisdiction to entertain the action which was brought before him and his judgment in that action, not having been appealed from or otherwise impeached, is a valid judgment of the Court binding upon all those who were parties to it.

The cases cited above and the authorities referred to therein confirm the well-established and fundamentally important rule, relied on in the case at bar in the Manitoba Court of Appeal, that an order of a court which has not been set aside or varied on appeal may not be collaterally attacked and must receive full effect according to its terms.

The authorizations in question here are all orders of a superior court. Unless Parliament has altered or varied the rule above-described, it would apply in this case. It would then follow that in this action to determine the guilt or innocence of the accused the trial judge was in error in entertaining a collateral attack on the validity of the authorizations and, in effect, going behind them. Support for this view, with some qualifications for cases where there has been a defect on the face of the authorization or fraud, is to be found in *R. v. Welsh and Iannuzzi* (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), where Zuber J.A., at pp. 371-72, said:

Ordinarily the trial Court is obliged to simply accept the authorization at face value. Cases in which a trial Court could decline to accept the authorization would be rare indeed and, without attempting to set out an exhaustive list, would include cases in which the authorization was defective on its face, or was vitiated by reason of having been obtained by a fraud. However, even an authorization that was said to be defective on its face may attract the curative provisions of s. 178.16(2)(b) [now s. 178.16(3)(b)].

In the case at bar, the trial judge preferred to follow the reasoning of Meredith J., of the British Columbia Supreme Court, in *R. v. Wong* (No. 1) (1976), 33 C.C.C. (2d) 506, where he asserted a

Le premier jugement avait donc été attaqué régulièrement au moyen d'une action directe. Le second jugement, n'ayant fait l'objet d'aucun appel ni d'aucune attaque directe, liait les parties. Le juge Cartwright affirme, à la p. 146:

[TRADUCTION] Il s'ensuit que le juge Manson pouvait connaître de l'action intentée devant lui et que son jugement, n'ayant été ni porté en appel ni autrement attaqué, est un jugement valide qui lie toutes les parties au litige.

Les arrêts déjà cités ainsi que la jurisprudence qui y est mentionnée confirment la règle bien établie et fondamentalement importante sur laquelle la Cour d'appel du Manitoba s'est fondée en l'espèce. Cette règle porte qu'une ordonnance d'une cour, qui n'a été ni annulée ni modifiée en appel, ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte et doit être appliquée intégralement.

Les autorisations dont il est question en l'espèce sont toutes des ordonnances d'une cour supérieure. À moins que le Parlement n'ait de quelque façon modifié la règle précitée, elle s'applique en l'espèce. Il s'ensuit alors que, dans cette action visant à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, le juge du procès a eu tort de connaître d'une attaque indirecte portant sur la validité des autorisations et, en fait, de les vérifier. Sous réserve du cas où l'autorisation est à première vue entachée d'un vice et du cas où elle a été obtenue par la fraude, ce point de vue est appuyé par l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi* (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), où le juge Zuber affirme, aux pp. 371 et 372:

[TRADUCTION] Normalement, la cour de première instance doit simplement accepter l'autorisation telle quelle. Les cas où une cour de première instance pourrait refuser d'accepter l'autorisation seraient rares et, sans tenter de dresser une liste exhaustive, comprendraient ceux où elle est à première vue entachée d'un vice ainsi que ceux où elle a été obtenue par la fraude. Cependant, même une autorisation que l'on prétend entachée d'un vice à première vue peut bénéficier des dispositions réparatrices de l'al. 178.16(2)b) [l'actuel al. 178.16(3)b].

En l'espèce, le juge du procès a préféré suivre le raisonnement du juge Meredith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui, dans la décision *R. v. Wong* (No. 1) (1976), 33 C.C.C.

broader power in the trial judge to go behind the authorization.

The question then is: has Parliament by the enactment of Part IV.1 of the *Criminal Code* altered the rule which would render the authorizations immune from collateral attack? In my opinion, the answer must be no.

Section 178.16(1) deals with the admissibility of evidence obtained under the authority of the authorization. Subsection (3) gives the trial judge a discretion to admit evidence that is inadmissible under subs. (1) "by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization". The trial judge may be required to determine whether he will admit under subs. (3) evidence otherwise inadmissible under the provisions of Part IV.1 of the *Code*. This step, it would seem, would require some examination of the procedures followed in obtaining the authorization in order to determine whether evidence has been rendered inadmissible only by a defect or an irregularity of a non-substantive nature.

It is my opinion that the trial judge in reaching a conclusion on this subject is limited to a consideration of defects and irregularities which are apparent on the face of the authorization and he may not go behind it. Such a step would involve a collateral attack upon the authorization. It would require, in my opinion, much clearer statutory language than that employed in subs. (3) of s. 178.16 to permit such a step in the face of the clearly established rule. I find additional support for this view in the fact that once an authorization is granted s. 178.14 provides that all documents connected with it, save the authorization itself, be sealed in a packet and kept in the custody of the court, to be opened only for the purposes of a renewal or by an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge defined in s. 482 of the *Code*. Many trial judges will not fall into either of those categories and accordingly will not have authority to direct the opening of the sealed packet. It follows that a trial judge *qua* trial judge has not, and was not intended to have, access to the materials necessary to review the granting

(2d) 506, a reconnu au juge du procès un pouvoir plus étendu de vérifier l'autorisation.

a La question est donc la suivante: le Parlement a-t-il, par l'adoption de la partie IV.1 du *Code criminel*, modifié la règle selon laquelle les autorisations ne peuvent faire l'objet d'une attaque indirecte? À mon avis, la réponse doit être «non».

b Le paragraphe 178.16(1) traite de l'admissibilité de la preuve obtenue en vertu d'une autorisation. Le paragraphe (3) investit le juge du procès du pouvoir discrétionnaire d'admettre en preuve ce qui est irrecevable en vertu du par. (1), lorsque l'irrecevabilité «tient non pas au fond mais uniquement à un vice de forme ou de procédure dans la demande d'interception ou dans l'autorisation». Le juge du procès peut avoir à déterminer s'il admettra en vertu du par. (3) des éléments de preuve qui seraient par ailleurs irrecevables aux termes de la partie IV.1 du *Code*. Cela, semble-t-il, nécessiterait un certain examen de la procédure suivie pour obtenir l'autorisation, afin d'établir si l'irrecevabilité de la preuve tient uniquement à un vice de forme ou de procédure.

f J'estime qu'en statuant sur cette question, le juge du procès doit s'en tenir aux vices de forme et de procédure qui sont manifestes à la lecture de l'autorisation et qu'il ne peut la vérifier. S'il le faisait, cela constituerait une attaque indirecte contre l'autorisation. Étant donné la règle bien établie, il faudrait, selon moi, des dispositions législatives beaucoup plus claires que le par. 178.16(3) pour autoriser une telle vérification. Ce point de vue s'appuie en outre sur le fait que, une fois l'autorisation accordée, l'art. 178.14 prévoit g que tous les documents qui s'y rapportent, sauf l'autorisation elle-même, doivent être scellés dans un paquet qui doit être gardé par le tribunal. Ce paquet ne pourra être ouvert qu'aux fins d'un renouvellement ou conformément à l'ordonnance h d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'art. 482 du *Code*. Un bon nombre de juges du procès ne relèvent de ni l'une ni l'autre catégorie et, par conséquent, ils i n'ont pas le pouvoir d'ordonner l'ouverture du paquet scellé. Il s'ensuit qu'un juge du procès, à ce titre, n'a pas et on n'a pas voulu qu'il ait accès aux j

of the authorization. This makes any collateral attack on the authorization a virtual impossibility.

It should be observed as well that subs. (3) of s. 178.16 gives no power to go behind the authorization and no power to vary or question it. It merely provides that if in the performance of his task of determining the admissibility of evidence the trial judge forms the opinion that a relevant, private communication is inadmissible because of subs. (1) of s. 178.16 he may, if the admissibility results only because of a defect in form or an irregularity in procedure which is not substantive in the giving of the authorization, admit the evidence notwithstanding subs. (1). This subsection gives a power to the trial judge in appropriate circumstances to admit evidence despite its inadmissibility under the authorization, but it includes no power to attack the authorization itself. I have not overlooked the fact that this Court in *Charette v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 785, approved the judgment of Dubin J.A. in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, and that Dubin J.A. said in that case, at pp. 501-02:

A *voir dire* is not held to pass on the sufficiency of the evidence, but only to determine questions of admissibility. In cases such as these, initial issues as to the admissibility of the tendered evidence immediately arise. In order to render evidence of intercepted private communications admissible when Crown counsel relies upon an authorization, Crown counsel must first satisfy the trial Judge that the statutory conditions precedent have been fulfilled, *i.e.*, that the interceptions were lawfully made, and that the statutory notice was given. In a case where the Crown relies upon an authorization it is for the trial Judge to pass upon such matters as the validity of the authorization, and that the investigation authorized had been carried out in the manner provided for in the authorization. He must be satisfied that the authorization includes either as a named or unnamed person any of the parties to the communication, and, as I have said, that the statutory notice has been complied with.

In my view, these words do not support the notion that the trial judge may go behind the authorization. They indicate that consideration of the validity of the authorization on the part of the trial judge is limited to matters appearing on its face,

documents nécessaires pour examiner l'octroi de l'autorisation. Toute attaque indirecte contre l'autorisation devient dès lors quasi impossible.

a Il faut noter également que le par. 178.16(3) n'habilite ni à vérifier l'autorisation ni à la modifier ou à la mettre en doute. Il prévoit simplement que si, en s'acquittant de sa tâche de déterminer la recevabilité de la preuve, le juge du procès décide qu'une communication privée pertinente est irrecevable en raison du par. 178.16(1), il peut, si l'irrecevabilité tient uniquement à un vice de forme ou de procédure dont l'autorisation est entachée, admettre cette preuve nonobstant le par. (1). Ce paragraphe confère au juge du procès le pouvoir, dans des circonstances appropriées, d'admettre des éléments de preuve malgré leur irrecevabilité en vertu de l'autorisation, mais il ne confère aucun pouvoir d'attaquer l'autorisation elle-même. Je n'ignore pas que cette Cour, dans l'arrêt *Charette c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 785, a approuvé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, où le juge Dubin a affirmé, aux pp. 501 et 502:

[TRADUCTION] On ne tient pas un voir dire pour déterminer le caractère suffisant de la preuve, mais seulement pour résoudre les questions de recevabilité. *f* Dans des cas comme celui qui nous occupe, il se pose immédiatement des questions quant à la recevabilité de la preuve produite. Pour que soit recevable une preuve qui consiste en des communications privées interceptées par suite d'une autorisation, le substitut du procureur général doit en premier lieu convaincre le juge du procès qu'on a satisfait aux conditions préalables imposées par la loi, *c.-à-d.* que les interceptions ont été faites légalement et que l'avis exigé par la loi a été donné. Lorsque le ministère public invoque une autorisation, il appartient *g* au juge du procès de déterminer notamment si cette autorisation est valide et si l'enquête autorisée a été menée de la manière prévue dans ladite autorisation. Le juge doit être convaincu que l'autorisation vise, nommément ou d'une autre manière, les parties à la communication et, je le répète, il doit être convaincu que le préavis exigé par la loi a été donné.

À mon avis, ce passage n'appuie pas l'idée que le juge du procès peut vérifier l'autorisation. Il en ressort plutôt que, lorsque le juge du procès examine la validité d'une autorisation, il doit se limiter aux questions qui sont manifestes à sa lecture,

and it is my opinion that Dubin J.A. did not in that case assert a power in the trial judge to do more.

Since no right of appeal is given from the granting of an authorization and since prerogative relief by *certiorari* would not appear to be applicable (there being no question of jurisdiction), any application for review of an authorization must, in my opinion, be made to the court that made it. There is authority for adopting this procedure. An authorization is granted on the basis of an *ex parte* application. In civil matters, there is a body of jurisprudence which deals with the review of *ex parte* orders. There is a widely recognized rule that an *ex parte* order may be reviewed by the judge who made it. In *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192, Ritchie C.J. said, at p. 195:

The judge having in the first instance made an *ex parte* order, it was quite competent for him to rescind that order, on its being shown to him that it ought not to have been granted, and when rescinded it was as if it had never been granted . . .

This view is reflected in the words of Mathers C.J.K.B. in the case of *Stewart v. Braun*, [1924] 3 D.L.R. 941 (Man. K.B.), at p. 945:

But it frequently happens that Judges and judicial officers are called upon to make orders *ex parte*, where only one side is represented and where the order granted is not the result of a deliberate judicial decision after a hearing and argument. An application to rescind or vary an *ex parte* order is neither an appeal nor an application in the nature of an appeal and therefore the Judge or officer by whom such an order has been made, has since the Judicature Act, as he had before, the right to rescind or vary it . . .

Such power of review has been asserted and exercised in respect of authorizations to intercept private communications in *Re Stewart and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 306 (County Court, Ottawa-Carleton Judicial District (Ont.)), application for *certiorari* dismissed: (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (Ont.H.C.); *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 249

et j'estime que le juge Dubin, dans cet arrêt, n'a pas reconnu au juge du procès un pouvoir d'en faire davantage.

a Puisqu'il n'y a aucun droit d'appel contre l'octroi d'une autorisation et puisqu'il ne paraît pas y avoir lieu à *certiorari* (en l'absence d'une question de compétence), toute demande de révision d'une autorisation doit, selon moi, être adressée à la cour qui l'a accordée. Cette procédure est appuyée par la jurisprudence. Une autorisation est accordée par suite d'une demande *ex parte*. Il existe en matière civile un corps de jurisprudence qui porte sur la révision d'ordonnances rendues *ex parte*. Suivant une règle généralement acceptée, une ordonnance *ex parte* peut faire l'objet d'une révision par le juge qui l'a rendue. Dans l'arrêt *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 R.C.S. 192, le juge en chef Ritchie affirme, à la p. 195:

[TRADUCTION] Le juge de première instance ayant rendu une ordonnance *ex parte*, il avait pleinement compétence pour l'annuler du moment qu'on lui prouvait qu'elle n'aurait pas dû être accordée et, une fois annulée, c'était comme si elle n'avait jamais été accordée . . .

Ce point de vue se dégage des propos du juge en chef Mathers de la Cour du Banc du Roi dans l'arrêt *Stewart v. Braun*, [1924] 3 D.L.R. 941 (B.R. Man.), à la p. 945:

[TRADUCTION] Mais il arrive souvent que les juges et les officiers judiciaires soient appelés à rendre des ordonnances *ex parte*; dans ces cas, une seule partie est représentée et l'ordonnance ne résulte pas d'une décision judiciaire mûrement pesée et rendue à l'issue d'une audience et de débats. Une demande d'annulation ou de modification d'une ordonnance *ex parte* n'étant ni un appel ni l'équivalent d'un appel, le juge ou l'officier qui l'a rendue a, depuis l'adoption de *The Judicature Act*, tout comme il l'avait avant son adoption, le droit d'annuler ou de modifier ladite ordonnance . . .

i Ce pouvoir de révision a été invoqué et exercé à l'égard d'autorisations d'intercepter des communications privées dans les décisions suivantes: *Re Stewart and The Queen* (1975), 23 C.C.C. (2d) 306 (Cour de comté d'Ottawa-Carleton (Ont.)), demande de *certiorari* rejetée: (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (H.C. Ont.); *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 249

(B.C.S.C.), appeal dismissed for lack of jurisdiction (1976), 32 C.C.C. (2d) 254 (B.C.C.A.)

The exigencies of court administration, as well as death or illness of the authorizing judge, do not always make it practical or possible to apply for a review to the same judge who made the order. There is support for the proposition that another judge of the same court can review an *ex parte* order. See, for example, *Bidder v. Bridges* (1884), 26 Ch.D. 1 (C.A.), and *Boyle v. Sacker* (1888), 39 Ch.D. 249 (C.A.). In the case of *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union* (1959), 18 D.L.R.(2d) 625 (B.C.C.A.), Smith J.A. said, at pp. 626-27:

After considering the cases, which are neither as conclusive nor as consistent as they might be, I am of opinion that the weight of authority supports the following propositions as to one Judge's dealings with another Judge's *ex parte* order: (1) He has power to discharge the order or dissolve the injunction; (2) he ought not to exercise this power, but ought to refer the motion to the first Judge, except in special circumstances, *e.g.*, where he acts by consent or by leave of the first Judge, or where the first Judge is not available to hear the motion; (3) if the second Judge hears the motion, he should hear it *de novo* as to both the law and facts involved.

I would accept these words in the case of review of a wiretap authorization with one reservation. The reviewing judge must not substitute his discretion for that of the authorizing judge. Only if the facts upon which the authorization was granted are found to be different from the facts proved on the *ex parte* review should the authorization be disturbed. It is my opinion that, in view of the silence on this subject in the *Criminal Code* and the confusion thereby created, the practice above-described should be adopted.

An application to challenge an authorization should be brought as soon as possible. In most cases, because of the requirement for reasonable notice of intention to adduce wiretap evidence, it may be that the application can be made before trial. Otherwise, defence counsel wishing to challenge an authorization may, in accordance with

(C.S.C.-B.), appel rejeté pour cause d'incompétence (1976), 32 C.C.C. (2d) 254 (C.A.C.-B.)

Les exigences de l'administration judiciaire ainsi que le décès ou la maladie du juge qui a accordé l'autorisation font qu'il n'est pas toujours pratique ou possible d'adresser une demande de révision au juge qui a rendu l'ordonnance. Il ressort de la jurisprudence qu'un autre juge de la même cour peut réviser une ordonnance rendue *ex parte*. Voir, par exemple, les arrêts *Bidder v. Bridges* (1884), 26 Ch.D. 1 (C.A.) et *Boyle v. Sacker* (1888), 39 Ch.D. 249 (C.A.). Dans l'arrêt *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625 (C.A.C.-B.), le juge Smith affirme, aux pp. 626 et 627:

[TRADUCTION] Examen fait des arrêts, qui ne sont ni aussi concluants ni aussi uniformes qu'ils pourraient l'être, j'estime qu'il y a une jurisprudence prépondérante qui appuie les propositions suivantes relativement à la révision par un juge d'une ordonnance rendue *ex parte* par un autre juge: (1) il a le pouvoir d'annuler l'ordonnance ou l'injonction; (2) plutôt que d'exercer ce pouvoir, il devrait déferer la demande au premier juge, sauf dans des circonstances spéciales, par exemple, lorsqu'il agit avec le consentement ou l'autorisation du premier juge, ou lorsque celui-ci ne peut entendre la demande; (3) si le second juge entend la demande, il doit en reprendre l'audition au complet à la fois sur le plan du droit et celui des faits en cause.

J'estime qu'à une seule restriction près, ce passage s'applique à la révision d'une autorisation d'écoute électronique. Le juge chargé de la révision ne doit pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Il n'y a lieu de toucher à l'autorisation que s'il appert que les faits sur lesquels on s'est fondé pour l'accorder diffèrent de ceux prouvés dans le cadre de la révision *ex parte*. À mon avis, compte tenu du mutisme du *Code criminel* sur ce point et de la confusion qui en résulte, il convient de suivre la pratique déjà décrite.

Une demande visant à contester une autorisation doit être présentée dans les plus brefs délais. Le plus souvent, à cause de l'exigence d'un préavis raisonnable de l'intention de produire des éléments de preuve obtenus par écoute électronique, il se peut qu'une demande à cet effet puisse être présentée avant le procès. Sinon, l'avocat de la défense

the suggestion made by O'Sullivan J.A. in the case at bar, have to apply for an adjournment for this purpose.

It may be argued that where a trial judge happens to be of the same court that made the authorization order (as was the case in *Wong (No. 1), supra*) an application to review the authorization could be made to him directly, rather than incurring extra expense and needless delay by instituting completely separate proceedings. There may be some merit to this argument but, if such a review were undertaken, it would be done by the judge in his capacity as a judge of the court that made the original order and not in his capacity as trial judge.

In the case at bar, the trial judge held the wiretap evidence to be inadmissible and at the same time he stated that he did not need to go behind the authorizations. In my opinion, he did go behind the authorizations even though he did not consider it necessary to open the sealed packets. In so doing, for the reasons discussed above, he exceeded his jurisdiction. I am in substantial agreement with the Manitoba Court of Appeal that the trial judge was in error in refusing to admit the evidence which was tendered by the Crown. I would therefore dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

The reasons of Dickson and Chouinard JJ. were delivered by

DICKSON J.—The issue is whether a trial judge, who is a provincial court judge, can look behind an apparently valid wiretap authorization given by a superior court judge and rule intercepted private communications inadmissible in evidence.

I The Facts and Judicial History

The appellant, James Stephen Wilson, was tried before Dubienski Prov. Ct. J. of the Manitoba Provincial Court (Criminal Division) on nine counts, all related to betting. The Crown sought to

qui souhaite contester une autorisation peut, comme l'a proposé en l'espèce le juge O'Sullivan de la Cour d'appel, avoir à demander un ajournement à cette fin.

^a On peut soutenir que, lorsque le juge du procès est de la même cour que celle qui a rendu l'ordonnance portant autorisation (comme c'était le cas dans l'affaire *Wong (No. 1)*, précitée), ce juge ^b pourrait être saisi directement d'une demande de révision de l'autorisation, ce qui permettrait d'éviter les frais supplémentaires et les retards inutiles qu'entraîneraient des procédures tout à fait distinctes. Bien que cet argument puisse avoir un certain bien-fondé, si le juge devait entreprendre une telle révision, il le ferait en sa qualité de juge de la cour qui a rendu l'ordonnance initiale et non en sa qualité de juge du procès.

^c En l'espèce, le juge du procès a conclu à l'irrecevabilité de la preuve obtenue par écoute électronique, déclarant en même temps qu'il n'avait pas à vérifier les autorisations. Mais, selon moi, il a bel et bien vérifié les autorisations même s'il n'a pas jugé nécessaire d'ouvrir les paquets scellés. Ce faisant, pour les raisons déjà énoncées, il a outrepassé sa compétence. Pour l'essentiel, je partage l'avis de la Cour d'appel du Manitoba que le juge du procès a commis une erreur en refusant d'admettre la preuve produite par le ministère public. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance portant nouveau procès.

^d Version française des motifs des juges Dickson et Chouinard rendus par

^e LE JUGE DICKSON—La question est de savoir si le juge du procès, en l'occurrence un juge de la cour provinciale, peut vérifier une autorisation d'écoute électronique apparemment valide donnée par un juge d'une cour supérieure et conclure à l'irrecevabilité en preuve de communications privées interceptées.

I Les faits et l'historique des procédures judiciaires

^f L'appelant, James Stephen Wilson, a subi son procès devant le juge Dubienski de la Cour provinciale du Manitoba (Division criminelle) relativement à neuf chefs d'accusation se rapportant tous

adduce wiretap evidence. Dubienski Prov. Ct. J. ruled the evidence inadmissible as having been illegally obtained. The Crown's case collapsed and Wilson was acquitted on all nine counts. The issue on appeal is whether Dubienski Prov. Ct. J. exceeded his jurisdiction in refusing to admit the intercepted communications in evidence.

The tapes were made pursuant to four authorizations, obtained from judges of the Manitoba Court of Queen's Bench, concerning the accused Wilson and authorizing interceptions at named addresses. In each of the authorizations the following words appear:

AND UPON hearing read the affidavit of Detective Sergeant Anton Cherniak;

AND UPON being satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to grant this authorization and that other investigative procedures have been tried and have failed, that other investigative procedures are unlikely to succeed, and that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the undermentioned offences using only other investigative procedures;

Counsel for Wilson concedes all four authorizations are valid on their face. Police Inspector Anton Cherniak testified as to the manner in which the authorizations had been obtained. Cherniak said, in respect of the first authorization:

... while in company with Mr. John Guy [a Crown counsel and designated agent] we attended in judges chambers before Mr. Justice Hunt. Mr. Justice Hunt was supplied with an application. He appeared to read it. He was supplied with an affidavit. He appeared to read it. He was then supplied with an authorization. He appeared to read it and he then applied his signature, in my presence, to the authorization.

Testimony with respect to the other authorizations was virtually the same. On cross-examination, Inspector Cherniak added that he might have been asked a number of questions. Wilson's counsel spent considerable time cross-examining Cherniak about the matters referred to in ss. 178.12(1)(g) and 178.13(1)(b) of the *Criminal Code*:

aux paris. Le ministère public a cherché à produire des éléments de preuve obtenus par écoute électronique. Le juge Dubienski les a déclarés irrecevables pour le motif qu'ils avaient été illégalement obtenus. Le ministère public n'ayant plus aucune preuve à l'appui des accusations, Wilson a été acquitté relativement à chacun des neuf chefs. La question sur laquelle porte le pourvoi est de savoir si le juge Dubienski a outrepassé sa compétence en refusant d'admettre en preuve les communications interceptées.

Les enregistrements ont été faits en vertu de quatre autorisations accordées par des juges de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Chacune de ces autorisations, qui visent l'accusé Wilson et permettent des interceptions aux adresses indiquées, contient les mots suivants:

[TRADUCTION] LECTURE FAITE de l'affidavit du sergent-détective Anton Cherniak;

ÉTANT CONVAINCU que l'octroi de cette autorisation sert au mieux l'administration de la justice, que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, et que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative aux infractions mentionnées ci-après en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête;

L'avocat de Wilson reconnaît que les quatres autorisations sont toutes valides à première vue. L'inspecteur de police Anton Cherniak a témoigné concernant la manière dont les autorisations ont été obtenues. Il a affirmé relativement à la première autorisation:

[TRADUCTION] ... accompagnés de M^e John Guy [substitut du procureur général et représentant désigné], nous avons comparu devant le juge Hunt siégeant en chambre. On lui a présenté une demande qu'il a paru lire. On lui a remis un affidavit qu'il a paru lire. Puis on lui a présenté une autorisation. Il a paru la lire, après quoi il y a apposé sa signature en ma présence.

Le témoignage quant aux autres autorisations est quasi identique. Au cours de son contre-interrogatoire, l'inspecteur Cherniak a ajouté qu'on lui avait peut-être posé un certain nombre de questions. L'avocat de Wilson a passé beaucoup de temps à contre-interroger Cherniak sur les points visés aux al. 178.12(1)(g) et 178.13(1)(b) du *Code criminel*:

178.12 (1) An application for an authorization shall be made *ex parte* and in writing . . .

and shall be accompanied by an affidavit which may be sworn on the information and belief of a peace officer or public officer deposing to the following matters, namely:

(g) whether other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears they are unlikely to succeed or that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

178.13 (1) An authorization may be given if the judge to whom the application is made is satisfied

(a) that it would be in the best interests of the administration of justice to do so; and

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures.

The questions related to the actual state of facts at the time the authorizations were applied for and not to the contents of the affidavits. The Crown made no objection to this line of questioning. On the basis of Cherniak's testimony at trial, Dubienski Prov. Ct. J. decided none of the three alternative pre-conditions of s. 178.13(1)(b) had been met at the time the authorizations were given: (i) no other investigative procedures had been tried and failed, (ii) there was no evidence other investigative procedures were unlikely to succeed, (iii) there was no urgency. The judge concluded that the improper granting of the authorizations was not due to any error on the part of the authorizing judges, but due to the fault of the police.

My whole problem was that the evidence that was before me, as presented by the police, was quite different from the evidence that would appear to have been given and upon which the authorizations were based.

He further commented:

I am inclined to say the police have developed a pattern of application based on routine.

178.12 (1) Une demande d'autorisation doit être présentée *ex parte* et par écrit . . .

et il doit y être joint une déclaration assermentée d'un agent de la paix ou d'un fonctionnaire public pouvant être faite sur la foi de renseignements tenus pour vérifiques et indiquant ce qui suit:

b) si d'autres méthodes d'enquête ont ou non été essayées, si elles ont ou non échoué, ou pourquoi elles paraissent avoir peu de chance de succès, ou si, étant donné l'urgence de l'affaire, il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

178.13 (1) Une autorisation peut être donnée si le juge auquel la demande est présentée est convaincu

a) que l'octroi de cette autorisation servirait au mieux l'administration de la justice; et

b) que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête.

e Les questions portaient sur la situation de fait au moment où les autorisations ont été demandées et non pas sur la teneur des affidavits. Le ministère public ne s'est pas opposé à ce genre de questions. f Se fondant sur le témoignage rendu par Cherniak au procès, le juge Dubienski a conclu qu'au moment de l'octroi des autorisations, on n'avait satisfait à aucune des trois conditions préalables énoncées à l'al. 178.13(1)b): (i) aucune autre méthode d'enquête n'avait été essayée ni n'avait échoué, (ii) rien n'indiquait que d'autres méthodes d'enquête avaient peu de chance de succès, (iii) il ne s'agissait pas d'un cas urgent. Le juge a conclu que l'irrégularité de l'octroi des autorisations était attribuable non pas à une erreur quelconque de la part des juges qui les ont accordées, mais à la faute de la police.

i [TRADUCTION] Ce qui m'embarrassait c'était que la preuve que m'avait soumise la police différait sensiblement de celle sur laquelle les autorisations semblaient se fonder.

j Il ajoute:

[TRADUCTION] Je suis porté à dire que la police a adopté une méthode de demande routinière.

It would be carrying it too far to say Dubienski Prov. Ct. J. concluded the authorizations had been obtained by fraud, but, at least, he assumed there had been insufficient or false information in the affidavits. This determination was reached without examination of the affidavits. They remain in sealed packets, pursuant to s. 178.14 of the *Code*, and Dubienski Prov. Ct. J., as a provincial court judge, had no authority to order the opening of the packets. The judge decided the interceptions of private communications had not been lawfully made and to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute. He therefore excluded the evidence.

The Crown appealed the acquittals to the Manitoba Court of Appeal, which unanimously allowed the appeal and ordered a new trial. Monnin J.A., as he then was, and Matas J.A. concurring, concluded that an authorization issued by a superior court could not be collaterally challenged in a provincial court. In separate reasons, O'Sullivan J.A. said that an authorization granted in a superior court could not be collaterally attacked in any court and could not be attacked at all in an inferior court.

In the Manitoba Court of Appeal and in this Court counsel for Wilson argued, as an additional point, that the requirement under s. 178.16(4) to give notice of intention to adduce wiretap evidence had not been proven at trial. The Manitoba Court of Appeal rejected this argument. In this Court we gave our opinion on the day of hearing that notice had been sufficiently proven. Thus, the only outstanding issue is the trial judge's treatment of the authorizations.

II The Reviewability of Authorizations

An authorization to intercept a private communication is an *ex parte* order which may be made by a judge of a superior court of criminal jurisdiction, as defined in s. 2 of the *Criminal Code*, or a judge, as defined in s. 482. That means

Il serait exagéré de dire que le juge Dubienski a conclu que les autorisations ont été obtenues par la fraude, mais, à tout le moins, il a présumé que les affidavits contenaient des renseignements insuffisants ou faux. Il a tiré cette conclusion sans avoir examiné les affidavits. Ils sont demeurés dans des paquets scellés comme l'exige l'art. 178.14 du *Code*, et le juge Dubienski, en sa qualité de juge d'une cour provinciale, n'avait pas le pouvoir d'ordonner l'ouverture des paquets. Le juge a décidé que les communications privées n'avaient pas été interceptées légalement et qu'on ne saurait les recevoir en preuve sans ternir l'image de la justice. Il les a donc écartées.

Le ministère public en a appelé des acquittements devant la Cour d'appel du Manitoba qui, à l'unanimité, a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Le juge Monnin (c'était alors son titre), aux motifs duquel a souscrit le juge Matas, a conclu qu'une autorisation délivrée par une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement devant une cour provinciale. Dans des motifs distincts, le juge O'Sullivan a affirmé qu'une autorisation accordée par une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement devant une cour et ne peut absolument pas être attaquée devant une cour inférieure.

En Cour d'appel du Manitoba et en cette Cour, l'avocat de Wilson a fait valoir en outre qu'on n'avait pas prouvé au procès qu'il y a eu respect du par. 178.16(4) qui exige un préavis de l'intention de produire des éléments de preuve obtenus par écoute électronique. La Cour d'appel du Manitoba a rejeté cet argument. Au cours de l'audience en cette Cour, nous avons exprimé l'opinion qu'on avait donné une preuve suffisante du préavis. Ainsi, la seule question qui demeure en litige porte sur la manière dont le juge du procès a traité les autorisations.

II Les autorisations sont-elles susceptibles de révision?

Une autorisation d'intercepter une communication privée constitue une ordonnance *ex parte* qui peut être rendue par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle au sens de l'art. 2 du *Code criminel*, ou par un juge visé à l'art. 482. Cela

that in Manitoba authorizations may be obtained from judges of the Court of Appeal, the Court of Queen's Bench, or a County Court. The designations in other provinces are slightly different; I will use the Manitoba references in the following discussion.

To what extent, if any, and in what manner are authorizations reviewable? The Manitoba Court of Appeal identified two problems in the present case: (i) an inferior court had refused to accept the validity of superior court authorizations, and (ii) collateral attack. I will deal with the latter point first.

(A) Collateral Attack

In dealing with the issue of collateral attack I will, for the moment, put to one side the question of a trial judge assessing an authorization given by a higher court. I will assume that the trial judge is of the same court, or a higher court, than the judge who gave the authorization.

The collateral attack issue is this: in the absence of an actual application to set aside the authorization, can a trial judge, *qua* trial judge, consider the validity of an authorization in order to determine the admissibility of evidence? O'Sullivan J.A., as I indicated, expressed the view that a superior court authorization could not be collaterally attacked in any court. That was perhaps implicit in the judgment of Monnin J.A. In the earlier case of *R. v. Dass* (1979), 47 C.C.C. (2d) 194 (Man. C.A.), Huband J.A., speaking for a five judge Court, said this, at p. 214:

A question arose as to whether objection could be taken in this Court, to evidence flowing from an interception which had been authorized by a Court order made by a Justice of the Manitoba Court of Queen's Bench There is a well-recognized rule that the orders of a superior Court cannot be made the subject of a collateral attack: see *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140 at p. 193. In this instance, however, defence counsel does not complain that an application to intercept communications was made. He does not complain that an

signifie qu'au Manitoba des autorisations peuvent être accordées par un juge de la Cour d'appel, un juge de la Cour du Banc de la Reine ou un juge d'une cour de comté. Les appellations dans les autres provinces sont légèrement différentes, mais, aux fins de la présente analyse, j'emploierai celles du Manitoba.

Dans quelle mesure, s'il y a lieu, et de quelle manière les autorisations peuvent-elles être révisées? La Cour d'appel du Manitoba a cerné deux problèmes: (i) celui d'une cour inférieure qui a refusé de reconnaître la validité d'autorisations émanant d'une cour supérieure, et (ii) celui d'une attaque indirecte. J'examinerai d'abord le second point.

(A) L'attaque indirecte

Dans mon étude de la question de l'attaque indirecte, j'ignorerai pour le moment la question du juge du procès qui examine une autorisation donnée par une cour d'instance supérieure. Je tiendrai pour acquis que le juge du procès est de la même cour ou d'une cour d'instance supérieure par rapport au juge qui a accordé l'autorisation.

La question de l'attaque indirecte peut se formuler de la façon suivante: en l'absence d'une requête en annulation de l'autorisation, un juge du procès peut-il, à ce titre, examiner la validité de cette autorisation afin de déterminer sa recevabilité en preuve? Le juge O'Sullivan, comme je l'ai déjà souligné, a exprimé l'avis qu'une autorisation émanant d'une cour supérieure ne peut être attaquée indirectement devant une cour. Cela se dégage peut-être implicitement des motifs du juge Monnin. Dans l'arrêt antérieur *R. v. Dass* (1979), 47 C.C.C. (2d) 194 (C.A. Man.), le juge Huband, s'exprimant au nom de la cour qui était composée de cinq juges, affirme, à la p. 214:

[TRADUCTION] On s'est demandé si, en cette cour, on peut s'objecter à l'admission d'éléments de preuve découlant d'une interception autorisée par une ordonnance émanant d'un juge de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba ... Il existe une règle bien établie selon laquelle les ordonnances d'une cour supérieure ne peuvent faire l'objet d'une attaque indirecte: voir *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140, à la p. 193. En l'espèce, toutefois, l'avocat de la défense ne se plaint pas de ce qu'on a demandé l'autorisation d'intercepter des com-

order was granted. He does not complain as to the terms or the wording of the order, except for the substitution of one location for another as previously discussed. The complaint is not as to the order itself, but rather as to the means by which the order was implemented. The issue raised is therefore not an attack on the order itself, and consequently it is an appropriate subject-matter for the consideration of this Court on appeal. [Emphasis added.]

The exception was, however, a broad qualification. There had been a renewal of the authorization in which a new location had been added; the Court of Appeal concluded that was improper; to that extent the renewal was invalid, and any communications intercepted at the new location should not have been admitted in evidence. (Nonetheless, s. 613(1)(b)(iii) was applied.) Despite its asseveration to the contrary, it is hard to conclude that the Manitoba Court of Appeal did not, in effect, collaterally attack the authorization in *Dass*.

I accept the general proposition that a court order, once made, cannot be impeached otherwise than by direct attack by appeal, by action to set aside, or by one of the prerogative writs. This general rule is, however, subject to modification by statute. In my view, Parliament has indeed modified the rule in the enactment of two provisions of Part IV.I of the *Criminal Code*, ss. 178.16(1) and 178.16(3)(b):

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(3) Where the judge or magistrate presiding at any proceedings is of the opinion that a private communication that, by virtue of subsection (1), is inadmissible as evidence in the proceedings

munications. Il ne se plaint pas de ce qu'une ordonnance a été accordée. Il ne se plaint pas des termes ou de la formulation de l'ordonnance, sauf pour ce qui est de la substitution d'un lieu à un autre, comme je l'ai déjà dit. La plainte vise non pas l'ordonnance elle-même, mais plutôt la façon dont elle a été exécutée. La question soulevée n'attaque donc pas l'ordonnance elle-même et, par conséquent, elle se prête à un examen par cette cour dans le cadre de l'appel. [C'est moi qui souligne.]

b L'exception était cependant d'une portée très large. On avait renouvelé l'autorisation dans laquelle un nouveau lieu avait été ajouté; la Cour d'appel a conclu que cela était irrégulier, que dans cette mesure le renouvellement était invalide et que les communications interceptées au nouveau lieu n'auraient pas dû être admises en preuve. (On a néanmoins appliqué le sous-al. 613(1)b)(iii).) Même si elle affirme le contraire, il est difficile de conclure que la Cour d'appel du Manitoba n'a pas en réalité attaqué indirectement l'autorisation dans l'arrêt *Dass*.

e J'accepte la thèse générale portant qu'une fois rendue, l'ordonnance d'une cour peut être mise en question autrement que par une attaque directe au moyen d'un appel, d'une requête en annulation ou d'un bref de prérogative. Cette règle générale peut toutefois être modifiée par voie législative. À mon avis, le Parlement a effectivement modifié la règle en adoptant deux dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel*, savoir le par. 178.16(1) et l'al. 178.16(3)b):

g **178.16 (1)** Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- i** a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

j **(3)** Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou magistrat qui préside à une instance quelconque peut déclarer admissible en preuve une communication privée qui serait irrecevable en vertu du paragraphe (1), s'il estime

(a) is relevant to a matter at issue in the proceedings, and

b) is inadmissible as evidence therein by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure, not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization under which such private communication was intercepted,

he may, notwithstanding subsection (1), admit such private communication as evidence in the proceedings.

The present s. 178.16(3) was formerly, with slightly different wording, s. 178.16(2).

(i) Invalidity on the Face of the Authorization

On what basis can a trial judge assess the validity? This Court has been receptive to the view that a trial judge can collaterally attack an authorization. In *Charette v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 785, affirming, *sub nom. R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.), the trial judge had concluded the superior court authorization was invalid on its face and refused to admit the evidence obtained pursuant to it. The Ontario Court of Appeal disagreed, holding the authorization was valid on its face, but the Court accepted the submission that the trial judge had jurisdiction to consider the validity of the authorization. In *Charette* this Court adopted the reasons of Dubin J.A., which included the following passage at pp. 501-02:

A *voir dire* is not held to pass on the sufficiency of the evidence, but only to determine questions of admissibility. In cases such as these, initial issues as to admissibility of the tendered evidence immediately arise. In order to render evidence of intercepted private communications admissible when Crown counsel relies upon an authorization, Crown counsel must first satisfy the trial Judge that the statutory conditions precedent have been fulfilled, *i.e.*, that the interceptions were lawfully made, and that the statutory notice was given. In a case where the Crown relies upon an authorization it is for the trial Judge to pass upon such matters as the validity of the authorization, and that the investigation authorized had been carried out in the manner provided for in the authorization. He must be satisfied that the authorization includes either as a named or unnamed person any

a) qu'elle concerne un des points en litige; et

b) que l'irrecevabilité tient non pas au fond mais uniquement à un vice de forme ou de procédure dans la demande d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet.

L'actuel par. 178.16(3) était autrefois le par. 178.16(2) dont la formulation était légèrement différente.

(i) L'invalidité à première vue de l'autorisation

Sur quoi le juge du procès peut-il se fonder pour déterminer la validité d'une autorisation? Cette Cour s'est montrée réceptive à l'avis que le juge du procès peut attaquer indirectement une autorisation. Dans l'affaire *Charette c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 785, confirmant sous l'intitulé *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.), le juge du procès avait conclu que l'autorisation accordée par la cour supérieure était invalide à première vue et a refusé d'admettre la preuve obtenue en application de cette autorisation. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas partagé cet avis; elle a conclu que l'autorisation était valide à première vue, mais elle a retenu l'argument portant que le juge du procès avait compétence pour en examiner la validité. Dans l'arrêt *Charette*, cette Cour a fait siens les motifs du juge Dubin de la Cour d'appel, qui affirme notamment, aux pp. 501 et 502:

[TRADUCTION] On ne tient pas un *voir dire* pour déterminer le caractère suffisant de la preuve, mais seulement pour résoudre les questions de recevabilité. Dans des cas comme celui qui nous occupe, il se pose immédiatement des questions quant à la recevabilité de la preuve produite. Pour que soit recevable une preuve qui consiste en des communications privées interceptées par suite d'une autorisation, le substitut du procureur général doit en premier lieu convaincre le juge du procès qu'on a satisfait aux conditions préalables imposées par la loi, c.-à-d. que les interceptions ont été faites légalement et que l'avis exigé par la loi a été donné. Lorsque le ministère public invoque une autorisation, il appartient au juge du procès de déterminer notamment si cette autorisation est valide et si l'enquête autorisée a été menée de la manière prévue dans ladite autorisation. Le

of the parties to the communication, and, as I have said, that the statutory notice has been complied with.

The determination of whether the statutory conditions precedent have been fulfilled rests exclusively with the trial Judge and are properly determined in a *voir dire*. [Emphasis added.]

The trial judge has the responsibility of deciding upon the admissibility of evidence. Section 178.16(1) says that, absent consent, evidence of a private communication can only be introduced if the interception was lawful. Absent consent, an interception is only lawful if made pursuant to an authorization given in accordance with Part IV.I of the *Criminal Code*. The fact that an authorization purports to be made under Part IV.I is insufficient. Section 178.16(3)(b) gives the trial judge discretion to admit unlawfully obtained evidence if there is a non-substantive defect in form or irregularity in procedure in the giving of the authorization. The corollary would seem to be that if the defect or irregularity is substantive, there is no such discretion and the evidence is inadmissible. If a court order authorizing the interception were conclusive, even if it did not comply with Part IV.I, there would be no need for the curative provisions of s.178.16(3)(b). The combination of ss. 178.16(1)(a) and 178.16(3)(b) requires the trial judge to consider whether the authorization was valid. The fact that it amounts to what might be called a collateral attack is no bar.

(ii) Going Behind an Apparently Valid Authorization

Does the same *rationale* apply when the question is one of going behind an apparently valid authorization? In the present case Dubienski, Prov. Ct. J. claimed he was not going behind the authorizations. In my view that position is untenable. When a trial judge rules evidence inadmissible because the authorization, although valid on its face, was not lawfully obtained, it can scarcely be said that he is not going behind the authorization. He is not necessarily declaring the authoriza-

juge doit être convaincu que l'autorisation vise, nommément ou d'une autre manière, les parties à la communication et, je le répète, il doit être convaincu que le préavis exigé par la loi a été donné.

a Il appartient exclusivement au juge du procès de déterminer si on a satisfait aux conditions préalables qu'impose la loi et c'est au cours d'un *voir dire* qu'il doit le faire. [C'est moi qui souligne.]

b C'est au juge du procès qu'il incombe de décider de la recevabilité de la preuve. Le paragraphe 178.16(1) édicte que, en l'absence de consentement, une communication privée ne peut être produite en preuve que si elle a été interceptée légalement. En l'absence de consentement, une interception n'est légale que si elle est faite conformément à une autorisation accordée en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel*. Il ne suffit pas qu'une autorisation soit apparemment donnée en vertu de la partie IV.1. L'alinéa 178.16(3)b confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'admettre des éléments de preuve obtenus illégalement dans le cas où l'octroi de l'autorisation n'est entaché que d'un vice de forme ou de procédure. Il paraît s'ensuivre que, s'il s'agit d'un vice de fond, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire et la preuve est irrecevable. Si une ordonnance d'une cour autorisant l'interception était concluante, même si elle n'était pas conforme à la partie IV.1, les dispositions réparatrices de l'al. 178.16(3)b seraient dès lors inutiles. Les alinéas 178.16(1)a et 178.16(3)b ont pour effet cumulatif d'exiger du juge du procès qu'il détermine si l'autorisation est valide. Le fait que cela corresponde à ce qu'on pourrait appeler une attaque indirecte ne constitue pas un empêchement.

c *h* (ii) La vérification d'une autorisation apparemment valide

En va-t-il de même lorsqu'il s'agit de vérifier une autorisation apparemment valide? En l'espèce, le juge Dubienski a affirmé qu'il ne vérifiait pas les autorisations. À mon avis, cette affirmation est insoutenable. Quand un juge du procès conclut à l'irrecevabilité d'une preuve parce que l'autorisation, bien que valide à première vue, n'a pas été obtenue légalement, on ne saurait sûrement pas prétendre qu'il n'a pas vérifié cette autorisation. Il ne la déclare pas nécessairement invalide à toutes

tion invalid for all purposes; he is not actually setting it aside; but he is, for the purpose of determining the admissibility of evidence, going behind the authorization. Is there jurisdiction to do so?

a I am of the view that ss. 178.16(1)(a) and 178.16(3)(b) apply to give the trial judge authority to go behind an apparently valid authorization. There is nothing in the language of the sections justifying a distinction between that which appears on the face of the record and that which is *dehors* the record. There is nothing limiting the trial judge to an examination only of what appears on the face of the authorization. To impose such a restriction as a matter of statutory interpretation would unnecessarily fetter his ability to determine whether the wiretap evidence is admissible. In many cases wiretap evidence may be the only evidence against the accused. It must be noted that not only does s. 178.16(3)(b) refer to defects or irregularities in the giving of the authorization, but also in the application for the authorization. Once again, since s. 178.16(3)(b), in effect, gives a discretion to cure for non-substantive defects or irregularities it would seem to follow as a necessary inference that substantive defects or irregularities in the application for the authorization will result in the evidence being inadmissible. In *R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169 (B.C.C.A.), Lambert J.A. expressed this view at p. 176:

Subsection (2)(b) [now 178.16(3)(b)] of that section contemplates that any defect or irregularity in the application for or the giving of the authorization may make a private communication inadmissible, and that if it is inadmissible and if the defect or irregularity is a substantive one, then there is no discretion in the trial Judge to admit the private communication.

i I think that s. 178.16 defines its own concepts and that if, in the application for the authorization, or in the giving of the authorization, there is a substantive defect or irregularity, then the interception cannot be regarded as being lawfully made within the meaning of s. 178.16(1)(a). A private communication intercepted under such an authorization would be inadmissible. In reaching that conclusion, I disagree on this narrow point with the reasons of Anderson J. of the Supreme Court of British Columbia in *Re Miller and Thomas and The Queen* (1976), 23 C.C.C. (2d) 257, 59 D.L.R. (3d) 679, 32 C.R.N.S. 192, and with the reasons of McDonald J.

fins que ce soit, il ne l'annule pas vraiment, mais il la vérifie pour déterminer la recevabilité de la preuve. A-t-il compétence pour le faire?

b J'estime que les al. 178.16(1)a) et 178.16(3)b) confèrent au juge du procès le pouvoir de vérifier une autorisation apparemment valide. Rien dans ces alinéas ne justifie une distinction entre ce qui est manifeste à la lecture du dossier et ce qui est en dehors du dossier. Il n'y a rien qui limite le juge du procès à un examen de ce qui manifeste à la lecture de l'autorisation. L'imposition d'une telle restriction par voie d'interprétation législative aurait pour effet d'entraver inutilement sa capacité de décider de la recevabilité de la preuve obtenue par écoute électronique. Il peut arriver, dans bien des cas, que cette preuve soit la seule qui existe contre l'accusé. Il faut noter que l'al. 178.16(3)b) parle non seulement des vices de forme ou de procédure dans l'autorisation elle-même, mais aussi de ceux dans la demande d'autorisation. Je le répète, puisque l'al. 178.16(3)b) a pour effet d'accorder un pouvoir discrétionnaire de remédier aux vices de forme ou de procédure, il paraît s'ensuivre nécessairement que des vices de fond dans la demande d'autorisation rendent la preuve inadmissible. C'est l'avis qu'a exprimé le juge Lambert dans l'arrêt *R. v. Gill* (1980), 56 C.C.C. (2d) 169 (C.A.C.-B.), à la p. 176:

[TRADUCTION] Suivant l'al. (2)b) [l'actuel al. 178.16(3)(b)] de cet article, tout vice dans la demande d'autorisation ou dans l'autorisation elle-même peut rendre inadmissible une communication privée, auquel cas, s'il s'agit d'un vice de fond, le juge du procès n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'admettre cette communication.

j J'estime que l'art. 178.16 définit ses propres notions et que si la demande d'autorisation ou l'autorisation elle-même est entachée d'un vice de fond, alors l'interception ne peut être considérée comme ayant été faite légalement au sens de l'al. 178.16(1)a). Une communication privée interceptée en vertu d'une telle autorisation serait irrecevable. Donc, sur ce point précis, je suis en désaccord avec les motifs rendus par le juge Anderson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Miller and Thomas and The Queen* (1976), 23 C.C.C. (2d) 257, 59 D.L.R. (3d) 679, 32 C.R.N.S. 192, et ceux rendus par le juge McDonald de la Cour

of the Alberta Supreme Court, Trial Division, in *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58, [1976] W.W.D. 100.

A view similar to that of Lambert J.A. was expressed by Meredith J. in *R. v. Wong (No. 1)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 506 (B.C.S.C.), a case relied upon by Dubienski Prov. Ct. J. *Wong (No. 1)* involved, as does the present case, a question of compliance with s. 178.13(1)(b).

Notwithstanding what has been said by D.C. McDonald, J., in the case cited above, it seems to me to follow by necessary inference that a substantive defect of form or irregularity in procedure in an application for or the giving of the authorization may render the evidence of the communication intercepted as a result, inadmissible as unlawful. Thus, it seems to me that as I am the Judge who must rule on the admissibility of evidence in this case, I must consider whether there has been a substantive defect of form or irregularity in procedures as might render the evidence inadmissible. I do not think that such an examination requires that the *ex parte* order by which the authorization was granted be reviewed or set aside. [At pp. 509-10].

R. v. Ho (1976), 32 C.C.C. (2d) 339 (Vancouver Co. Ct. (B.C.)) is to the same effect. See Krever J. in *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (Ont. H.C.), at p. 400. See also Manning, *The Protection of Privacy Act*, (1974) at pp. 135-37; Bellemare, *La révision d'une autorisation en écoute électronique* (1979), 39 R. du B. 496.

As noted in the above-quoted passages, there is a contrary view, expressed most strongly by McDonald J. in *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58 (Alta. S.C.), and by Anderson J. in *Re Miller and Thomas and The Queen* (1976), 23 C.C.C. (2d) 257 (B.C.S.C.) I will refer specifically to the arguments raised by McDonald J. in *Donnelly and Acheson*, considerably influenced by the wording of s. 178.14:

178.14 (1) All documents relating to an application made pursuant to section 178.12 or subsection 178.13(3) are confidential and, with the exception of the authori-

suprême de l'Alberta, Division de première instance, dans la décision *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58, [1976] W.W.D. 100.

a Le juge Dubienski s'est fondé sur la décision *R. v. Wong (No. 1)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 506 (C.S.C.-B.), où le juge Meredith exprime un avis semblable à celui du juge Lambert. Dans cette affaire, tout comme dans la présente espèce, la question était de savoir si l'on s'était conformé à l'art. 178.13(1)b).

b [TRADUCTION] Nonobstant ce qu'a dit le juge D.C. McDonald dans la décision précitée, il me semble s'ensuivre nécessairement qu'un vice de fond dans une demande d'autorisation ou dans l'autorisation elle-même peut rendre irrecevable pour cause d'ilégalité la communication interceptée par suite de cette autorisation. Ainsi, il me semble que, puisque je suis le juge à qui il incombe de décider de la recevabilité de la preuve en l'espèce, je me dois de déterminer s'il y a un vice de fond qui est de nature à rendre la preuve irrecevable. Je ne crois pas qu'un tel examen nécessite la révision ou l'annulation de l'ordonnance *ex parte* accordant l'autorisation. [aux pp. 509 et 510].

c Le jugement *R. v. Ho* (1976), 32 C.C.C. (2d) 339 (Cour de comté de Vancouver (C.-B.)) va dans le même sens. Voir les motifs du juge Krever dans l'affaire *Re Stewart and The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 391 (H.C. Ont.), à la p. 400. Voir aussi Manning, *The Protection of Privacy Act* (1974), aux pp. 135 à 137; Bellemare, *La révision d'une autorisation en écoute électronique* (1979), 39 R. du B. 496.

d Comme on a pu le constater dans les passages précités, il y a un point de vue contraire qui est exprimé le plus énergiquement par le juge McDonald dans l'affaire *Re Donnelly and Acheson and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 58 (C.S. Alb.) et le juge Anderson dans l'affaire *Re Miller and Thomas and The Queen* (1976), 23 C.C.C. (2d) 257 (C.S.C.-B.). Je me rapporterai particulièrement aux points soulevés par le juge McDonald dans l'affaire *Donnelly and Acheson*, qui tiennent dans une large mesure de la formulation de l'art. 178.14:

e **178.14 (1)** Tous les documents relatifs à une demande faite en application de l'article 178.12 ou du paragraphe 178.13(3) sont confidentiels et, à l'exception de l'autori-

zation, shall be placed in a packet and sealed by the judge to whom the application is made immediately upon determination of such application, and such packet shall be kept in the custody of the court in a place to which the public has no access or in such other place as the judge may authorize and shall not be

(a) opened or the contents thereof removed except

(i) for the purpose of dealing with an application for renewal of the authorization, or

(ii) pursuant to an order of a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 482; and

(b) destroyed except pursuant to an order of a judge referred to in subparagraph (a)(ii).

(2) An order under subsection (1) may only be made after the Attorney General or the Solicitor General by whom or on whose authority the application was made for the authorization to which the order relates has been given an opportunity to be heard.

McDonald J. started with the assumption that, but for s. 178.16(2)(b) (now 3(b)), he would have thought "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) meant in accordance with an apparently valid authorization. He conceded that s. 178.16(2)(b) appeared to imply that the evidence was inadmissible if there were a substantive defect in form or irregularity in procedure in the application for the authorization. He declined, however, to draw this inference, at the same time acknowledging that this relegated portions of s. 178.16(2)(b) to mere surplusage. He sought to avoid three consequences he asserted would flow if s. 178.16(2)(b) were interpreted to enable a trial judge to go behind an apparently valid authorization.

(1) That which was on its face lawfully done, pursuant to an order (*i.e.*, the authorization) of a Judge of a superior or district Court, would be held to have been unlawful. The trial Judge would retrospectively render unlawful that which had appeared to be lawful. I should think that a statute which is said to give a trial Judge such a power should be scrutinized very carefully to determine whether such a power has in fact been given by Parliament.

(2) The contents of the affidavit would be disclosed to public view even though it might reveal investigations not only which led to the prosecution of the accused but

sation, doivent être placés dans un paquet scellé par le juge auquel la demande est faite dès qu'une décision est prise au sujet de cette demande; ce paquet doit être gardé par le tribunal, en un lieu auquel le public n'a pas accès ou en tout autre lieu que le juge peut autoriser et il ne doit pas

a) être ouvert et son contenu ne doit pas être enlevé, si ce n'est

b) (i) pour traiter d'une demande de renouvellement de l'autorisation, ou

b) (ii) en application d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'article 482; ni

c) b) être détruit, si ce n'est en application d'une ordonnance d'un juge mentionné au sous-alinéa a)(ii).

d) (2) Une ordonnance prévue au paragraphe (1) ne peut être rendue qu'après que le procureur général ou le solliciteur général qui a demandé l'autorisation à laquelle les documents visés par l'ordonnance se rapportent, ou sur l'ordre de qui cette demande a été faite, a eu la possibilité de se faire entendre.

e) Au départ, le juge McDonald a tenu pour acquis que, n'eût été l'al. 178.16(2)b (l'actuel al. (3)b), il aurait cru que les mots «faite légalement» à l'al. 178.16(1)a signifiaient «conformément à une autorisation apparemment valide». Il a concedé que l'al. 178.16(2)b semblait donner à entendre que la preuve est inadmissible si la demande d'autorisation est entachée d'un vice de fond. Il a toutefois refusé de conclure que c'est le cas, reconnaissant en même temps que cela avait pour effet de rendre superflues certaines parties de l'al. f) 178.16(2)b. Il a cherché à éviter trois conséquences qui, selon lui, résulteraient si on interprétait l'al. 178.16(2)b de manière à permettre à un juge du procès de vérifier une autorisation apparemment valide.

g) h) [TRADUCTION] (1) Ce qui à première vue a été fait légalement, en conformité avec une ordonnance (c.-à-d. l'autorisation) d'un juge d'une cour supérieure ou de district, serait jugé illégal. Le juge du procès rendrait rétrospectivement illégal ce qui avait semblé légal. J'estime qu'une loi, dont on dit qu'elle confère un tel pouvoir à un juge du procès, doit être scrutée très minutieusement afin de déterminer si le Parlement a effectivement conféré ce pouvoir.

j) (2) Le contenu de l'affidavit serait divulgué au public, même s'il peut y être question non seulement des enquêtes qui ont abouti aux poursuites contre l'accusé, mais

also those which might relate to continuing or concluded investigations of other persons not yet charged or tried. I should think that a statute which is said to enable a trial Judge to do an act with such a consequence should be held to do so only if that power is given expressly or by necessary inference.

(3) The *Protection of Privacy Act*, 1973-74, c. 50, amended both the *Criminal Code* and the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38.

7.2(1) Subject to subsection (2), where a servant of the Crown, by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device, intentionally intercepts a private communication, in the course of his employment, the Crown is liable for all loss or damage caused by or attributable to such interception, and for punitive damages in an amount not exceeding \$5,000 to each person who incurred such loss or damage.

(2) The Crown is not liable under subsection (1) for loss or damage or punitive damages referred to therein where the interception complained of

- (a) was lawfully made;
- (b) was made with the consent, express or implied, of the originator of the private communication or of the person intended by the originator thereof to receive it; or
- (c) was made by an officer or servant of the Crown in the course of random monitoring that is necessarily incidental to radio frequency spectrum management in Canada.

Whatever interpretation is placed upon the words "lawfully made" in s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code* must surely be given also to s. 7.2(2)(a) of the *Crown Liability Act*, both those provisions having been created by the same statute. It would follow as well that where the issue arises not as one of the admissibility of an intercepted communication (or derivative evidence at a trial but as one of liability under the *Crown Liability Act*, the contention of the defence would entail that liability would flow from an act of interception which when done by a servant of the Crown had been done pursuant to an authorization which on its face made the interception lawful. [At pp. 64 and 65.]

With respect, I do not find these three arguments to be wholly persuasive. As to the third consequence, a majority of this Court was not convinced

a aussi d'enquêtes, en cours ou terminées, sur d'autres personnes qui n'ont pas encore été inculpées ou qui n'ont pas encore subi leur procès. Selon moi, on doit conclure qu'une loi, dont on dit qu'elle habilite un juge du procès à accomplir un acte ayant une pareille conséquence, n'a cet effet que si elle confère ce pouvoir expressément ou par déduction nécessaire.

b (3) La *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74, chap. 50 a modifié à la fois le *Code criminel* et la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, chap. C-38.

c 7.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'un préposé de la Couronne, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte intentionnellement une communication privée dans l'exercice de ses fonctions, la Couronne est responsable de la totalité des pertes ou dommages causés par cette interception ou qui lui sont attribuables, et de dommages-intérêts punitifs n'excédant pas \$5,000 envers chaque personne qui a subi ces pertes ou dommages.

d (2) La Couronne n'est pas responsable, en vertu du paragraphe (1), des pertes ou dommages ni des dommages-intérêts punitifs y mentionnés lorsque l'interception ayant fait l'objet de la plainte

e a) a été légalement faite;

f b) a été faite avec le consentement, exprès ou tacite, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destinait; ou

g c) a été faite par un fonctionnaire ou préposé de la Couronne à l'occasion d'un contrôle au hasard nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication au Canada.

h Quelle que soit l'interprétation que l'on donne aux mots «faite légalement» qui figurent à l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel*, elle doit sûrement s'appliquer aussi à l'al. 7.2(2)a) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*,

i les deux dispositions ayant été créées par la même loi. Il s'ensuivrait également que, si la question soulevée concerne non pas la recevabilité dans un procès d'une communication interceptée (ou d'un élément de preuve dérivée), mais la responsabilité en vertu de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, la défense plaiderait que la responsabilité découle d'une interception faite par un préposé de la Couronne en vertu d'une autorisation qui, à première vue, la rendait légale. [Aux pp. 64 et 65.]

j Avec égards, j'estime que ces trois arguments ne sont pas globalement convaincants. Pour ce qui est de la troisième conséquence, cette Cour à la majo-

by an argument along the same line in *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, at pp. 998-99. Mr. Justice McDonald's first and third consequences are related. It does not necessarily follow that a determination of "not lawfully made" for the purposes of admissibility makes an interception unlawful for all purposes under Part IV.I. The evidence may be inadmissible yet there might be a defence to a criminal or civil proceeding arising from the interception. That question does not arise in this case and need not be decided here. The second consequence predicted by McDonald J. tends to overstatement. The affidavit would not need to be made public in order to rule evidence inadmissible; selected aspects only could be made public. As Stanley A. Cohen suggests in his work *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), the integrity of the packet might be preserved "through initial judicial screening, and, if necessary, judicial editing" (p. 155). Due regard to the confidentiality provisions of s. 178.14 is not inconsistent with ruling evidence inadmissible under s. 178.16.

rité a rejeté un argument analogue dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, aux pp. 998 et 999. Les première et troisième conséquences mentionnées par le juge McDonald sont apparentées. Il ne s'ensuit pas nécessairement qu'une décision portant qu'une interception «n'a pas été faite légalement», aux fins de la recevabilité, rend cette interception illégale à toutes les fins envisagées à la partie IV.I. La preuve ainsi obtenue peut être irrecevable et pourtant il pourrait y avoir un moyen de défense contre des procédures criminelles ou civiles découlant de l'interception. Cette question ne se pose pas en l'espèce et nous n'avons donc pas à la trancher. Quant à la seconde conséquence que prédit le juge McDonald, elle tend à l'exagération. Il ne serait pas nécessaire, pour juger un élément de preuve inadmissible, de rendre public l'affidavit; il serait possible de n'en rendre publics que certains aspects. Comme le laisse entendre Stanley A. Cohen dans son ouvrage *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada* (1983), l'intégrité du paquet pourrait être préservée [TRADUCTION] «au moyen d'un tri judiciaire initial et, si l'accès est nécessaire, au moyen d'une sélection judiciaire» (à la p. 155). Le respect des dispositions de l'art. 178.14 relatives au caractère confidentiel n'est nullement incompatible avec une décision d'irrecevabilité en vertu de l'art. 178.16.

I therefore conclude that s. 178.16(1)(a) and 178.16(3)(b) do enable a trial judge to go behind an apparently valid authorization.

(iii) Examining the Contents of the Sealed Packet

In most cases it will be necessary to examine the contents of the sealed packet in order to determine whether there was a defect or irregularity in the application for the authorization.

In the present case Dubienski Prov. Ct. J. ruled that the requirements of s. 178.13(1)(b) had not been met, without examining the contents of the sealed packet. In this respect he followed Meredith J. in *Wong (No. 1)*, *supra*, and in my view fell into error. It is important to note that s. 178.13 does not require that the authorization contain a list of the reasons which prompted the judge to give the authorization. In order finally to determine wheth-

Je conclus donc que les al. 178.16(1)a) et 178.16(3)b) permettent au juge du procès de vérifier une autorisation apparemment valide.

(iii) L'examen du contenu du paquet scellé

Dans la plupart des cas, un examen du contenu du paquet scellé sera nécessaire afin de déterminer si la demande d'autorisation est entachée d'un vice quelconque.

En l'espèce, le juge Dubienski, sans avoir examiné le contenu du paquet scellé, a décidé qu'on n'avait pas satisfait aux exigences de l'al. 178.13(1)b). En cela, il a suivi le raisonnement du juge Meredith dans la décision *Wong (No. 1)*, précitée, et a, selon moi, commis une erreur. Il importe de noter que l'art. 178.13 n'exige pas que l'autorisation énumère les motifs qui ont incité le juge à l'accorder. Pour déterminer, somme toute, si

er other investigative procedures had been tried and failed, other investigative procedures were unlikely to succeed, or that there was urgency, it would be necessary to examine the affidavits. This would enable the trial judge to say whether the apparent conflict between the evidence at trial and what can be assumed to have been said in the affidavits is actual. It may be that the comparison will give rise to clarification, showing that one of the three pre-conditions had been met. For example, in the present case little was said in the testimony at trial as to whether other investigative procedures were unlikely to succeed. If one were to examine the affidavits, there might be an explanation that would satisfy the requirements of s. 178.12(1)(g) and 178.13(1)(b) and hence make the authorizations valid. I therefore conclude Dubienski Prov. Ct. J. could not properly decide the interceptions were not lawfully made without examining the contents of the sealed packets.

If this case had been before a superior court trial judge would it have been proper for the judge to order the opening of the sealed packet under s.178.14? Most of the cases have assumed that only rarely is this proper; there appears to be a reticence to go behind an apparently valid authorization; *R. v. Gill, supra*; *Re Stewart and The Queen, supra*; *R. v. Miller and Thomas (No. 4)* (1975), 28 C.C.C. (2d) 128 (Yale Co. Ct. (B.C.)); *R. v. Newall (No. 1)* (1982), 67 C.C.C. (2d) 431 (B.C.S.C.); *R. v. Johnny and Billy* (1981), 62 C.C.C. (2d) 33 (B.C.S.C.); *R. v. Bradley* (1980), 19 C.R. (3d) 336 (Que. S.C.); *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (Alta. S.C.); *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1 (Ont. H.C.); *R. v. Haslam* (1977), 36 C.C.C. (2d) 250 (Nfld. District Ct.); *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (B.C.S.C.); contra—*R. v. Kalo, Kalo and Vonschober* (1975), 28 C.C.C. (2d) 1 (Peel Co. Ct. (Ont.)) It is not necessary to decide whether this restricted view of s. 178.14 is correct. There is a broad consensus that *prima facie* evidence of fraud or non-disclosure is a valid reason for opening the packet. Misleading disclosure would be in the same category. The present case is one in which

d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, si elles avaient peu de chance de succès ou s'il y avait urgence, il serait nécessaire d'examiner les affidavits. Cela permettrait au juge du procès de décider si le conflit apparent entre la preuve produite au procès et ce qu'on peut supposer avoir été dit dans les affidavits, est réel. Il est possible que la comparaison apporte des éclaircissements, en démontrant que l'une des trois conditions préalables a été remplie. En l'espèce, par exemple, les témoignages rendus au procès ne précisent guère si d'autres méthodes d'enquête avaient peu de chance de succès. Un examen des affidavits pourrait éventuellement fournir une explication qui satisferait aux exigences des al. 178.12(1)(g) et 178.13(1)(b), rendant ainsi les autorisations valides. Je conclus donc que le juge Dubienski ne pouvait à bon droit conclure à l'illégalité des interceptions sans examiner le contenu des paquets scellés.

Si la présente affaire s'était déroulée devant un juge d'une cour supérieure, celui-ci aurait-il pu à bon droit ordonner l'ouverture du paquet scellé en vertu de l'art. 178.14? La plupart des décisions présument que cela ne peut se faire que rarement; *R. v. Gill*, précitée; *Re Stewart and The Queen*, précitée; *Re Miller and Thomas (No. 4)* (1975), 28 C.C.C. (2d) 128 (Cour de comté de Yale, C.-B.); *R. v. Newall (No. 1)* (1982), 67 C.C.C. (2d) 431 (C.S.C.-B.); *R. v. Johnny and Billy* (1981), 62 C.C.C. (2d) 33 (C.S.C.-B.); *R. v. Bradley* (1980), 19 C.R. (3d) 336 (C.S. Qué.); *Re Royal Commission Inquiry into the Activities of Royal American Shows Inc. (No. 3)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 212 (C.S. Alb.); *Re Zaduk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 1 (H.C. Ont.); *R. v. Haslam* (1977), 36 C.C.C. (2d) 250 (Cour de district, T.-N.); *Re Regina and Kozak* (1976), 32 C.C.C. (2d) 235 (C.S.C.-B.). La décision *R. v. Kalo, Kalo and Vonschober* (1975), 28 C.C.C. (2d) 1 (Cour de comté de Peel (Ont.)), va dans le sens contraire. Il n'est pas nécessaire de décider si cette interprétation restrictive de l'art. 178.14 est exacte. On s'entend généralement pour dire qu'une preuve *prima facie* de fraude ou de non-divulgation justifie l'ouverture du paquet. Il en irait de même des déclarations trompeuses. En l'espèce, le

the trial judge made a *prima facie* finding of either misleading disclosure or non-disclosure.

Opening the sealed packet, and holding an authorization to be invalid, on the basis of fraud, non-disclosure, or misleading disclosure, is, in a sense, a less serious interference with the authorizing judge's decision than a finding of invalidity on the face of the authorization. The latter conclusion connotes that the authorizing judge did something wrong—he signed an order not in accordance with the *Criminal Code*. On the other hand, a finding of invalidity based on fraud, non-disclosure, or misleading disclosure means that the authorizing judge acted properly on the basis of evidence before him—the invalidity arose because the evidence was false or incomplete—the fault of others.

Once a foundation is laid for the opening of the packet, I would say that the trial judge, assuming him to be a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 482, can open the packet and make a full review for compliance with Part IV.I. He cannot, of course, decide whether, in the exercise of his discretion, he would have granted the authorization. He can only decide whether it was lawfully obtained. He can also apply the curative provisions of s. 178.16(3)(b) to non-substantive defects or irregularities. A failure to comply with a mandatory provision such as 178.12(1)(g) or 178.13(1)(b) would, in my view, amount to a substantive and non-curable defect.

Although I conclude that Dubienski Prov. Ct. J. was in error in holding the authorizations to have been unlawfully made without examining the contents of the sealed packet, I also conclude, contrary to the Manitoba Court of Appeal, that a collateral attack by a trial judge, either in respect of invalidity on the face of the authorization or going behind an apparently valid authorization, is contemplated by Part IV.I of the *Criminal Code*.

juge du procès a conclu de prime abord qu'il y a eu soit déclaration trompeuse, soit non-divulgation.

^a L'ouverture du paquet scellé et la conclusion qu'une autorisation est invalide pour cause de fraude, de non-divulgation ou de déclaration trompeuse constituent dans un sens une atteinte moins grave à la décision du juge qui a accordé cette autorisation que ne l'est une conclusion qu'elle est invalide à première vue. Cette dernière conclusion laisse entendre que le juge a commis une erreur—il a signé une ordonnance non conforme au *Code criminel*. Par contre, une conclusion d'invalidité pour cause de fraude, de non-divulgation ou de déclaration trompeuse signifie que le juge a agi à bon droit compte tenu de la preuve produite devant lui, que l'invalidité est attribuable au caractère faux ou incomplet de la preuve, c'est-à-dire à la faute d'autrui.

^b Du moment qu'il y a un motif de le faire, j'estime que le juge du procès, à supposer qu'il s'agisse d'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'un juge défini à l'art. 482, peut ouvrir le paquet et procéder à un examen complet afin de déterminer si les exigences de la partie IV.I ont été respectées. Certes, il ne peut décider si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il aurait lui-même accordé l'autorisation. Il peut seulement décider si elle a été légalement obtenue. Il peut aussi appliquer à des vices de forme ou de procédure les dispositions réparatrices de l'al. 178.16(3)b). L'omission de se conformer à une disposition impérative comme l'al. 178.12(1)g) ou l'al. 178.13(1)b) constituerait, à mon avis, un vice de fond auquel il ne peut être remédié.

ⁱ Tout en concluant que le juge Dubienski a commis une erreur en statuant, sans examiner le contenu du paquet scellé, que les autorisations ont été accordées illégalement, je conclus également, contrairement à la Cour d'appel du Manitoba, que la partie IV.I du *Code criminel* envisage une attaque indirecte par un juge du procès, que ce soit à l'égard d'une autorisation invalide à première vue ou pour vérifier une autorisation apparemment valide.

(iv) Cross-examination of the Deponent

Cross-examination was conducted in the present case in order to determine whether any of the preconditions of s. 178.13(1)(b) had been met. The Crown made no objection, but in other cases objections have been made, and in some instances successfully. Such cross-examination of the deponent to the affidavit was ruled improper in *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (P.E.I. S.C.); *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405 (B.C.C.A.), reversing on other grounds (1977), 34 C.C.C. (2d) 313 (B.C.S.C.); *R. v. Haslam, supra*; *R. v. Robinson* (1977), 39 C.R.N.S. 158 (Vancouver Co. Ct. (B.C.)) The rationale was that permitting such cross-examination would, by implication at least, reveal the contents of the sealed packet declared to be confidential by s. 178.14. On the other hand, cross-examination has been permitted in *R. v. Johnny and Billy, supra*, and in *R. v. Hollyoake* (1975), 27 C.C.C. (2d) 63 (Ont. Prov. Ct.) I prefer the latter view. These authorizations are made *ex parte* and *in camera*. If it is admitted that there is a right of the trial judge to go behind an apparently valid authorization, it must be possible to ask questions on cross-examination to find out if there is any basis upon which to argue invalidity. It is of little avail to defence counsel to have a statement of law that an authorization can be held to be invalid if obtained, for example, by material non-disclosure and then preclude counsel from asking questions tending to show there has in fact been non-disclosure. The questioning can be such as to enable defence counsel to get some indication of whether the authorization was properly obtained, without the disclosure of information which, in the opinion of the judge, ought to be kept confidential. Examples of such confidential information would be the identity of undercover agents and informers or specific information which would jeopardize a continuing police investigation. The interest in confidentiality expressed in s. 178.14 and defence counsel's interest in testing the validity of the authorization need not lead to conflict.

(iv) Le contre-interrogatoire du déposant

En l'espèce, le contre-interrogatoire s'est effectué afin de déterminer si l'on avait satisfait à l'une ou l'autre des conditions préalables que pose l'al. 178.13(1)b). Le ministère public n'a soulevé aucune objection, mais, dans d'autres cas, des objections ont été soulevées parfois avec succès. Un tel contre-interrogatoire du déposant a été jugé irrégulier dans *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (C.S.I.P.-É.), *Re Regina and Collos* (1977), 37 C.C.C. (2d) 405 (C.A.C.-B.), qui a infirmé pour d'autres motifs (1977), 34 C.C.C. (2d) 313 (C.S.C.-B.), *R. v. Haslam*, précitée, *R. v. Robinson* (1977), 39 C.R.N.S. 158 (Cour de comté de Vancouver (C.-B.)) La raison en était qu'en permettant le contre-interrogatoire, on révélerait, du moins indirectement, le contenu du paquet scellé que l'art. 178.14 déclare confidentiel. Par contre, on a permis le contre-interrogatoire dans les décisions *R. v. Johnny and Billy*, précitée et *R. v. Hollyoake* (1975), 27 C.C.C. (2d) 63 (Cour prov. Ont.) Je préfère ce dernier point de vue. Ces autorisations sont accordées *ex parte* et à huis clos. Si l'on reconnaît que le juge du procès a le droit de vérifier une autorisation apparemment valide, il doit être possible, au cours d'un contre-interrogatoire, de déterminer si l'argument d'invalidité est soutenable. Il ne sert à rien à l'avocat de la défense d'avoir un principe de droit portant qu'une autorisation peut être jugée invalide si, par exemple, elle a été obtenue par suite de la non-divulgation de faits pertinents, et qu'il lui soit ensuite interdit de poser des questions tendant à démontrer qu'il y a eu effectivement non-divulgation. L'interrogatoire peut être de nature à permettre à l'avocat de la défense d'apprendre si l'autorisation a été régulièrement obtenue, sans qu'il y ait divulgation de renseignements qui, de l'avis du juge, doivent rester confidentiels. Ces renseignements confidentiels pourraient comprendre notamment l'identité d'agents d'infiltration et d'informateurs ou des renseignements particuliers qui compromettraient une enquête policière alors en cours. Le droit au secret énoncé à l'art. 178.14 et le droit de l'avocat de la défense de vérifier la validité de l'autorisation ne sont pas forcément incompatibles.

v) Review by a Judge Other than the Trial Judge

I have said that in my view Part IV.I contemplates that the trial judge is the proper person to review the validity of the authorization whether on its face or otherwise. The Manitoba Court of Appeal, as I have indicated, thought otherwise. O'Sullivan J.A. said that Part IV.I contemplated a different form of review of authorizations; he suggested the trial could be adjourned and the review of the validity of the authorization would be conducted in the court that gave the authorization. At the hearing before this Court, Crown counsel adopted this position, adding that it was preferable that the actual judge who gave the authorization be the one to review it. Absent the statutory scheme of interception of private communications, and, in particular, s. 178.16, I would agree with this view. The law recognizes a general right of review of an *ex parte* order by the court which made the order and preferably by the judge who made the order. The statutory provisions, however, override the common law rules. As I read s. 178.16 Parliament mandated that the trial judge conduct such a review.

The language of s. 178.16 does not suggest review by anyone other than the trial judge. The only other provision that seems to say anything about review is s. 178.14, concerning the opening of the sealed packet. This would normally be used where an attempt was being made to go behind an apparently valid authorization. As a matter of statutory construction s. 178.14 seems to contemplate that the packet may be opened by *any* judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in s. 482, and is not confined to either the court or the judge who granted the authorization. The policy consideration underlying this broader approach may lie in a desire to avoid any suggestion that the judge who granted the authorization might be inclined simply to reaffirm his previous order without serious consideration.

I do find statutory support for the proposition that the trial judge shall review an authorization, and I find no statutory support for the proposition

(v) L'examen par un autre juge que le juge du procès

J'ai affirmé qu'à mon avis la partie IV.1 prévoit qu'il appartient au juge du procès d'examiner la validité à première vue ou autre de l'autorisation. Comme je l'ai souligné, la Cour d'appel du Manitoba a exprimé l'avis contraire. Le juge O'Sullivan a affirmé que la partie IV.1 prévoit une autre forme de révision des autorisations; il a estimé que le procès pouvait être ajourné et que l'examen de la validité de l'autorisation pouvait être fait par la cour qui a accordé l'autorisation. À l'audience devant cette Cour, le substitut du procureur général a adopté cette position, ajoutant qu'il était préférable que la révision de l'autorisation soit faite par le juge qui l'a accordée. En l'absence de dispositions législatives concernant l'interception de communications privées et, en particulier, de l'art. 178.16, je serais du même avis. On reconnaît un droit général à la révision d'une ordonnance *ex parte* par la cour et, de préférence, par le juge qui a rendu cette ordonnance. Les dispositions législatives l'emportent toutefois sur les règles de *common law*. Selon mon interprétation de l'art. 178.16, le législateur a confié cette révision au juge du procès.

D'après le texte de l'art. 178.16, la révision ne peut être faite que par le juge du procès. La seule autre disposition qui semble traiter de la révision est l'art. 178.14, concernant l'ouverture du paquet scellé. On y recourt normalement dans le cas d'une tentative de vérifier une autorisation apparemment valide. Sur le plan de son interprétation, l'art. 178.14 semble prévoir que l'ouverture des paquets peut être faite par *tout* juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou par un juge défini à l'art. 482 et n'est pas limitée à la cour ou au juge qui a accordé l'autorisation. La considération de principe qui sous-tend cette interprétation plus large peut résider dans la volonté d'éviter de laisser entendre que le juge qui a accordé l'autorisation pourrait être enclin simplement à réitérer sans motif sérieux son ordonnance antérieure.

J'estime que la loi nous permet d'affirmer que c'est le juge du procès qui doit réviser une autorisation et non pas qu'une autorisation ne peut être

that only the judge or court that made the order can review an authorization.

There is a further point. Any decision of the trial judge regarding admissibility of evidence, therefore including questions as to the validity of authorizations, will be subject to appeal on a question of law in the ordinary way. In contrast if only the court that made the order can review an authorization, there is no right of appeal from this review because the *Criminal Code* does not grant an appeal.

The suggestion of O'Sullivan J.A. that the trial be adjourned for review of the authorization by the court granting the authorization would result in needless delays and be costly in terms of trial economy.

(B) Trial Judges Dealing with Authorizations Given By Judges of Higher Courts

One issue identified by the Manitoba Court of Appeal remains to be addressed. Does the situation which I have been describing change when, as here, a provincial court judge is dealing with an authorization given by a superior court judge? There are examples in the cases of inferior courts purporting to review superior court authorizations, particularly for invalidity on the face of the authorization. In none of these cases, however, was the question of a trial judge in an inferior court assessing the validity of a superior court authorization mentioned as a problem or an issue.

As earlier noted, in *Charette v. The Queen, supra*, this Court approved the statement [found at (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, at pp. 501-02]:

... it is for the trial Judge to pass upon such matters as the validity of the authorization . . .

The determination of whether the statutory conditions precedent have been fulfilled rests exclusively with the trial Judge . . .

The appeal case in *Charette* discloses that the trial judge was a county court judge and the authorization had been given by a superior court judge.

révisée que par le juge ou la cour qui a rendu l'ordonnance.

Il y a un autre point. Toute décision du juge du procès concernant la recevabilité de la preuve, donc y compris les questions relatives à la validité d'une autorisation, peut faire l'objet d'un appel sur une question de droit suivant la procédure ordinaire. Par contre, si l'autorisation ne peut être révisée que par la cour qui a rendu l'ordonnance, il n'y a pas de droit d'appel contre cette révision parce que le *Code criminel* ne le permet pas.

La proposition du juge O'Sullivan d'ajourner le procès pour que l'autorisation soit révisée par la cour qui l'a accordée entraînerait des retards inutiles et aurait pour effet d'augmenter le coût du procès.

(B) Les juges du procès face aux autorisations accordées par des juges de cours d'instance supérieure

Il reste à étudier une question identifiée par la Cour d'appel du Manitoba. La situation que je viens de décrire change-t-elle lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un juge d'une cour provinciale est appelé à examiner une autorisation accordée par un juge d'une cour supérieure? Il existe des exemples dans la jurisprudence des cours inférieures qui tendaient à réviser des autorisations émanant d'une cour supérieure, particulièrement lorsque l'autorisation est invalide à première vue. Dans aucun cas toutefois, on ne présente comme un problème le cas où un juge du procès, qui est juge d'une cour inférieure, examine la validité d'une autorisation émanant d'une cour supérieure.

Comme nous l'avons déjà constaté, dans l'arrêt *Charette c. La Reine*, précité, cette Cour a approuvé la déclaration suivante [qui se trouve à (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, aux pp. 501 et 502]:

[TRADUCTION] il appartient au juge du procès de déterminer notamment si cette autorisation est valide . . .

i Il appartient exclusivement au juge du procès de déterminer si on a satisfait aux conditions préalables qu'impose la loi.

Il ressort du dossier conjoint, dans l'affaire *Charette*, que le juge du procès était un juge de la cour de comté et que l'autorisation avait été accordée par un juge d'une cour supérieure.

Other examples of an inferior trial court assessing the validity of a superior court authorization are: *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.); *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378 (Ont. C.A.); *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412 (York Co. Ct. (Ont.)); *R. v. Gabourie* (1976), 31 C.C.C. (2d) 471 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Hancock and Proulx* (1976), 30 C.C.C. (2d) 544 (B.C.C.A.)

None of the above cases is persuasive in view of the fact that the inferior court/superior court problem was not addressed, but it is curious that it was not identified as a problem.

In my opinion the implicit assumption that an inferior court can attack a superior court authorization is correct. At first glance, this may sound heretical, but I think the justification lies in the statutory language. As discussed earlier, I conclude that ss. 176.16(1)(a) and (3)(b) give the trial judge, *qua* trial judge, the authority to decide the validity of an authorization. There is nothing in the wording of s. 178.16 which suggests that certain trial judges are in a different position than other trial judges. I would not be prepared to read in such a distinction.

If an inferior court trial judge can determine the validity of a superior court authorization for the purpose of deciding admissibility of evidence, what happens when, as in the present case, the trial judge is not authorized to order the opening of the sealed packet? The answer must be, in obedience to the statutory language, that the trial be adjourned to allow counsel to apply under s. 178.14 for an order permitting the opening of the packet. The judge acting under s. 178.14 would not examine the contents of the packet or decide the validity of the authorization (see *Bellemare, supra*). That is the responsibility of the trial judge. This does not mean that the judge acting under s. 178.14 is performing a mere formality. He has a discretion whether to order opening of the packet. He may refuse, and if so the provincial court judge

Voici d'autres exemples de cas où une cour inférieure a examiné la validité d'une autorisation émanant d'une cour supérieure: *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.); *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378 (C.A. Ont.); *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412 (Cour de comté de York (Ont.)); *R. v. Gabourie* (1976), 31 C.C.C. (2d) 471 (Cour prov. Ont.); *R. v. Hancock and Proulx* (1976), 30 C.C.C. (2d) 544 (C.A.C.-B.).

Aucune de ces décisions n'est convaincante compte tenu du fait qu'on n'a pas abordé le problème des rapports entre les cours inférieures et les cours supérieures, mais il est étrange que cela n'ait pas été identifié comme un problème.

À mon avis, la présomption implicite selon laquelle une cour inférieure peut attaquer une autorisation émanant d'une cour supérieure est exacte. À première vue, cela peut sembler hérétique, mais je crois que cela se justifie par le langage législatif. Tel que discuté plus haut, je conclus que les al. 176.16(1)a) et 176.16(3)b) confèrent au juge du procès, à ce titre, le pouvoir de déterminer la validité d'une autorisation. Rien dans la formulation de l'art. 178.16 ne donne à entendre que certains juges du procès sont dans une situation différente de celle d'autres juges du procès. Je ne suis pas disposé à y voir une telle distinction.

Si le juge du procès, dans une cour inférieure, peut déterminer la validité d'une autorisation émanant d'une cour supérieure aux fins de statuer sur la recevabilité de la preuve, qu'arrive-t-il lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le juge du procès n'est pas autorisé à ordonner l'ouverture du paquet scellé? Compte tenu du langage législatif, le procès doit être ajourné pour permettre à l'avocat de demander, en vertu de l'art. 178.14, une ordonnance autorisant l'ouverture du paquet. Il n'appartient pas au juge qui agit en vertu de l'art. 178.14 d'examiner le contenu du paquet ou de déterminer la validité de l'autorisation (voir *Bellemare, précité*). C'est au juge du procès qu'il incombe de le faire. Cela ne signifie pas que le juge qui agit en vertu de l'art. 178.14 n'accomplit qu'une simple formalité. Il a le pouvoir discrétionnaire d'ordon-

will have to abide by that decision: see *Re Regina and Kozak, supra*.

III Bringing the Administration of Justice into Disrepute

After concluding that the interceptions were not lawfully made, Dubienski Prov. Ct. J. went on to hold that to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In the circumstances, this was an irrelevant consideration. Section 178.16(2) contains the only reference to bringing the administration of justice into disrepute:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or magistrate presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute.

Section 178.16(2) deals with derivative evidence only, i.e. evidence discovered as a result of intercepting the private communication. It does not relate to primary evidence, i.e. evidence of the private communication itself—the wiretap. That was what was under consideration in this case. Once the interception is held to have been unlawful (and absent consent) it is inadmissible unless the curative provisions of s. 178.16(3)(b) are applied.

IV Conclusion

I conclude that Dubienski Prov. Ct. J. erred in deciding, without examining the contents of the

ner l'ouverture du paquet. Il peut refuser et, le cas échéant, le juge de la cour provinciale doit se soumettre à cette décision: voir *Re Regina and Kozak, précitée*.

III Le ternissement de l'image de la justice

Après avoir décidé que les interceptions n'ont pas été faites légalement, le juge Dubienski a ensuite conclu que l'admission de la preuve ainsi obtenue aurait pour effet de ternir l'image de la justice. Dans les circonstances, cette considération n'était pas pertinente. Seul le par. 178.16(2) parle du ternissement de l'image de la justice:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice.

Le paragraphe 178.16(2) ne porte que sur la preuve dérivée, c.-à-d. celle obtenue par suite de l'interception de la communication privée. Il ne concerne pas la preuve principale, c.-à-d. la communication privée elle-même—l'écoute électronique. C'est ce dont il s'agit en l'espèce. Dès que l'interception est jugée illégale (et en l'absence de consentement), la communication est irrecevable, à moins que les dispositions réparatrices de l'al. 178.16(3)b) ne soient appliquées.

IV Conclusion

Je conclus que le juge Dubienski a commis une erreur en concluant, sans avoir examiné le contenu

sealed packet, that none of the three alternate preconditions of s. 178.13(1)(b) had been met.

I would dismiss the appeal and confirm the order of the Manitoba Court of Appeal directing a new trial on all counts.

Appeal dismissed.

*Solicitors for the appellant: Skwark, Myers,
Baizley and Weinstein, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Manitoba
Department of the Attorney-General, Winnipeg.*

du paquet scellé, qu'on n'avait satisfait à aucune des trois conditions préalables de l'al. 178.13(1)b).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel du Manitoba enjoignant de tenir un nouveau procès sur tous les chefs d'accusation.

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appelant: Skwark, Myers,
Baizley and Weinstein, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Ministère du procureur
général du Manitoba, Winnipeg.*