

Francis Stewart Sanders *Appellant*;

and

Her Majesty the Queen *Respondent*.

1969: June 2; 1969: October 7.

Present: Cartwright C.J. and Fauteux, Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law—Habeas corpus—Certiorari—Sentence of preventive detention—No appeal taken—Whether certiorari available—Whether warrant of committal defective—Accused claiming notice not given seven clear days prior to hearing—Exhibit lost—Onus on accused to prove when notice served—Criminal Code 1953-54 (Can.), c. 51, ss. 661, 662(1)(b), 682, 691.

On April 22, 1958, the appellant was found to be a criminal sexual psychopath and was sentenced to preventive detention. He signed a waiver of his right of appeal. From 1964 to 1967, he made several applications to have the preventive detention order set aside. Finally in 1967, he made the present application for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid to quash the warrant of committal. The writ was refused by Wilson C.J. The main ground upon which the appellant relied was that he had not been given seven clear days' notice of the application under s. 661(1) of the *Criminal Code* and that consequently, the magistrate had been without jurisdiction to enter upon the hearing.

At the hearing before the magistrate, the appellant admitted service of a written notice, which was filed as an exhibit, but no reference was made to the date of the service. That exhibit was lost. The appellant filed a lengthy affidavit, largely argumentative, in which he draws the conclusion that the notice could not have been served seven clear days before the hearing. His affidavit did not state where or when the notice was served upon him. In their affidavits, the magistrate and the Crown prosecutor stated that at the hearing it was proved to the magistrate's satisfaction that the appellant received a notice of seven clear days. The affidavit of the constable who served the notice also stated that he believed he complied with the legal requirements. The Court of Appeal, by a majority judgment, affirmed the refusal of the application for the writ. The appellant appealed to this Court and subse-

Francis Stewart Sanders *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1969: le 2 juin; 1969: le 7 octobre.

Présents: Le Juge en Chef Cartwright et les Juges Fauteux, Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel—Habeas corpus—Certiorari—Sentence de détention préventive—Aucun appel—Y a-t-il lieu au bref de certiorari—Mandat de dépôt est-il défectueux—Allégation que l'avis n'a pas été donné sept jours francs avant l'audition—Pièce perdue—Accusé a le fardeau d'établir quand l'avis lui a été signifié—Code criminel, 1953-54 (Can.), c. 51, art. 661, 662(1)(b), 682, 691.

Le 22 avril 1958, il a été statué que l'appellant était atteint de psychopathie sexuelle criminelle et une sentence de détention préventive lui fut imposée. Il signa une renonciation au droit d'appel. De 1964 à 1967, il a présenté plusieurs requêtes pour faire rejeter l'ordonnance de détention préventive. Finalement, en 1967, il a présenté une demande de bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, qui fut rejetée par le juge en chef Wilson. Le principal moyen dont l'appellant a fait état est qu'il n'avait pas reçu un avis de sept jours francs de la demande présentée en vertu de l'art. 661(1) du *Code criminel*, et que par conséquent le magistrat n'avait pas le pouvoir de procéder à l'audition.

A l'audition devant le magistrat, l'appellant a admis avoir eu signification de l'avis écrit, qui a été produit comme pièce au dossier, mais on ne trouve pas la moindre allusion à la date de cette signification. La pièce a été perdue. L'appellant a produit une longue déclaration sous serment. Cette déclaration consiste en grande partie en une argumentation, dans laquelle il tire la conclusion que l'avis n'a pas pu être signifié sept jours francs avant l'audition. Cette déclaration ne spécifie ni où, ni quand l'avis lui a été signifié. Dans leurs déclarations sous serment, le magistrat et le substitut du procureur général affirment qu'à l'audition on a prouvé à la satisfaction du magistrat que l'appellant avait reçu un avis de sept jours francs. La déclaration sous serment du constable qui a signifié l'avis affirme qu'il croit avoir respecté le délai. Par un jugement majoritaire, la Cour d'appel a confirmé de refus de la demande

quently obtained leave to appeal from the refusal of the relief sought in the proceedings by way of *certiorari*.

Held (Cartwright C.J. and Hall, Spence and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Fauteux, Abbott, Martland, Judson and Ritchie JJ.: The circumstances of this case bring it within the application of s. 682(b) of the *Criminal Code* which prevents the removal of the magistrate's order by *certiorari*. If it can be said that the words "the merits were tried" in s. 682(b) can only be applicable where the Court had jurisdiction, the section ceases to have any real meaning. The writ of *certiorari* is primarily concerned with the matter of jurisdiction of an inferior Court. The section was intended to apply, and by its terms does apply in a situation where, in the absence of the section, the jurisdiction of the Court might have been questioned on *certiorari*. The intention of the section is to preclude the coexistence of two remedies. By its terms it applies, in any case falling within its provisions, to any attempt to remove a conviction or order by *certiorari*. This view of the effect of s. 682 does not run counter to the judgment of this Court in *Smith v. R.*, [1959] S.C.R. 638.

It is unnecessary to express any view as to whether, in the light of the provisions of s. 691 of the *Criminal Code*, this Court has jurisdiction to entertain an appeal from a refusal by the Courts to grant *certiorari*.

There is no requirement that the warrant of committal recite that the accused had been given seven clear days' notice of the application.

Even if s. 682(b) were not to be considered as constituting a bar to proceedings by way of *certiorari*, the appeal fails on the merits. In the light of the circumstances in this case, it was incumbent upon the appellant, when he applied for *certiorari* on the ground that he had not received adequate notice, to establish that fact by clear and positive evidence. He has not discharged that onus.

Per Cartwright C.J. and Hall and Spence JJ., *dissenting*: Seven clear days' notice not having been given to the appellant as required by s. 662(1)(b) of the Code, the magistrate was without jurisdiction *ab initio* and the warrant of committal must fall. In these proceedings the Court can inquire whether the requisite notice was given. Section 682(b) of the Code does not deprive the Courts of jurisdiction to grant *certiorari* in this case. The great weight of authority supports the view that s. 682 is not a bar to the issue of *certiorari* where the proceedings

du bref. L'appelant en a appelé à cette Cour et par la suite a obtenu la permission d'appeler du recours par voie de *certiorari*.

Arrêt: L'appel doit être rejeté, le Juge en Chef Cartwright et les Juges Hall, Spence et Pigeon étant dissidents.

Les Juges Fauteux, Abbott, Martland, Judson et Ritchie: L'article 682(b) du *Code criminel* s'applique aux circonstances de l'affaire et empêche d'écarter l'ordonnance du magistrat par voie de *certiorari*. Si l'on peut dire que les mots «que l'affaire avait été jugée au fond» dans l'art. 682(b) ne s'appliquent que dans les cas où la Cour a juridiction, l'article n'a pas de sens. Le bref de *certiorari* porte principalement sur la question de la compétence du tribunal inférieur. On a voulu que l'article s'applique, et il s'applique de fait à cause de ses termes, aux cas où s'il n'existait pas, la compétence du tribunal pourrait être contestée par voie de *certiorari*. L'article vise à empêcher la coexistence de deux recours. Par ses termes, il s'applique dans tous les cas qui tombent sous le coup de ses dispositions, à toute tentative de faire réformer une déclaration de culpabilité ou une ordonnance par voie de *certiorari*. Cette opinion ne va pas à l'encontre de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Smith c. R.*, [1959] R.C.S. 638.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question qui a été soulevée, savoir si, à la lumière des dispositions de l'art. 691 du *Code criminel*, cette Cour a juridiction pour accueillir l'appel du jugement de la Cour d'appel refusant le *certiorari*.

La mention que l'accusé avait reçu un avis de sept jours francs de la demande n'est pas une exigence nécessaire du mandat de dépôt.

Même en admettant que l'art. 682(b) n'empêche pas de procéder par voie de *certiorari*, l'appel n'est pas recevable au fond. A la lumière des faits, il incombait à l'appelant, lors de sa demande de bref de *certiorari*, fondée sur l'insuffisance de l'avis, d'établir le fait par une preuve positive et certaine. Il ne s'est pas déchargé de ce fardeau.

Le Juge en Chef Cartwright et les Juges Hall et Spence, *dissidents*: L'appelant n'a pas reçu un avis de sept jours francs ainsi que l'exige l'art. 662(1)(b) du Code, le magistrat était incompétent *ab initio* et le mandat de dépôt doit être tenu pour invalide. La Cour peut en l'espèce rechercher si l'avis requis a été donné. L'article 682(b) du Code ne prive pas effectivement les tribunaux du pouvoir d'accorder le *certiorari* en l'espèce. L'opinion prépondérante est fortement à l'effet que l'art. 682 ne fait pas obstacle au *certiorari* lorsque les procédures qu'on veut con-

sought to be questioned are invalid *ab initio*. Therefore, the Courts below were entitled to examine the record to determine whether the magistrate was without jurisdiction *ab initio* and this Court has the same right and duty.

If the matter were *res integra* the same view would prevail. The case did not fall within the literal wording of s. 682 as s. 661 does not contemplate the making of any plea. Furthermore, it cannot be said that "merits were tried" when in fact and in law the magistrate never acquired jurisdiction to enter upon the hearing. If the requisite notice was not given then the proceedings before the magistrate were not a trial but a nullity.

The warrant of committal was defective on its face in that it shows that the order was made by an inferior Court and does not show that the notice imperatively required by s. 662(1)(b) as a condition precedent to the magistrate having power to hear the application was given and that a copy thereof was filed as required. When, as in the case at bar it is alleged that a condition precedent to the inferior Court acquiring jurisdiction to enter on the hearing was not fulfilled and the warrant is silent, s. 61 of the *Supreme Court Act* provides an expeditious method of ascertaining whether or not the allegation is well founded.

The finding of the majority in the Court of Appeal that the requisite notice was in fact given to the appellant seven clear days before the hearing cannot be sustained. It cannot be said that an onus rests upon the appellant to establish that which ought to be a matter of record.

Per Hall J., dissenting: The view that s. 682 of the Code denies the right to remove the order requires holding that a person convicted in a proceeding which is in law a nullity is without recourse by *certiorari* when that person might have appealed. The section does not achieve that result. When Parliament said "where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried", it meant a lawful trial or hearing and not a proceeding which was in law a nullity. The language used in s. 682 is quite explicit, but it is no broader or more explicit than that found in many statutes which contain privative clauses of which the *Labour Relations Act* of Ontario is an example. There is no consistency in holding that s. 682 is an absolute bar to *certiorari* in a case involving the liberty of the person when equally explicit enactments deny *certiorari* in Labour

tester sont nulles *ab initio*. En conséquence, les tribunaux de première instance et d'appel avaient le droit d'examiner le dossier afin de déterminer si le magistrat était sans compétence *ab initio*, et cette Cour a le même droit et le même devoir.

Si la question était *res integra*, la conclusion serait la même. Cette cause n'est pas visée par la teneur littérale de l'art. 682, car l'art. 661 ne prévoit pas que la personne soit appelée à formuler un plaidoyer. De plus, on ne peut pas dire que «l'affaire a été jugée au fond» si en fait et en droit le magistrat n'avait pas acquis la compétence nécessaire pour procéder à l'audition. A défaut de l'avis requis, le débat devant le magistrat ne consistait pas un procès mais une nullité.

Le mandat de dépôt était défectueux parce qu'il indique que l'ordonnance a été rendue par un tribunal inférieur mais ne fait pas voir que l'avis impérieusement prescrit par l'art. 662(1)(b) comme condition préalable du droit pour le magistrat d'entendre la demande ait été donné à l'appelant ni qu'on en ait produit une copie comme cela est exigé. Lorsqu'il est allégué, comme dans cette cause, qu'une condition préalable à l'acquisition par le tribunal inférieur de la compétence nécessaire pour procéder à l'audition n'a pas été remplie et que le mandat est muet sur ce point, l'art. 61 de la *Loi sur la Cour suprême* offre un moyen rapide de déterminer si l'allégation est bien fondée.

La conclusion de la majorité en Cour d'appel, à l'effet que l'avis requis a effectivement été donné à l'appelant sept jours francs avant l'audition ne peut pas être retenue. On ne peut pas dire que l'appelant a le fardeau de démontrer ce qui devrait être au dossier.

Le Juge Hall, dissident: L'interprétation selon laquelle l'art. 682 du Code refuse le droit de faire écartier l'ordonnance équivaut à dire qu'une personne trouvée coupable par suite d'une procédure entachée de nullité n'a pas de recours par voie de *certiorari* si un appel aurait pu être interjeté. L'article n'entraîne pas cette conclusion. Lorsque le législateur a dit «lorsque le défendeur a comparu et plaidé, et que l'affaire a été jugée au fond» il entendait dire un procès ou une audition régulière, non une procédure nulle au point de vue juridique. Les termes employés dans l'art. 682 sont très explicites, mais ils ne sont pas plus explicites, ni n'ont un sens plus large que ceux qu'on trouve dans bien des lois qui renferment des dispositions privatives dont la loi *Labour Relations Act* d'Ontario est un exemple. Il ne serait pas logique de prétendre que l'art. 682 constitue un

Relations legislation are not so regarded. Where there is no jurisdiction there cannot be a trial on the merits within the meaning of s. 682.

Per Pigeon J., dissenting: Proceedings leading to a sentence of preventive detention constitute a separate issue distinct from the charge following which they are instituted. Section 682(b) of the Code cannot be applied to a sentence of preventive detention because the procedure on an application for such a sentence does not provide for a plea by the accused. The appellant is in the same situation as in *Smith v. The Queen*, [1959] S.C.R. 638, he has not pleaded. The appellant is therefore entitled to *certiorari*.

The record shows that it was not proved before the magistrate that seven clear days' notice was given as required imperatively by s. 662 of the *Criminal Code*. Even if the appellant could validly admit having received the notice, such an admission is not sufficient in a criminal case. It could not be presumed that the lost exhibit showed that the required interval of seven clear days had been observed. The affidavits did not prove that this did appear on the document.

The magistrate proceeded without adequate proof of a notice served in accordance with the requirements of the law and this defect deprived him of his jurisdiction. Section 683(1) of the Code forbids proceeding without notice. This is a condition precedent to jurisdiction.

APPEAL from a majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, affirming the refusal by Wilson C.J. of an application for a writ of habeas corpus with *certiorari* in aid to quash a sentence of preventive detention. Appeal dismissed, Cartwright C.J. and Hall, Spence and Pigeon JJ. dissenting.

C. R. Kennedy, for the appellant.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., for the respondent.

The judgment of Cartwright C.J. and of Spence J. was delivered by

obstacle absolu au *certiorari* dans une cause où la liberté humaine est en jeu quand on ne considère pas que les dispositions tout aussi explicites à l'effet de supprimer ce recours dans les lois régissant les relations de travail peuvent avoir cet effet. Il faut nécessairement conclure que s'il y a eu défaut de compétence, il ne peut y avoir eu de jugement au fond au sens de l'art. 682.

Le Juge Pigeon, dissident: Les procédures relatives à une sentence de détention préventive constituent une instance distincte de l'inculpation à la suite de laquelle on les intente. On ne peut appliquer l'art. 682(b) du Code à une sentence de détention préventive alors que la procédure sur la demande d'une telle sentence ne prévoit pas que l'inculpé soit appelé à plaider. L'appelant est dans la même situation que dans *Smith c. La Reine*, [1959] R.C.S. 638, il n'a pas plaidé. En conséquence, l'appelant a droit au *certiorari*.

Le dossier démontre que, devant le magistrat on n'a pas prouvé qu'un avis de sept jours francs avait été donné comme l'exige impérativement l'art. 662 du Code. Même si l'appelant pouvait valablement admettre avoir reçu l'avis, une telle déclaration n'est pas suffisante en matière criminelle. On ne peut pas présumer que la pièce perdue démontrait que le délai de sept jours avait été respecté. Les déclarations sous serment ne l'ont pas démontré.

Le magistrat a procédé sans preuve complète d'un avis signifié conformément aux exigences de la loi, et ce défaut a eu pour effet de le priver de sa juridiction. L'article 683(1) défend de procéder en l'absence d'avis. Il s'agit d'une condition préalable de l'exercice valable de la juridiction.

APPEL d'un jugement majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, confirmant le refus par le juge en chef Wilson de la demande d'un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire pour faire rejeter une ordonnance de détention préventive. Appel rejeté, le Juge en Chef Cartwright et les Juges Hall, Spence et Pigeon étant dissidents.

C. R. Kennedy, pour l'appellant.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour l'intimée.

Le jugement du Juge en Chef Cartwright et du Juge Spence a été rendu par

¹ [1968] 4 C.C.C. 156.

¹ [1968] 4 C.C.C. 156.

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹ pronounced on June 3, 1968, dismissing the appellant's appeal from the judgment of Wilson C.J. pronounced on August 7, 1967, dismissing the appellant's motions for a Writ of *Habeas Corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid to direct the release of the appellant from the sentence of preventive detention imposed upon him by Magistrate John Hunter on April 22, 1958, at Cloverdale in the Province of British Columbia following a finding that the appellant was a criminal sexual psychopath. Norris J.A., dissenting, would have allowed the appeal.

Under s. 691(3) of the *Criminal Code* as enacted by Statutes of Canada 1964-65, c. 53, s. 1, assented to on April 3, 1965, the appellant has an appeal as of right to this Court from the judgment of the Court of Appeal confirming the refusal of the application for a Writ of *Habeas Corpus*. As s. 691 does not expressly provide a right of appeal to this Court from the refusal of the relief sought in proceedings by way of *certiorari*, counsel for the appellant moved for leave to appeal and on October 7, 1968, this Court made an order granting leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal pronounced on June 3, 1968,

on all questions of law set forth in the Notice of Motion of the Appellant subject to argument as to the right of the Supreme Court of Canada to grant such leave.

and granting the necessary extensions of time.

In this Court counsel for the appellant, pursuant to s. 61 of the *Supreme Court Act*, served a notice of motion returnable at the hearing of the appeal for an order that a Writ of *certiorari* issue out of this Court to bring up any papers or other proceedings had or taken in the Courts below that are considered necessary with a view to this appeal.

The appeal was first argued in this Court on December 8, 1968, before a Bench of seven and judgment was reserved. At the conclusion of the argument on that occasion the Court requested

LE JUGE EN CHEF—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ prononcé le 3 juin 1968 et rejetant l'appel interjeté par l'appellant contre un jugement rendu par le juge en chef Wilson le 7 août 1967 et rejetant les requêtes de l'appellant pour bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire en vue de sa libération d'une sentence de détention préventive imposée par le magistrat John Hunter, le 22 avril 1958, à Cloverdale dans la province de la Colombie-Britannique après avoir statué que l'appellant était atteint de psychopathie sexuelle criminelle. Le juge Norris, de la Cour d'appel, dissident, aurait accueilli l'appel.

En vertu du par. 3 de l'art. 691 du *Code criminel*, paragraphe que le chapitre 53 des Statuts du Canada 1964-65, sanctionné le 3 avril 1965, a établi, l'appellant peut de plein droit interjeter appel à cette Cour d'un arrêt de la Cour d'appel confirmant le refus d'une demande de bref d'*habeas corpus*. Comme l'art. 691 ne prévoit pas expressément un droit d'appel à cette Cour lorsqu'est refusé le recours par voie de *certiorari*, l'avocat de l'appellant a présenté une requête pour permission d'appeler. Le 7 octobre 1968, cette Cour a accordé l'autorisation d'appeler du jugement prononcé par la Cour d'appel le 3 juin 1968,

[TRADUCTION] sur toutes les questions de droit énumérées dans la requête de l'appelante sous réserve du droit de contester à l'audition le pouvoir de la Cour suprême du Canada d'accorder cette autorisation.

La prorogation de délai nécessaire a aussi été accordée en même temps.

Conformément à l'art. 61 de la *Loi sur la Cour suprême*, l'avocat de l'appellant a signifié un avis de requête à présenter à l'audition de l'appel pour qu'il soit ordonné que cette Cour délivre un bref de *certiorari* enjoignant de produire toutes les pièces ou procédures déposées ou faites devant les autres tribunaux et jugées nécessaires pour le pourvoi.

Après une première audition en cette Cour le 8 décembre 1968 devant sept juges, l'affaire a été mise en délibéré. Au terme des plaidoiries la Cour avait demandé aux avocats de présenter une

¹[1968] 4 C.C.C. 156.

¹[1968] 4 C.C.C. 156.

counsel to make written submissions on the question, which had been raised by the Court during the argument, whether clause (b) of s. 682 of the *Criminal Code* deprives the Courts of jurisdiction to grant *certiorari* in this case and counsel complied with this request. Later the Court directed a re-hearing. The appeal was argued on June 2nd before the full Court and judgment was reserved.

While it is perhaps not altogether relevant to the questions that we are called upon to decide, I propose to set out briefly the history of the proceedings taken in this matter up to the present time so far as this can be ascertained from the somewhat fragmentary records produced in the Courts below and before us.

On March 6, 1958, the appellant pleaded guilty before Magistrate Hunter to a charge of committing an act of gross indecency with another male person, contrary to s. 149 of the *Criminal Code*.

On April 22, 1958, the appellant was found by Magistrate Hunter to be a criminal sexual psychopath and was sentenced to two years imprisonment on the charge of gross indecency and in addition was sentenced to preventive detention.

On May 18, 1958, the appellant signed a waiver stating that he had elected not to appeal from either the conviction or sentence.

On February 8, 1964, the appellant gave notice of an application to the Court of Appeal for an extension of time for appealing.

On May 7, 1965, the matter came before the Court of Appeal, composed of Bird C.J.B.C. and Davey and MacLean J.J.A. Counsel for the Crown was not called upon and the Court delivered an oral judgment refusing to grant an extension of time and refusing permission to withdraw the waiver of appeal.

Bird C.J.B.C. concluded his reasons as follows:

... In the circumstances while I am not disposed to make any direction, I would ask Crown Counsel if he would see to it that the matter is reported in

argumentation par écrit sur une question soulevée d'office au cours des débats, savoir si le par. (b) de l'art. 682 du *Code criminel* prive les tribunaux du pouvoir d'accorder le *certiorari* en l'espèce. Les avocats se sont conformés à cette demande. Ultérieurement, la Cour a ordonné une nouvelle audition. Celle-ci a eu lieu le 2 juin devant la Cour au complet et l'affaire a de nouveau été mise en délibéré.

Même si cela n'est peut-être pas essentiel à la décision que nous devons rendre, je vais relater brièvement la marche des procédures qui se sont déroulées jusqu'ici dans cette affaire pour autant qu'on puisse le faire d'après le dossier assez fragmentaire produit en première instance, en appel et devant nous.

Le 6 mars 1958, l'appellant s'est avoué coupable devant le magistrat Hunter sur l'accusation d'avoir commis un acte de grossière indécence avec une autre personne du sexe masculin, ce en violation de l'art. 149 du *Code criminel*.

Le 22 avril 1958 le magistrat Hunter a statué que l'appellant était atteint de psychopathie sexuelle criminelle et il l'a condamné à deux années d'emprisonnement sur l'accusation de grossière indécence et en plus à la détention préventive.

Le 18 mai 1958 l'appellant a signé un acte de renonciation dans lequel il déclarait avoir choisi de ne pas interjeter appel contre sa condamnation ou la sentence.

Le 8 février 1964, l'appellant a donné avis d'une demande à la Cour d'appel pour faire proroger le délai d'appel.

Le 7 mai 1965, cette demande fut présentée à la Cour d'appel, composée du juge Bird, juge en chef de la Colombie-Britannique, et des juges Davey et MacLean. Sans que l'avocat de la Couronne soit appelé à prendre la parole, la Cour, par jugement oral, refusa la prorogation du délai de même que la permission de rétracter la renonciation à interjeter appel.

Le juge en chef Bird termina ainsi l'exposé des motifs de sa décision:

[TRADUCTION] . . . Dans les circonstances tout en n'étant pas prêt à donner un ordre, je demanderais au substitut de voir si l'affaire a été expliquée com-

detail to the Attorney-General's Department in the hope that a thorough investigation of the allegation now made by the man can be made.

As my brother Davey puts it, our purpose is, first of all, to make sure no injustice has been done and while it is not open to the court to investigate this situation which is alleged by Saunders at this late date we do feel there might possibly be something in what he has had to say and in those terms we would like to be sure that the matter is thoroughly investigated by the law enforcement officers in this Province.

Davey J.A., as he then was, in the course of his reasons concurred in the suggestion that the counsel for the Crown should make an investigation.

In September 1965, the appellant gave notice of an application for a Writ of *Habeas Corpus* with *certiorari* in aid.

On November 12 and 19, 1965, this application was heard by Branca J., as he then was and on November 23, 1965, that learned Judge dismissed the application. It appears that the Warden of the Penitentiary at New Westminster B.C., where the appellant was confined had returned to the Court the Warrant of Commitment in virtue of which the appellant was detained. It reads as follows:

Form 18A

SUMMARY CONVICTIONS ACT, 1955
CRIMINAL CODE, 1953-54

THE GOVERNMENT OF
THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA

WARRANT OF COMMITMENT UPON CONVICTION
(S.C.A. 2.51; C. C., ss. 482 and 713)

CANADA:	}	REGINA vs. SANDERS.
PROVINCE OF		
BRITISH COLUMBIA,		
COUNTY OF WESTMINSTER		
MUNICIPALITY OF SURREY		

To the Peace Officers in the County of Westminister and to the Keeper of the British Columbia Penitentiary at New Westminster, B.C.

plètement au ministère du procureur général dans l'espoir que l'on fera une investigation complète sur le bien-fondé des allégués de cet individu.

Comme le dit mon collègue, le juge Davey, notre objectif c'est, avant tout, de nous assurer qu'il n'y a pas eu d'injustice et quoique cette cour n'ait pas le pouvoir après tout ce temps de faire enquête sur la situation que Saunders dit avoir existé, nous avons le sentiment qu'il y a peut-être un fond de vérité dans ce qu'il affirme et de cette façon nous aimerions être sûrs que l'affaire fera l'objet d'une investigation complète par les responsables de l'administration de la justice en cette province.

Dans l'énoncé de ses motifs le juge Davey, alors juge d'appel, se déclara d'accord pour suggérer ainsi au substitut que l'on devrait faire une investigation.

En septembre 1965, l'appellant a donné avis d'une demande de bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire.

Les 12 et 19 novembre 1965, le juge Branca, siégeant alors en première instance, entendit la demande et le 23 novembre 1965, il la rejeta. Il appert que le directeur du pénitencier de New-Westminster, C.-B., où l'appellant était détenu, a produit devant la Cour le mandat de dépôt en vertu duquel l'appellant était détenu. Ce document est comme suit:

[TRADUCTION]

Formule 18A

LOI DE 1955 SUR LES DÉCLARATIONS
SOMMAIRES DE CULPABILITÉ,
CODE CRIMINEL, 1953-54

GOVERNEMENT DE LA PROVINCE DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

MANDAT DE DÉPÔT SUR DÉCLARATION DE CULPABILITÉ
(S.C.A. 2.51; C.Cr. art. 482 et 713)

CANADA	}	LA REINE c. SANDERS
PROVINCE DE LA		
COLOMBIE-BRITANNIQUE		
COMTÉ DE WESTMINSTER		
MUNICIPALITÉ DE SURREY		

Aux agents de la paix du comté de Westminister et au gardien du pénitencier de la Colombie-Britannique à New Westminster, C.-B.

Whereas Francis Stewart SANDERS hereinafter called the "accused", was this day convicted upon a charge that Francis Stewart SANDERS between the 1st day of December, A.D. 1957 and the 1st day of March, A.D. 1958, at or near Newton, B.C., in the Municipality of Surrey being a male person did unlawfully commit an act of gross indecency with Roy FLACK, another male person, contrary to the form of Statute in such case made and provided.

Whereas the said Francis Stewart SANDERS was, pursuant to Section 661 of the Criminal Code of Canada, found to be a criminal sexual psychopath, and it was adjudged that the accused for his offence be imprisoned in the British Columbia Penitentiary at New Westminster for the term of Two (2) Years, and in addition a sentence of preventative detention.

You are hereby commanded in Her Majesty's name to take the accused and convey him safely to the British Columbia Penitentiary at New Westminster, B.C. and deliver him to the keeper thereof, together with the following precept:

You, the said keeper, are hereby commanded to receive the accused into custody in the said Prison and imprison him there for the term of Two (2) Years, and in addition a sentence of preventative detention, and for so doing this is sufficient warrant.

Dated this 22nd day of April, A.D. 1958 at Cloverdale, B.C.

(Note:—There is an illegible signature on the original warrant)

A POLICE MAGISTRATE,

in and for the Municipality of Surrey specially authorized by the terms of his appointment to exercise jurisdiction under Part XVI of the Criminal Code.

OAKALLA PRISON
FARM
RECEIVED
APR. 22, 1958

BRITISH COLUMBIA
PENITENTIARY
NEW WESTMINSTER
MAY 1958

While the signature on this Warrant is illegible it would seem to be that of Magistrate Hunter because an affidavit sworn by him on October 13, 1965, concludes with the following paragraph:

12. That at the conclusion of the evidence submitted on the hearing on the 22nd of April, 1958, I found that Francis Stewart Sanders was a criminal

Attendu que Francis Stewart SANDERS, ci-après appelé le prévenu, a été ce jour déclaré coupable sur une inculpation d'avoir lui ledit Francis Stewart SANDERS, entre le 1^{er} décembre 1957 et le 1^{er} mars 1958, à ou près de Newton, C.-B., dans la municipalité de Surrey, étant de sexe masculin illégalement commis un acte de grossière indécence avec Roy FLACK, une autre personne de sexe masculin, contrairement à la loi applicable en ce cas.

Attendu que ledit Francis Stewart SANDERS a été, suivant l'article 661 du Code criminel du Canada, déclaré atteint de psychopathie sexuelle criminelle et qu'il a été décidé que le prévenu pour son infraction soit enfermé dans le pénitencier de la Colombie-Britannique à New Westminster pour la période de deux (2) ans, et en plus qu'il lui soit imposé une sentence de détention préventive.

Il vous est par les présentes ordonné, au nom de Sa Majesté, d'appréhender le prévenu et de le conduire sûrement au pénitencier de la Colombie-Britannique à New Westminster, C.-B. et de l'y remettre entre les mains du gardien de cette prison, avec l'ordre suivant:

Il vous est enjoint, par les présentes, en votre qualité de gardien, de recevoir le prévenu sous garde dans ladite prison et de l'y incarcérer pour la période de deux (2) ans, et en plus pour une sentence de détention préventive, et, pour ce faire, les présentes vous sont un mandat suffisant.

Daté du 22^e jour d'avril, en l'an de grâce 1958, à Cloverdale, C.-B.

(signature illisible sur l'original)

MAGISTRAT DE POLICE

dans et pour la municipalité de Surrey spécialement autorisé par sa nomination à exercer sa juridiction sous la Partie XVI du Code criminel.

REÇU à OAKALLA PRISON
FARM CE 22 AVRIL 1958.

PÉNITENCIER DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE
NEW WESTMINSTER
MAI 1958

Il semble bien que la signature illisible apposée sur le mandat soit celle du magistrat Hunter car le dernier paragraphe d'une déclaration sous serment souscrite par lui le 13 octobre 1965, se lit comme suit:

[TRADUCTION] 12. A la clôture de la preuve faite à l'audition le 22 avril 1958, j'ai déclaré Francis Stewart Sanders atteint de psychopathie sexuelle

sexual psychopath, and sentenced the said Francis Stewart Sanders to a term of imprisonment for two years, and in addition thereto I imposed a sentence of preventive detention and subsequently I signed a Warrant of Committal according to my findings and sentences.

In his careful and detailed reasons Branca J. examined the record of the proceedings before Magistrate Hunter but held that he could not look at the evidence to determine whether the finding of the Magistrate was correct. He concluded his reasons as follows:

I am in conclusion deeply regretful that in this case acting strictly within the supervisory area reserved to this Court in matters of this kind, that I must find that the Applicant is detained by a Warrant in all respects regular on its face and upon a charge fully within the jurisdiction of the convicting Magistrate. The Affidavit of the Applicant does not allege or disclose any jurisdictional defect.

I hasten to say that if the supervisory jurisdiction of this Court permitted a review of the evidence in this matter, that the conviction or finding insofar as it relates to the fact that the Applicant was a criminal sexual psychopath would be forthwith quashed for the reasons stated.

I have deliberately reviewed the evidence and the authorities at length in the hope and anxious expectation that counsel will bring this matter to the attention of other authorities who may be able at law to correct the injustice done in this case which this Court unfortunately in the circumstances and for the reasons stated is unable to do.

The appellant appealed from the decision of Branca J. The appeal was heard on March 24 and 25, 1966, and judgment was given at the conclusion of the hearing. Davey J.A., as he then was, based his judgment solely on s. 682(b) of the *Criminal Code*, holding that an appeal from the sentence of preventive detention might have been taken by the appellant but was not taken. Lord J.A. agreed. Bull J.A. expressed his agreement as follows:

I agree that the appeal should be dismissed, but I do so with some reluctance. I say with reluctance, however, for the reason that it has appeared to me that there have been several errors committed in the actual hearing. However, despite that, I consider

criminelle, et j'ai prononcé contre lui une sentence de deux ans d'emprisonnement et, en plus, je lui ai imposé une sentence de détention préventive et j'ai subséquemment signé un mandat de dépôt conforme à mes conclusions et sentences.

Dans l'exposé soigneux et détaillé de ses motifs le juge Branca a passé en revue le dossier des procédures devant le magistrat Hunter. Il a statué toutefois qu'il ne lui appartenait pas d'examiner la preuve pour décider si la conclusion du magistrat était bien fondée. Il termine ainsi son exposé:

[TRADUCTION] En conclusion je regrette vivement que, devant me tenir strictement dans les limites du pouvoir de surveillance accordé à cette Cour en ces matières, je me trouve obligé de déclarer que le requérant est détenu en vertu d'un mandat paraissant parfaitement régulier et sur une inculpation entièrement de la compétence du magistrat ayant prononcé la condamnation. La déclaration sous serment du requérant ne soulève ni démontre aucun défaut de juridiction.

Je m'empresse d'ajouter que si le pouvoir de surveillance accordé à cette Cour lui permettait d'examiner la preuve en cette affaire, la déclaration de culpabilité ou constatation de fait en tant qu'elle déclare le requérant atteint de psychopathie sexuelle criminelle serait cassée immédiatement pour les motifs indiqués.

C'est délibérément que j'ai complètement passé en revue la preuve et les précédents dans l'espoir et l'attente que les avocats signaleront la chose à ceux qui peuvent avoir le droit de corriger l'injustice commise en cette cause, ce que cette Cour pour les motifs indiqués n'a malheureusement pas dans les circonstances le pouvoir de faire.

L'appellant a interjeté appel de la décision du juge Branca. L'appel a été entendu les 24 et 25 mars 1966 et l'arrêt prononcé à la clôture de l'audition. Le juge Davey, à l'époque juge d'appel, fonda sa décision sur le seul article 682(b) du *Code criminel*, en disant que l'appellant aurait pu en appeler de la sentence de détention préventive et ne l'avait pas fait. Le juge d'appel Lord fut du même avis. Le juge d'appel Bull exprima son accord dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Je suis d'accord qu'il faut rejeter l'appel, mais je le fais avec quelque répugnance. Je dis avec répugnance parce qu'il me paraît y avoir eu plusieurs erreurs à l'audition qui a donné lieu à la condamnation. Malgré cela je considère que le

there was full jurisdiction in the Magistrate to make the finding and sentence that he did. As stated by my learned brother, the appeal should be dismissed.

It should be noted at this point that neither Branca J. nor the Court of Appeal said anything about the ground which was chiefly relied on before us, i.e., that it does not appear that the notice required by s. 662(1)(b) of the *Criminal Code*, as it read at the time of the hearing before Magistrate Hunter, had been given to the appellant seven clear days before the hearing. It will be observed that in the passage from his reasons quoted above Branca J. said that the affidavit of the appellant did not allege any jurisdictional defect.

The only references to the notice contained in the appellant's affidavit were in paras. 20 and 22 which read as follows:

20. THAT the Crown Prosecutor did not present in court proof of service of Notice of Application.

* * *

22. THAT the Crown Prosecutor did not file a copy of this Notice of Application with the Clerk of the Court or with the Magistrate.

It will be observed that these do not raise a question as to the length of notice given. It is clear from reading the whole of his reasons that Branca J. made no reference to the question whether a sufficient length of Notice of Application had been given to the appellant.

On March 31, 1966, the appellant filed a Notice of Motion for leave to appeal and for an extension of time for appealing from the finding of Magistrate Hunter. This application was heard on May 27, 1966, by Bird C.J.B.C., Tysoe and McFarlane, J.J.A. and judgment was given on June 7, 1966, refusing it. The reasons of the Court of Appeal, delivered by Bird C.J.B.C., set out three grounds relied on by the appellant and state that he relied on no other ground. None of these grounds raises the question of whether seven clear days notice of the application before Magistrate Hunter had been given to the appellant.

On May 18, 1967, the appellant gave Notice of an Application for a Writ of *Habeas Corpus*

magistrat avait plein pouvoir de faire la déclaration et prononcer la sentence. Comme le dit mon savant collègue, il faut rejeter l'appel.

Il convient de signaler ici que ni le juge Branca, ni la Cour d'appel n'ont fait mention du principal moyen dont on a fait état devant cette Cour, savoir qu'il n'appert pas que l'avis prescrit par l'alinéa (b) du par. 1 de l'art. 662 du *Code criminel* comme il se lisait lors de l'audition devant le magistrat Hunter, ait été donné à l'appelant sept jours francs avant l'audition. Il est à noter que le juge Branca, dans le passage précité de l'exposé de ses motifs, dit que la déclaration sous serment de l'appelant ne soulève aucun défaut de juridiction.

Dans cette déclaration de l'appelant il n'est fait mention de l'avis qu'aux paragraphes 20 et 22 qui se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 20. Le substitut n'a pas produit à l'audition une preuve de signification de l'avis de la demande.

* * *

22. Le substitut n'a pas produit une copie de cet avis de la demande au greffier du tribunal ou au magistrat.

On voit qu'il n'y est pas question de la suffisance du délai donné par l'avis. En lisant en entier les motifs du juge Branca, on voit clairement qu'il n'a pas parlé de la question de savoir si l'appelant avait reçu assez longtemps à l'avance un avis de présentation de la demande.

Le 31 mars 1966, l'appelant a produit un avis de requête pour permission d'appeler et pour prorogation du délai afin d'interjeter appel de la décision du magistrat Hunter. Cette demande fut présentée le 27 mai 1966 au juge en chef de la C.-B., le juge Bird, siégeant avec les juges d'appel Tysoe et McFarlane, et elle fut rejetée le 7 juin 1966. Les motifs de la Cour d'appel, exposés par le juge en chef Bird, relèvent trois moyens invoqués par l'appelant et précisent que celui-ci n'en a invoqué aucun autre. Aucun de ces trois moyens ne soulève la question de savoir si l'appelant a reçu un avis de sept jours francs de la présentation de la demande au magistrat Hunter.

Le 18 mai 1967, l'appelant a donné avis de la présentation d'une demande de bref d'*habeas*

and *certiorari* in aid which was heard and dismissed by Wilson C.J. on August 7, 1967, as set out in the opening paragraph of these reasons

The material before us does not contain any recorded reasons of Wilson C.J. but on August 16, 1967, the learned Chief Justice made a report to the Court of Appeal, pursuant to s. 588(1) of the *Criminal Code*, reading as follows:

I have little to report on this matter. The same conviction was dealt with by Mr. Justice Branca on a previous application for habeas corpus with *certiorari* in aid and his written reasons, dismissing the application, were handed down November 23, 1965. I cannot improve on them. Generally I may say that since the warrant of committal was not attacked I could see no opening for habeas corpus. So far as *certiorari* was involved I thought Section 682 of the *Criminal Code* a bar and also thought that the application must be dismissed for the reasons given by Branca J., as he then was.

In support of his application before Wilson C.J. the appellant filed an affidavit containing ninety-six paragraphs. Paragraph 20 reads as follows:

20. That I was not given seven clear days Notice before trial as required by Law, before the Court has jurisdiction to hold a hearing to determine if the Accused was a criminal sexual psychopath.

It will be observed that Wilson C.J. does not deal with the question whether Magistrate Hunter was without jurisdiction because of the alleged failure to give seven clear days notice of the application to decide whether the appellant was a criminal sexual psychopath.

The appeal from the decision of Wilson C.J. was heard by a Court of five Judges. As has already been stated, Norris J.A., dissenting, would have allowed the appeal. The judgment of the majority was written by Tysoe J.A. and concurred in by Bull, McFarlane and Robertson J.J.A.

Before examining the reasons given in the Court of Appeal it will be convenient to set out

corpus avec certiorari auxiliaire. Cette demande fut présentée au juge en chef Wilson et rejetée le 7 août 1967 ainsi qu'il est relaté au premier alinéa du présent exposé de motifs.

Les pièces qui nous ont été produites ne contiennent pas de motifs par écrit du juge en chef Wilson. Ce savant juge a, toutefois, le 16 août 1967, présenté à la Cour d'appel conformément à l'art. 588(1) du *Code criminel* un rapport ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Mon rapport en cette affaire sera bref. La même condamnation a été examinée par M. le juge Branca sur une précédente requête pour *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire et il a déposé le 23 novembre 1965 ses motifs écrits de rejet. Je ne puis faire mieux. En résumé je puis dire que le mandat de dépôt n'étant pas contesté, je ne pouvais voir de motif valable d'accorder l'*habeas corpus*. Quant au *certiorari* il m'a paru exclu par l'article 682 du *Code criminel* et j'ai aussi considéré que la demande devait être rejetée pour les motifs donnés par le juge Branca, siégeant alors en première instance.

A l'appui de sa demande devant le juge en chef Wilson, l'appellant a déposé un affidavit de quatre-vingt-seize alinéas dont le vingtième est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 20. Je n'ai pas eu un avis de sept jours francs avant le procès ainsi que la loi le requiert avant que la Cour ait juridiction de procéder à l'audition pour décider si l'accusé est atteint de psychopathie sexuelle criminelle.

On remarquera que le juge en chef Wilson ne traite pas la question de savoir si le magistrat Hunter était dépourvu de juridiction du fait du prétendu défaut d'avoir donné un avis de sept jours francs de la demande visant à décider si l'appellant était atteint de psychopathie sexuelle criminelle.

Une Cour de cinq juges entendit l'appel de la décision du juge en chef Wilson. Comme nous l'avons vu, le juge Norris, dissident, aurait accueilli l'appel. Le juge d'appel Tysoe rédigea l'opinion majoritaire à laquelle les juges d'appel Bull, McFarlane et Robertson ont souscrit.

Avant d'examiner les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel il convient de citer le texte de l'art.

the terms of s. 691 of the *Criminal Code* as it now reads and read at the date of the application to Wilson C.J.

691. (1) An appeal lies to the court of appeal from a decision granting or refusing the relief sought in proceedings by way of *mandamus*, *certiorari* or prohibition.

(2) Except as hereinafter in this section provided, the provisions of Part XVIII apply, *mutatis mutandis*, to appeals under this section.

(3) Where an application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* is refused by a judge of a court having jurisdiction therein, no application may again be made on the same grounds whether to the same or to another court or judge, unless fresh evidence is adduced, but an appeal from such refusal shall lie to the Court of Appeal, and where on such appeal the application is refused a further appeal shall lie to the Supreme Court of Canada.

(4) Where a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* is granted by any judge no appeal therefrom shall lie at the instance of any party including the Attorney General of the province concerned or the Attorney General of Canada.

(5) Where a judgment is issued on the return of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, an appeal therefrom lies to the Court of Appeal, and from a judgment of the Court of Appeal to the Supreme Court of Canada, with the leave of that court, at the instance of the applicant or the Attorney General of the province concerned or the Attorney General of Canada, but not at the instance of any other party.

(6) An appeal in *habeas corpus* matters shall be heard by the court to which the appeal is directed at an early date, whether in or out of the prescribed sessions of the court.

All the members of the Court of Appeal were of opinion that "fresh evidence" was adduced before Wilson C.J. in that the first transcript of the proceedings before Magistrate Hunter which had been supplied to the appellant by the Court Reporter, and which was before Branca J., was plainly incomplete and the second and much fuller transcript was not made available to the appellant until after Branca J. had delivered his

691 du *Code criminel* comme il se lit présentement tout comme à la date de la demande présentée au juge en chef Wilson.

691. (1) Appel peut être interjeté à la cour d'appel contre une décision qui accorde ou refuse le secours demandé dans des procédures par voie de *mandamus*, de *certiorari* ou de prohibition.

(2) Sauf ce qui est prévu ci-après au présent article, les dispositions de la Partie XVIII s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux appels interjetés sous le régime du présent article.

(3) Lorsqu'une demande de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* est refusée par un juge d'une cour ayant juridiction en l'espèce, aucune demande ne peut être présentée de nouveau pour les mêmes motifs, soit à la même cour ou au même juge, soit à quelque autre cour ou juge, à moins qu'une preuve nouvelle ne soit fournie, mais il y a appel de ce refus à la Cour d'appel et si, lors de cet appel, la demande est refusée un nouvel appel peut être interjeté à la Cour suprême du Canada.

(4) Lorsqu'un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* est émis par un juge, aucun appel de cette décision ne peut être interjeté à l'instance d'une partie quelconque, y compris le procureur général de la province en cause ou le procureur général du Canada.

(5) Lorsqu'un jugement est délivré au moment du rapport d'un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, il peut en être interjeté appel à la Cour d'appel et il y a appel d'un jugement de cette dernière Cour à la Cour suprême du Canada, si cette Cour l'autorise, à l'instance du demandeur ou du procureur général de la province en cause ou du procureur général du Canada, mais non à l'instance de quelque autre partie.

(6) Un appel en matière d'*habeas corpus* doit être entendu par la cour à laquelle il est adressé à une date rapprochée, que ce soit pendant les sessions prescrites de la cour ou en dehors de cette période.

Tous les membres de la Cour d'appel furent d'avis qu'une «preuve nouvelle» avait été fournie devant le juge en chef Wilson, parce que la première transcription des procédures devant le magistrat Hunter, qui avait été fournie à l'appellant par le sténographe de la Cour et produite devant le juge Branca, était manifestement incomplète tandis que la seconde transcription, beaucoup plus complète, n'avait été mise à la dis-

judgment. This finding was clearly right and consequently the terms of subs. (3) of s. 691 did not prevent the making of the application to Wilson C.J.

In his reasons, Tysoe J.A. after summarizing the history of the earlier proceedings, stated the submission of the appellant that the evidence before Wilson C.J. established that the appellant had not been given seven clear days notice of the application to Magistrate Hunter for a finding that he is a criminal sexual psychopath, that consequently the Magistrate was without jurisdiction to enter upon the hearing, that the appellant is unlawfully detained and entitled *ex debito justitiae* to the remedy of *habeas corpus*. He next examined the submissions of counsel for the Crown (i) that the Warrant of Committal is valid on its face, (ii) that in these proceedings the Court cannot go behind the Warrant and (iii) that the Magistrate when proceeding under s. 661 of the *Criminal Code* is not an inferior court but a superior one.

Tysoe J.A. did not accept these submissions of the Crown but does not appear to have finally decided that they were untenable. He says in part:

If the attack on the jurisdiction of the Magistrate succeeds, the warrant of committal must fall for, in that event, it was issued by a person who was without power to issue it and so is invalid.

I am not convinced that this submission of the Crown that the court cannot go behind the warrant of committal is sound. Accordingly, I propose to proceed with my judgment on the assumption that the Magistrate's Court is an inferior court and that the court below and this court are entitled to go behind the warrant of committal for the purpose of determining whether the Magistrate who issued the warrant of committal had jurisdiction to enter upon the hearing under Code Section 661 and to make the finding on which the warrant rested.

It is clear that Magistrate Hunter constituted an inferior and not a superior court. This appears from the *Magistrates Act* which was in force at

position de l'appellant qu'après que le juge Branca eut prononcé son jugement. Il est clair que cette conclusion était juste et que, par conséquent, les dispositions du par. 3 de l'art. 691 n'empêchaient pas la présentation de la demande au juge en chef Wilson.

Dans l'exposé de ses motifs, le juge d'appel Tysoe, après avoir résumé les procédures antérieures, relata l'allégation de l'appellant, savoir que la preuve faite devant le juge en chef Wilson démontrait que l'appellant n'avait pas reçu un avis de sept jours francs de la demande présentée au magistrat Hunter en vue de faire déclarer l'appellant atteint de psychopathie sexuelle criminelle, que, par conséquent, le magistrat n'avait pas le pouvoir de procéder à l'audition, que l'appellant était illégalement détenu et qu'il avait droit *ex debito justitiae* au recours de l'*habeas corpus*. Il examina ensuite les allégations du substitut du procureur général, savoir (i) que le mandat de dépôt est en apparence valide, (ii) que dans de telles procédures la Cour ne peut aller en dehors du mandat et (iii) que lorsque le magistrat procède en vertu de l'article 661 du *Code criminel* il ne siège pas dans une cour inférieure mais dans une cour supérieure.

Le juge d'appel Tysoe n'a pas admis ces allégations de la Couronne mais il ne semble pas avoir décidé en fin de compte qu'elles étaient insoutenables. Il dit notamment:

[TRADUCTION] Si la contestation de la juridiction du magistrat réussit, le mandat de dépôt tombe également car, en ce cas, il se trouve avoir été délivré par une personne qui n'avait pas le pouvoir de le faire et il est par conséquent invalide.

Je ne suis pas convaincu que la prétention du poursuivant que la cour ne peut aller en dehors du mandat de dépôt soit bien fondée. Pour cette raison, je vais rendre ma décision en prenant pour acquis que la Cour du magistrat est un tribunal inférieur et que la cour de première instance tout comme cette cour a le droit d'aller en dehors du mandat de dépôt pour rechercher si le magistrat qui l'a délivré avait juridiction pour tenir l'audition en vertu de l'article 661 et faire la déclaration sur laquelle le mandat repose.

Il est clair que le magistrat Hunter constituait une cour inférieure et non une cour supérieure. Cela ressort du *Magistrates Act* en vigueur à

the time of the hearing, R.S.B.C. 1948, c. 195, as amended by Statutes of B.C. 1955, c. 45, now Statutes of B.C. 1962, c. 36, particularly ss. 3, 4 and 5, and from the *Criminal Code* s. 2(10)(b), s. 2(38)(d) and s. 659(a).

Immediately following the passage last quoted above, Tysoe J.A. continued:

Counsel for the Crown conceded, in my opinion, rightly, that, notwithstanding the provisions of *Code* Section 682 which are as follows:

682. No conviction or order shall be removed by *certiorari*

(a) where an appeal was taken, whether or not the appeal has been carried to a conclusion, or

(b) where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried and an appeal might have been taken, but the defendant did not appeal.

certiorari will lie if the learned Magistrate acted in this matter without jurisdiction to do so in the sense that he was without power to hear the Crown's application *ab initio* if the appellant had not in fact been given seven clear days' notice thereof.

This concession at first appears surprising in view of the fact that the Court of Appeal which heard the appeal from the judgment of Branca J. had based its judgment solely on the terms of s. 682 and Wilson C.J. had based his judgment in part on that section; but it must be remembered that the only occasion prior to the hearing of the appeal in the Court of Appeal from the judgment of Wilson C.J. on which the appellant was represented by counsel was on the application before Branca J. and, as already pointed out, there is nothing in the elaborate reasons of that learned Judge to suggest that the point was raised before him. The hearing of the appeal from the judgment of Wilson C.J. was the first occasion on which the argument was put forward that because of the alleged failure to give seven clear days notice the Magistrate was without jurisdiction to enter upon the hearing.

If it be the fact that seven clear days notice was not given to the appellant as required by s. 662(1)(b) of the *Criminal Code*, then the

l'époque de l'audition, R.S.B.C. 1948, c. 195, modifié par le chapitre 45 des lois de 1955 (C.-B.), aujourd'hui chapitre 36 des lois de Colombie-Britannique 1962, en particulier les articles 3, 4 et 5. Cela ressort également des art. 2(13)(b), 2(14)(d) et 659(a) du *Code criminel*.

Immédiatement après le dernier passage cité, le juge d'appel Tysoe poursuit:

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général a concédé, à bon droit, que, malgré l'article 682 du Code qui se lit comme suit:

682. Aucune condamnation ou ordonnance ne doit être écartée par *certiorari*

(a) lorsqu'un appel a été interjeté, que l'appel ait été ou non poursuivi jusqu'à sa conclusion; ou

(b) lorsque le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond, et qu'un appel aurait pu être interjeté, mais que le défendeur ne l'a pas interjeté,

il y a lieu à *certiorari* si le savant magistrat a agi en cette affaire sans juridiction, c'est-à-dire qu'*ab initio* il n'avait pas le pouvoir de statuer sur la demande du ministère public si l'appelant n'avait pas réellement eu sept jours francs d'avis.

De prime abord, cette concession surprend du fait que la Cour qui a statué sur l'appel du jugement du juge Branca a fondé son arrêt sur les seules dispositions de l'art. 682 et que le juge en chef Wilson a aussi fondé son jugement en partie sur cet article. Mais il faut se rappeler que la seule fois où l'appelant fut représenté par un avocat avant l'audition en Cour d'appel de l'appel du jugement du juge en chef Wilson ce fut lors de la présentation de la demande devant le juge Branca. Or, nous l'avons signalé, rien dans l'exposé minutieux des motifs de jugement de ce juge ne donne à penser que la question fut soulevée devant lui. C'est au cours de l'audition de l'appel du jugement du juge en chef Wilson que pour la première fois il fut soutenu que par suite du prétendu défaut d'avis de sept jours francs le magistrat n'avait pas compétence pour procéder à l'audition.

S'il est vrai que l'appelant n'a pas reçu un avis de sept jours francs ainsi que l'exige l'art. 662(1)(b) du *Code criminel*, le magistrat était

magistrate was without jurisdiction *ab initio* and, as was held by every member of the Court of Appeal, the warrant of committal must fall.

The two questions that arise are (i) whether in these proceedings the Court can inquire whether the requisite notice was given and (ii) if so, whether the finding should be that it was given. It was on the second of these questions that Norris J.A. differed from the majority in the Court of Appeal.

On the first question, while Tysoe J.A. accepted the concession of counsel that the right to *certiorari* was not taken away by s. 682 of the *Criminal Code*, he expressed the opinion that the concession was rightly made and examined a number of decisions in support of this conclusion. Before us counsel for the Crown contends that clause (b) of s. 682 does deprive the Courts of jurisdiction to grant *certiorari* in this case. In my opinion this submission should be rejected. I do not propose to refer in detail to the numerous decisions in which s. 682 has been considered by the courts, which are collected in *Martin's Annual Criminal Code*, 1968, at pp. 635 to 642. The great weight of authority supports the view, that was so clearly expressed by Hall C.J.Q.B., as he then was, in *Regina v. Phillips*² and by Spence J. in *Regina v. Heins*³, that s. 682 is not a bar to the issue of *certiorari* where the proceedings sought to be questioned are invalid *ab initio*.

If the submission of counsel for the Crown on this branch of the matter were accepted it would mean that the case of *Smith v. The Queen*⁴ was wrongly decided. In that case a motion for *certiorari* to quash a finding that a boy aged fourteen was a juvenile delinquent was dismissed by Campbell J. and the dismissal was affirmed by a majority judgment of the Court of Appeal for Manitoba. In this Court the judgments below were reversed and the finding of delinquency was quashed. It is true that s. 682 is not referred to in the reasons in this Court but it was referred to in the Court of Appeal for Manitoba by Adamson C.J. in his dissenting judgment. The

alors incompetent *ab initio* et, comme l'ont décidé tous les juges de la Cour d'appel, le mandat de dépôt doit être tenu pour invalide.

Les deux questions qui se posent sont les suivantes: (i) la Cour peut-elle en l'espèce rechercher si l'avis requis a été donné et (ii) dans l'affirmative, doit-elle décider qu'il l'a été. C'est sur la deuxième question que le juge d'appel Norris ne fut pas de l'avis de la majorité.

Sur la première question, le juge Tysoe a dit que le substitut avait raison de concéder que l'art. 682 du *Code criminel* n'enlève pas le droit au *certiorari*, et il a examiné certaines décisions à l'appui. Devant notre Cour cependant, l'avocat du ministère public soutient que le par. (b) de l'art. 682 prive effectivement les tribunaux du pouvoir d'accorder le *certiorari* en l'espèce. A mon avis, cette prétention doit être rejetée. Je n'ai pas l'intention de citer dans le détail les nombreuses décisions où les tribunaux ont étudié l'art. 682. Ces décisions ont été colligées dans *Martin's Annual Criminal Code*, 1968, aux pages 635 à 642. La prépondérance est fortement à l'appui de l'avis si clairement exprimé par le juge Hall, alors juge en chef de la Cour du Banc de la reine, dans *Regina v. Phillips*² et par le juge Spence dans *Regina v. Heins*³: l'article 682 ne fait pas obstacle au *certiorari* lorsque les procédures qu'on veut contester sont nulles *ab initio*.

Admettre le raisonnement de l'avocat du ministère public sur cette question signifierait que l'affaire *Smith v. The Queen*⁴ a été mal jugée. Dans cette cause-là, le juge Campbell avait rejeté une requête pour *certiorari* aux fins d'annuler une décision déclarant «jeune délinquant» un garçon de 14 ans. Par un arrêt majoritaire, la Cour d'appel du Manitoba avait confirmé le rejet. Dans cette Cour, ces décisions furent infirmées et la déclaration fut annulée. Il est vrai que l'on n'y a pas fait mention de l'art. 682 dans les motifs mais dans sa dissidence, en Cour d'appel du Manitoba, le juge en chef Adamson en avait parlé. Cet arrêt est consigné sous le titre

² (1958), 122 C.C.C. 181 at 184, 185, 29 C.R. 127, 26 W.W.R. 315.

³ (1956), 114 C.C.C. 244 at 246, 247, [1956] O.W.N. 170.

⁴ [1959] S.C.R. 638, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.

² (1958), 122 C.C.C. 181 à 184, 185, 29 C.R. 127, 26 W.W.R. 315.

³ (1956), 114 C.C.C. 244 à 246, 247, [1956] O.W.N. 170.

⁴ [1959] R.C.S. 638, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.

decision of that Court is reported *sub nom Regina v. Gerald X (or G.S.)*⁵. At p. 106 the learned Chief Justice said:

For want of jurisdiction in an inferior Court *certiorari* is the appropriate remedy. *Certiorari* is the appropriate remedy to raise the question of proper service: 13 Can. Abr. 1706; *Re Ruggles* (1902), 5 Can.C.C. 163, 35 N.S.R. 57; *Cr. Code*, ss. 682, 683 and 691; *Paulowich v. Dankochuk*, 73 Can.C.C. 273, (1940) 2 D.L.R. 106, 48 Man. R. 6.

Coyne J.A. who wrote the reasons of the majority said at p. 127:

Here the appellant has a right of appeal under s. 37 but did not seek to exercise it. On such an appeal he could have raised all points which arise in this proceeding. The finding of delinquency by the Juvenile Court Judge was made and the fine imposed on September 23rd. The time for application for leave to appeal expired on October 3rd and the limit of any extension by special leave of time for appeal was October 23rd. These proceedings were not instituted until November 23rd.

I do not think it should be assumed that this Court gave no consideration to the terms of s. 682(b).

In my view the power to grant *certiorari* in aid of the Writ of *habeas corpus* in the case at bar was not taken away by the terms of s. 682, and the Courts below were entitled to examine the record to determine whether the Magistrate was without jurisdiction *ab initio*.

I have reached this conclusion because it appears to me to accord with the great weight of judicial opinion; but if the matter were *res integra* my view would be the same. Clearly clause (a) of s. 682 has no application in the circumstances of the case at bar; no appeal was taken.

The part of s. 682 with which we are concerned is as follows:

682. No conviction or order shall be removed by *certiorari*

* * *

*Regina v. Gerald X (or G.S.)*⁵. A la page 106 on trouve ce passage des motifs du juge en chef:

[TRADUCTION] Le *certiorari* est le recours approprié au cas d'incompétence d'un tribunal inférieur. Le *certiorari* est le recours voulu pour soulever l'insuffisance de l'assignation: 13 Can. Abr. 1706; *Re Ruggles* (1902) 5 Can. C.C. 163, 35 N.S.R. 57; *Code crim.* art. 682, 683 et 691; *Paulowich v. Dankochuk*, 73 Can. C.C. 273, (1940) 2 D.L.R. 106, 48 Man. R. 6.

Le juge Coyne, qui a rédigé les motifs de la majorité, s'exprime ainsi, comme on le voit à la page 127:

[TRADUCTION] L'appelant a droit d'appel en vertu de l'article 37 mais il n'a pas choisi de l'exercer. En appel il aurait pu soulever toutes les questions qui se présentent en cette instance. La déclaration a été faite par le juge de la Cour des jeunes délinquants et l'amende imposée le 23 septembre. Le délai pour demander la permission d'interjeter appel se terminait le 3 octobre et ne pouvait être prorogé par permission spéciale après le 23 du même mois. Les présentes procédures ne furent instituées que le 23 novembre.

Je ne crois pas qu'on doive supposer que cette Cour n'ait pas considéré les dispositions de l'alinéa (b) de l'article 682.

A mon avis l'art. 682 n'exclut pas en la présente cause le pouvoir d'accorder le *certiorari* auxiliaire du bref d'*habeas corpus* et les tribunaux de première instance et d'appel avaient le droit d'examiner le dossier afin de déterminer si le magistrat était sans compétence *ab initio*.

J'en suis venu à cette conclusion parce qu'elle me semble s'accorder avec l'opinion juridique prépondérante. Mon avis serait le même, toutefois, si la question était *res integra*. Il est clair que l'alinéa (a) de l'art. 682 ne s'applique pas aux circonstances de l'affaire en instance; il n'y a pas eu d'appel.

Les dispositions de l'art. 682 qui nous intéressent sont les suivantes:

682. Aucune condamnation ou ordonnance ne doit être écartée par *certiorari*

* * *

⁵ (1958), 121 C.C.C. 103, 28 C.R. 100, 25 W.W.R. 97.

⁵ (1958), 121 C.C.C. 103, 28 C.R. 100, 25 W.W.R. 97.

(b) where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried, and an appeal might have been taken, but the defendant did not appeal.

Applying this to the facts of the case at bar, the finding of the Magistrate that the appellant was a criminal sexual psychopath (which entailed the mandatory imposition of a sentence of preventive detention) was not a "conviction" but it may be that it could properly be regarded as an "order" within the meaning of that word as used in this section. It is clear that the appellant appeared before the Magistrate and that an appeal might have been taken from the Magistrate's decision but it is equally clear that no plea was taken; the provisions of s. 661 of the *Criminal Code* did not contemplate the making of any plea by the person as to whom the inquiry whether he was a dangerous sexual psychopath was to be held. It follows that this case does not fall within the literal wording of s. 682.

But the matter does not rest there. How can it be said that "the merits were tried" if in fact and in law the Magistrate who purported to conduct the "trial" never acquired jurisdiction to entertain the hearing of the application? If the requisite notice was not given then the proceedings before the Magistrate were not a trial but a nullity. On this point there was no difference of opinion in the Court of Appeal. It is clear that Tysoe J.A., who wrote for the majority, would have allowed the appeal if he had not found that the required notice was in fact given.

The wording of s. 662(1)(b) of the *Criminal Code*, as it read at the time of the hearing before Magistrate Hunter, is explicit. It is as follows:

(b) an application under subsection (1) of section 661 shall not be heard unless seven clear days' notice thereof has been given to the accused by the prosecutor and a copy of the notice has been filed with the clerk of the court or with the magistrate, where the magistrate is acting under Part XVI.

The giving of the notice and the filing of a copy are clearly made conditions precedent to the right of the Magistrate to hear the application

(b) lorsque le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond, et qu'un appel aurait pu être interjeté, mais que le défendeur ne l'a pas interjeté.

Appliquons ce texte aux faits du litige. La décision du magistrat déclarant que l'appellant est atteint de psychopathie sexuelle criminelle (décision qui entraîne obligatoirement une sentence de détention préventive) n'est pas une «condamnation» mais il se peut qu'on puisse à juste titre la considérer comme une «ordonnance» au sens de l'article. Il est clair que l'appellant a comparu devant le magistrat et qu'un appel de la décision du magistrat aurait pu être interjeté mais il est également clair qu'aucun plaidoyer n'a été enregistré; les dispositions de l'art. 661 du *Code criminel* ne prévoient pas que la personne au sujet de laquelle on doit faire enquête pour déterminer si elle est atteinte de psychopathie sexuelle criminelle soit appelée à formuler un plaidoyer. Il s'ensuit que cette cause n'est pas visée par la teneur littérale de l'art. 682.

Il y a plus. Comment peut-on dire que «l'affaire a été jugée au fond» si en fait et en droit le magistrat qui prétendait présider le «procès» n'avait pas acquis la compétence nécessaire pour procéder à l'audition de la demande? A défaut de l'avis requis les débats devant le magistrat ne constituaient pas un procès mais une nullité. Sur ce point, il n'y eut aucune divergence d'opinions en Cour d'appel. Il est clair que le juge Tysoe, qui a rédigé les motifs de la majorité, aurait accueilli l'appel s'il n'avait pas conclu que l'avis requis avait effectivement été donné.

L'alinéa (b) du par. (1) de l'art. 662 du *Code criminel*, comme il se lisait à l'époque de l'audition devant le magistrat Hunter, est explicite. En voici le texte:

(b) Une demande selon le paragraphe (1) de l'article 661 ne peut pas être entendue, à moins que le poursuivant n'en ait donné à l'accusé un avis de sept jours francs et que copie de l'avis n'ait été déposée au bureau du greffier de la cour ou du magistrat, lorsque ce dernier agit sous l'autorité de la Partie XVI.

La signification de l'avis de même que le dépôt d'une copie sont clairement des conditions préalables du droit pour le magistrat d'entendre la demande.

The writ of *certiorari* is a very old high prerogative writ. Its purpose is to enable the Court which corresponds to the Court of Queen's Bench in England (in this case the Supreme Court of British Columbia) to control the action of inferior courts and to make it certain that they shall not exceed their jurisdiction. It is clear that in the case at bar it would be an appropriate remedy available to the appellant unless the right to it is taken away by the terms of s. 682. The power of Parliament to take away this remedy is not open to question; but, in my opinion, it would require clear and explicit words to bring about such a result. I have already stated my reasons for holding that the facts of the case at bar do not bring it within the terms of s. 682, even if, contrary as I venture to think to the great weight of authority, it should be held that that section is ever effective to take away the right to *certiorari* in cases where it is alleged that the inferior court acted without jurisdiction *ab initio*.

In seeking to ascertain the intention of Parliament it is permissible to consider the results which flow from two alternative constructions of the words of a statute. If it be the fact (a question which remains to be decided) that the notice required by s. 662(1)(b) was not given to the appellant and it is held that s. 682 has taken away the right to *certiorari*, then the appellant, who was without counsel, having waived his right of appeal and having let the time for appealing go by is left without any remedy although he is under sentence of imprisonment for the remainder of his life imposed by a magistrate who was without jurisdiction to make the finding that the appellant was a criminal sexual psychopath or to impose the sentence that followed such finding. I cannot think that Parliament intended such a result. When I say the appellant is left without remedy, I have not overlooked the fact that the Court of Appeal for British Columbia had, and I suppose still has, power to extend the time for appealing to that Court; but the appellant cannot claim such an extension as a right, he can but seek it as an indulgence. He has sought it twice without success. On the second of these occasions the Court of Appeal, no doubt, had knowledge of what Branca J. had said in those paragraphs of his judgment which I have quoted

Le bref de *certiorari* est un très ancien bref de prérogative. Son objet est de permettre à la cour qui correspond à la Court of Queen's Bench en Angleterre (en l'occurrence la Cour suprême de la Colombie-Britannique) de contrôler les décisions des tribunaux inférieurs et de veiller à ce qu'ils n'outrepassent pas leur juridiction. Il est clair que dans l'affaire dont nous sommes saisis c'est un recours approprié accessible à l'appelant à moins que l'art. 682 ne lui en enlève le droit. Le pouvoir du Parlement de supprimer ce recours est indiscutable. Toutefois, je suis d'avis que pour en arriver là il faut que cela se fasse en termes clairs et explicites. J'ai déjà dit pourquoi je suis d'avis que les circonstances de l'instance ne sont pas visées par l'art. 682 même si à l'encontre, je le crois, de l'opinion prépondérante, on devait décider que cet article peut enlever le droit au *certiorari* dans les cas où l'on allègue que le tribunal inférieur a agi sans compétence *ab initio*.

En recherchant l'intention du Parlement on peut considérer les résultats qui découlent de deux interprétations possibles des termes d'une loi. S'il est avéré (question qui reste à décider) que l'avis prescrit par l'alinéa (b) du par. (1) de l'art. 662 n'a pas été donné à l'appelant et si l'on décide que l'art. 682 a enlevé le droit au *certiorari* il en résulte que l'appelant qui n'avait pas d'avocat, qui a renoncé à son droit d'appel, qui a laissé s'écouler le délai pour interjeter appel demeure sans recours bien qu'il soit sous le coup d'une sentence d'emprisonnement pour le reste de ses jours, une sentence qui lui a été imposée par un magistrat qui n'avait pas compétence pour statuer que l'appelant était atteint de psychopathie sexuelle criminelle ni pour imposer une sentence en conséquence. Je ne puis penser que le Parlement ait voulu un tel résultat. Quand je dis que l'appelant reste sans recours, je n'oublie pas que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait, et a encore, je le suppose, le pouvoir de proroger le délai d'appel. Mais l'appelant ne peut réclamer une telle prorogation comme un droit; il ne peut la demander que par faveur. Deux fois il l'a sollicitée mais sans succès. La deuxième fois, la Cour d'appel était indubitablement au courant de ce qu'avait dit le juge Branca dans les motifs que j'ai cités. Par contre, s'il appert que le magistrat

earlier in these reasons. On the other hand if it appears that the Magistrate acted without jurisdiction the order of *certiorari* would issue *ex debito justitiae*. In my opinion, if Parliament had intended to take away the right to *certiorari* in a case where an inferior court has acted without jurisdiction it would have added to the opening words of s. 682 some such words as "even from an inferior court which has acted without any jurisdiction whatever". There is no need to dilate upon the unlikelihood of Parliament having any such intention.

For all these reasons I am satisfied that in the case at bar the right to *certiorari* has not been taken away.

Having reached this conclusion, it would seem to become unnecessary for me to examine Mr. Kennedy's alternative argument that the Warrant of Committal returned to the Supreme Court of British Columbia, which has been set out in full above, was defective on its face in that it shows that the order under which the appellant is detained was made by an inferior court and does not show that the notice imperatively required by s. 662(1)(b) of the *Criminal Code* as a condition precedent to the magistrate having power to hear the application was given to the appellant and that a copy thereof was filed as required. However, as other members of the Court have examined and rejected this argument I think I should express my opinion upon it.

In approaching this argument it must be remembered that the appellant's application is not for *certiorari simpliciter* but for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Section 691(3) of the *Code* expressly gives a right of appeal to this Court from the refusal by the Court of Appeal of an application for a writ of *habeas corpus ab subjiciendum* and section 61 of the *Supreme Court Act* gives this Court power to issue a writ of *certiorari* to bring up any papers or other proceedings had or taken before any court, judge or justice of the peace, that are considered necessary with a view to any inquiry, appeal or other proceeding to be had before this Court. It has already been pointed out that Mr. Kennedy applied for a writ of *certiorari* under s. 61.

a agi sans compétence le bref de *certiorari* doit être délivré *ex debito justitiae*. A mon avis, si le Parlement avait voulu que le droit au *certiorari* soit enlevé lorsqu'un tribunal inférieur a outre-passé sa compétence il aurait ajouté au début de l'art. 682 quelque chose comme par exemple «même dans le cas d'un tribunal inférieur qui a agi sans aucune compétence». Il est inutile d'épiloguer sur l'in vraisemblance d'une telle intention du Parlement.

Pour toutes ces raisons, je suis convaincu que dans la cause dont nous sommes saisis le droit au *certiorari* n'a pas été enlevé.

Parvenu à cette conclusion, il ne semble pas vraiment nécessaire que j'étudie l'autre argument invoqué par M. Kennedy, savoir que le mandat de dépôt produit à la Cour suprême de la Colombie-Britannique et dont le texte a été consigné en entier ci-dessus est défectueux parce qu'il indique que l'ordonnance en vertu de laquelle l'appellant est détenu a été rendue par un tribunal inférieur mais ne fait pas voir que l'avis impérieusement prescrit par l'alinéa (b) du par. (1) de l'art. 662 du *Code criminel* comme condition préalable du droit pour le magistrat d'entendre la demande ait été donné à l'appellant ni qu'on en ait produit une copie comme cela est exigé. Toutefois, comme d'autres membres de cette Cour ont examiné et rejeté cet argument, il me paraît à propos de dire ce que j'en pense.

Sur ce point, il convient de rappeler, tout d'abord que l'objet de la demande de l'appellant n'est pas un simple *certiorari* mais bien un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Le paragraphe (3) de l'art. 691 du *Code* donne expressément droit d'appel à cette Cour du rejet par la Cour d'appel d'une demande de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*. D'autre part, l'art. 61 de la *Loi sur la Cour suprême* lui accorde le pouvoir de délivrer un bref de *certiorari* «en vue de faire produire toutes les pièces déposées ou les procédures prises devant toute cour, tout juge ou juge de paix, et qui sont jugées nécessaires pour une enquête, un appel ou autre procédure portée devant la Cour». Comme on l'a vu, M. Kennedy a présenté une demande de bref de *certiorari* conformément à cet article 61.

Section 691(3) of the *Code* and s. 61 of the *Supreme Court Act* must be read together. If there is a conflict between their provisions and those of section 682 of the *Code* then the former must prevail; *generalia specialibus non derogant*.

I have reached the conclusion that the warrant of committal is defective on the ground argued by Mr. Kennedy which is recited above. It has already been pointed out that Magistrate Hunter constituted an inferior court and the rule has long been established which is stated in the following words in *Broom's Legal Maxims*, 10th ed. at page 101:

Lastly, it has been said that 'there is a distinction between process of superior and inferior Courts; in the former, *omnia praesumuntur rite esse acta*, in the latter the rule *de non apparentibus et non existentibus eadem est ratio* applies.' The Superior Court need not, but the inferior Court must, show jurisdiction on the face of an order.

and at page 646:

It is, however, important to observe in addition to the above general remark, that, in inferior courts and proceedings by magistrates, the maxim, *omnia praesumuntur rite esse acta*, does not apply to give jurisdiction.

The italics are those of the author. These statements of the rule are fully supported by the judgment of the House of Lords, adopting the unanimous opinion of the judges, in *Mayor and Aldermen of the City of London v. Richard Henry Cox et al*⁶, particularly at pages 262 and 263.

To hold that the warrant must affirmatively show that the required notice was given and a copy thereof filed will not permit the release of a person detained where the notice was in fact given and filed. In such a case an amended warrant could be filed and the provisions of s. 683 of the *Code* could be applied.

When, as in the case at bar, it is alleged that a condition precedent to the inferior court ac-

Le paragraphe (3) de l'art. 691 du Code et l'art. 61 de la *Loi sur la Cour suprême* doivent se lire l'un en regard de l'autre. S'il y a divergence entre leurs dispositions et l'art. 682 du Code, elles doivent l'emporter; *generalia specialibus non derogant*.

J'en suis venu à la conclusion que le mandat de dépôt est défectueux pour le motif invoqué par M. Kennedy et ci-dessus exposé. J'ai déjà signalé que le magistrat Hunter constituait un tribunal inférieur. Une règle depuis longtemps établie est ainsi énoncée dans *Broom's Legal Maxims*, 10^e édition, à la page 101:

[TRADUCTION] En dernier lieu, on a dit qu'il y a une distinction à faire entre les ordonnances d'une cour supérieure et celles d'un tribunal inférieur; dans le premier cas la règle est: «*Omnia rite acta esse praesumuntur*», dans le second, c'est: «*De non apparentibus et non existentibus eadem est ratio*». Il n'est pas nécessaire que le texte d'une ordonnance démontre l'existence de la juridiction d'une cour supérieure mais, s'il s'agit d'un tribunal inférieur c'est indispensable.

Puis à la page 646:

[TRADUCTION] Il faut cependant, outre cette observation générale, noter soigneusement que, dans les tribunaux inférieurs et les procédures devant un magistrat, la maxime «*omnia praesumuntur rite esse acta*» n'est pas applicable aux fins d'attribuer une juridiction.

Les mots soulignés ont été mis en italiques par l'auteur. Un arrêt de la Chambre des lords, conforme à l'opinion unanime des juges, et consigné sous le titre *Mayor and Aldermen of the City of London v. Richard Henry Cox et al*⁶, appuie entièrement cet énoncé de la règle, comme on peut le voir notamment aux pages 262 et 263.

Dire que le mandat doit indiquer que l'avis prescrit a été donné et qu'une copie en a été produite n'implique pas que l'on va libérer un détenu lorsque l'avis a effectivement été donné et produit. En ce cas on pourra produire un mandat corrigé et appliquer les dispositions de l'art. 683 du Code.

Lorsqu'il est allégué, comme dans cette cause, qu'une condition préalable à l'acquisition par le

⁶ (1867), L.R. 2 H.L. 239.

⁶ (1867), L.R. 2 H.L. 239.

quiring jurisdiction to enter on the hearing was not fulfilled and the warrant is silent, s. 61 of the *Supreme Court Act* provides an expeditious method of ascertaining whether or not the allegation is well founded.

The applicable rule is accurately stated in *Broom's Legal Maxims*, *supra*, at page 647, as follows:

But although it is necessary that the jurisdiction of the inferior court should appear, yet there is no particular form in which it should be made to appear. The Court above, which may control the inferior court, must be enabled, somehow or other, to see that there is jurisdiction such as will support the proceeding; but in what way it shall so see it is not material, provided it does so see it. The rule, therefore, may be stated to be, that where it appears upon the face of the proceedings that the inferior court has jurisdiction, it will be intended that the proceedings are regular; but that, unless it so appears—that is, if it appear affirmatively that the inferior court has no jurisdiction, or, if it be left in doubt, whether it has jurisdiction or not—no such intendment will be made. 'The old rule for jurisdiction is, that nothing shall be intended to be out of the jurisdiction of the *superior* court but that which specially appears to be so; nothing is intended to be within the jurisdiction of an *inferior* court but that which is expressly alleged'. And again, 'in all proceedings in inferior courts it is necessary to show that the proceedings were within the jurisdiction of the Court'.

While, in my view, it is not strictly necessary as I think the proceedings below are already properly before us, I would direct the issue of a writ of *certiorari* pursuant to s. 61 of the *Supreme Court Act* to bring them here.

The result of all that I have said above is that, in my opinion, the Courts below had the right and the duty to examine the record of the proceedings before the Magistrate and the affidavits filed before Wilson C.J. for the purpose of ascertaining whether notice was given and a copy thereof filed as required by s. 662(1)(b), that is to say for the purpose of ascertaining whether the Magistrate had jurisdiction to enter upon the inquiry, and this Court has the same right and duty.

tribunal inférieur de la compétence nécessaire pour procéder à l'audition n'a pas été remplie et que le mandat est muet sur ce point, l'art. 61 de la *Loi sur la Cour suprême* offre un moyen rapide de déterminer si l'allégation est bien fondée.

La règle à suivre est formulée avec précision dans *Broom's Legal Maxims*, *supra*, à la page 647, comme suit:

[TRADUCTION] Bien qu'il soit nécessaire d'indiquer la compétence du tribunal inférieur, il n'y a pas de formule spéciale pour la démontrer. La Cour supérieure investie du droit de contrôler le tribunal inférieur doit pouvoir vérifier d'une façon ou d'une autre l'existence de la compétence requise pour la validité de la procédure, peu importe de quelle façon pourvu qu'elle puisse la constater. On peut donc dire que la règle c'est que s'il appert du texte des procédures que le tribunal inférieur était compétent on les tiendra pour régulières, mais cela n'aura pas lieu autrement, c'est-à-dire s'il appert que le tribunal inférieur n'avait pas compétence ou s'il y a doute à ce sujet. La vieille règle sur la compétence c'est que rien n'est en dehors de la compétence d'une cour supérieure que ce qui en est expressément exclu et rien n'est de la compétence d'un tribunal inférieur que ce qui lui est expressément attribué. Encore une fois, dans toutes procédures devant un tribunal inférieur, il est nécessaire de démontrer que l'affaire est de sa compétence.

Même si cela ne me paraît pas strictement nécessaire, parce que j'estime que nous sommes déjà régulièrement saisis des procédures du tribunal inférieur, je suis d'avis de délivrer un bref de *certorari* en vertu de l'art. 61 de la *Loi sur la Cour suprême* pour qu'elles soient produites devant cette Cour.

La conséquence de tout ce que j'ai dit jusqu'ici c'est qu'à mon avis les cours de première instance et d'appel avaient le droit et le devoir d'examiner le dossier des procédures devant le magistrat de même que les déclarations sous serment produites devant le juge en chef Wilson aux fins de vérifier si l'avis prescrit par l'alinéa (b) du par. (1) de l'art. 662 avait été dûment donné et produit, c'est-à-dire aux fins de juger si le magistrat avait compétence pour procéder à l'enquête. Cela signifie que cette Cour a le même droit et le même devoir.

The next question is whether the finding of the majority in the Court of Appeal, that the requisite notice was in fact given to the appellant seven clear days before the hearing, can be sustained. After a consideration of all the material in the record I have reached the conclusion that it cannot.

With respect I am unable to agree with the view which Tysoe J.A. expressed as follows:

It is my opinion that in the circumstances of this case the onus is on the appellant to establish that he did not receive the seven clear days' notice called for by *Code* Section 662(1)(b) and the onus is a heavy one. It seems abundantly clear that when the appellant acknowledged formally before the Magistrate that he had been served with notice as shown in the foregoing extract of the proceedings, he must have intended the Magistrate to believe that he was not questioning the adequacy of the notice given to him of the hearing of the application. This circumstance, it seems to me, adds to the onus upon the appellant to show conclusively, if he can, that he had not in fact been given the notice which he was entitled to be given under the *Code* Section.

The course of the proceedings would seem to indicate that it was not until the hearing before the Court of Appeal that the appellant realized that he was entitled to seven clear days' notice. He does not question the receipt of a notice. His whole case is that he did not receive it seven clear days before the hearing. There is no presumption that he knew of this when he acknowledged before the Magistrate that he had received notice. I agree with what was said by Lord Atkin in *Evans v. Bartlam*⁷:

... For my part I am not prepared to accept the view that there is in law any presumption that any one, even a judge, knows all the rules and orders of the Supreme Court. The fact is that there is not and never has been a presumption that every one knows the law. There is the rule that ignorance of the law does not excuse, a maxim of very different scope and application.

Had the proceedings before Magistrate Hunter been properly conducted and recorded the record returned to the Supreme Court of British Columbia would have contained a copy of the notice

L'autre question est celle de savoir si la conclusion de la majorité en Cour d'appel, à l'effet que l'avis requis a effectivement été donné à l'appelant sept jours francs avant l'audition peut être retenue. Après avoir examiné toutes les pièces au dossier, je suis venu à la conclusion qu'elle ne peut l'être.

En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion du juge Tysoe, exprimée en ces termes:

[TRADUCTION] A mon avis, dans les circonstances, l'appelant a le fardeau de démontrer qu'il n'a pas reçu l'avis de sept jours francs prescrit par l'alinéa (b) du paragraphe (1) de l'article 662 du Code. Ce fardeau est lourd. Il est évident que lorsque l'appelant a, comme le fait voir l'extrait ci-dessus du procès-verbal, formellement admis avoir reçu signification de l'avis, il a dû avoir l'intention de faire croire au magistrat qu'il ne contestait pas la suffisance de l'avis d'audition de la demande qui lui avait été donné. Cela, il me semble, ajoute au fardeau qui incombe à l'appelant de démontrer péremptoirement, s'il le peut, qu'il n'a pas réellement reçu l'avis prescrit par le Code.

La marche des procédures semble démontrer que ce ne fut qu'au moment de l'audition devant la Cour d'appel que l'appelant se rendit compte qu'il avait droit à un avis de sept jours francs. Il ne met pas en question la réception d'un avis. Tout ce qu'il veut faire valoir c'est qu'il n'a pas reçu l'avis de sept jours francs avant l'audition. Il n'y a pas de présomption qu'il était au fait lorsqu'il a reconnu devant le magistrat avoir reçu l'avis. Je souscris à ce qu'a dit Lord Atkin dans *Evans v. Bartlam*⁷ et qui est consigné à la page 479:

[TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à admettre qu'il y a en droit une présomption que les règles et ordonnances de la cour supérieure sont connues de tous, pas même des juges. De fait, il n'y a pas et il n'y a jamais eu une présomption que la loi est connue de tous. Il y a bien le principe que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse, mais c'est une maxime d'une portée et d'un effet bien différents.

Si devant le magistrat Hunter on avait régulièrement fait la procédure et conservé les pièces, le dossier remis à la Cour suprême de la Colombie-Britannique aurait renfermé une copie de

⁷ [1937] A.C. 473 at 479, [1937] 2 All. E.R. 646.

⁷ [1937] A.C. 473, [1937] 2 All E.R. 646.

given to the appellant and evidence, by way of affidavit of service or oral sworn testimony, showing the date on which it was served. It contains none of these. How can it be said that an onus rests upon the appellant to establish that which ought to be a matter of record?

As was pointed out by Norris J.A., the appellant's lengthy affidavit is largely argumentative; but there seems to be no escape from the conclusion which he seeks to draw that, if the affidavit of the constable who served the notice upon the appellant is correct in saying that the service was made at the Court House at Cloverdale, the notice could not have been served seven clear days before the hearing.

On this branch of the matter I am in substantial agreement with the reasons of Norris J.A. and will not repeat what he has said.

Before parting with this appeal, I wish to make one further observation. It is unquestionable that proceedings under s. 660 or s. 661 of the *Criminal Code*, in which the liberty of the accused for the remainder of his life is at stake, are *strictissimi juris*. At the trial of an indictable offence by the terms of s. 562 of the Code, and at the trial of an offence punishable on summary conviction by the terms of s. 708(5), an accused or his counsel may admit any fact alleged against him for the purpose of dispensing with proof thereof. Where there is no plea of guilty, an accused cannot effectively admit matters of mixed fact and law. In my opinion, it is an undesirable practice for Crown counsel to refrain from making strict proof of the giving of the notice required by the terms of s. 662(1) and to seek to rely on a loosely worded oral admission made by an accused who is not represented by counsel.

Since writing the above I have had the advantage of reading the reasons of my brother Pigeon and wish to express my complete agreement with them.

For the reasons given by my brother Pigeon and for those set out above, I would allow the appeal, set aside the Orders of the Court of Appeal and of Wilson C.J., and direct that judgment be entered (i) quashing the finding of the Magistrate that the appellant is a criminal sexual

l'avis donné à l'appellant et une preuve, par procès-verbal ou déposition sous serment, de la date de la signification. On n'y trouve rien de tel. Comment peut-on dire que l'appellant a le fardeau de démontrer ce qui devrait être au dossier?

Comme l'a signalé le juge Norris, la longue déclaration de l'appellant consiste en grande partie en une argumentation. Mais la conclusion qu'il cherche à tirer semble inéluctable: si la déclaration du constable qui a signifié l'avis à l'appellant est exacte et la signification a été faite au Palais de justice à Cloverdale, l'avis n'a pas pu être signifié sept jours francs avant l'audition.

Sur cet aspect de la question je souscris en substance aux raisons du juge d'appel Norris et je ne répéterai pas ce qu'il a dit.

Avant de terminer, je veux faire une dernière observation. Il est indiscutable que les procédures prévues par les art. 660 et 661 du *Code criminel*, qui mettent en jeu la liberté de l'accusé pour le reste de ses jours, sont *strictissimi juris*. Au cours d'un procès pour acte criminel l'art. 562 du Code, tout comme au cours d'un procès pour infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité le par. 5 de l'art. 708, permet à l'accusé ou son avocat d'admettre tout fait allégué contre lui afin de dispenser d'en faire la preuve. Quand il n'y a pas de plaidoyer de culpabilité, l'accusé ne peut effectivement admettre des allégations mixtes de fait et de droit. A mon avis, c'est pour l'avocat du poursuivant une pratique peu souhaitable que de s'abstenir de faire la preuve formelle de l'avis prescrit par le par. (1) de l'art. 662 et de compter sur un aveu oral imprécis fait par un accusé qui n'est pas représenté par un avocat.

Après avoir écrit ce qui précède, j'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Pigeon, et je suis entièrement d'accord avec lui.

Pour les motifs exprimés par mon collègue et pour ceux que j'ai ci-dessus exposés, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement du juge en chef Wilson et d'ordonner qu'un jugement soit enregistré (i) annulant la décision du magistrat que

psychopath, (ii) quashing the sentence of preventive detention, (iii) quashing the Warrant of Committal and (iv) ordering that the appellant be discharged from custody.

I would make an order pursuant to s. 689 of the *Criminal Code* protecting the Magistrate and any officer who acted under the Order or Warrant from any civil proceedings.

The judgment of Fauteux, Abbott, Martland, Judson and Ritchie JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The appellant, on March 6, 1958, appeared before Magistrate Hunter, at Cloverdale, British Columbia, and pleaded guilty to a charge of committing an act of gross indecency, contrary to s. 149 of the *Criminal Code*, and was convicted of that offence. His criminal record contained two prior convictions for the same type of offence, and was admitted by the appellant to be correct.

He was not sentenced at that time, but the hearing was adjourned to a subsequent date. He appeared before the magistrate on March 28, 1958. On that occasion it appears that he was notified by the prosecutor of the intention of the latter to apply to hear evidence as to whether the appellant was a criminal sexual psychopath, because the appellant was asked to appoint one of the two psychiatrists whose evidence is required under s. 661(2) of the Code. The appellant says that he asked that his personal physician should suggest a psychiatrist.

The hearing was adjourned to April 15, and, on that date, again adjourned to April 22. It was on that date that the evidence was heard by the magistrate. The magistrate imposed a sentence of two years in respect of the offence charged, as to which the plea of guilty had been entered, and also imposed a sentence of preventive detention.

The appellant did not appeal, within the time limited for appeal. In February 1964, he applied for an extension of time within which to appeal. The application was heard on May 7, 1965, by the Court of Appeal, and was dismissed.

l'appelant est atteint de psychopathie sexuelle criminelle, (ii) annulant la sentence de détention préventive, (iii) annulant le mandat de dépôt et (iv) ordonnant que l'appelant soit libéré.

Je suis en outre d'avis de délivrer en conformité de l'art. 689 du *Code criminel* un ordre protégeant contre toutes procédures civiles le magistrat et les agents qui ont exécuté la sentence ou le mandat.

Le jugement des Juges Fauteux, Abbott, Martland, Judson et Ritchie a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le 6 mars 1958, l'appelant comparait devant le Magistrat Hunter, à Cloverdale, Colombie-Britannique, plaidait coupable à une inculpation d'avoir commis, en contravention de l'art. 149 du *Code criminel* un acte de grossière indécence, et était déclaré coupable de cet acte criminel. Son dossier indiquait deux condamnations antérieures pour des délits du même genre, ce que l'appelant a reconnu être exact.

Le prononcé de la sentence a été ajourné à une date ultérieure. L'appelant comparait à nouveau devant le Magistrat le 28 mars 1958. C'est à ce moment, selon le dossier, que le procureur de la Couronne a fait part à l'appelant de son intention de demander à entendre des témoignages afin de décider si l'appelant était atteint de psychopathie sexuelle criminelle puisqu'on a requis l'appelant de désigner l'un des deux psychiatres qui devaient témoigner, conformément aux dispositions de l'art. 661(2) du *Code criminel*. L'appelant dit qu'il a demandé que son médecin personnel recommande un psychiatre de son choix.

L'enquête fut ajournée au 15 avril, et le 15 avril elle fut reportée au 22 avril. C'est le 22 avril que le Magistrat entendit les témoignages; il a alors condamné l'appelant à une peine de deux années de pénitencier sur l'accusation portée, à laquelle celui-ci avait plaidé coupable, en plus d'imposer la détention préventive.

L'appelant n'interjeta pas appel dans les délais prescrits. En février 1964, il faisait une demande de prolongation du délai d'appel. La Cour d'appel a entendu cette demande le 7 mai 1965 et l'a rejetée.

In September, 1965, the appellant applied for a writ of habeas corpus, with certiorari in aid. One of the grounds stated was:

THAT the court had no jurisdiction to hear an application under section 661(1)(b), when the hearing followed immediately after conviction, the procedure laid down that the application be raised AFTER conviction and seven clear days notice, were not complied with.

The appellant's affidavit in support of that application contained no statement as to where or when he was served with the notice, nor did it contain any other material in support of the above submission.

The appellant was represented by counsel on this application, which was dismissed. The appeal from this decision was dismissed. Counsel appeared on the appeal as "amicus curiae" as well as counsel for the Crown.

On March 31, 1966, the appellant applied a second time for an extension of time within which to appeal from the finding that he was a criminal sexual psychopath and the sentence of preventive detention. This application was heard on May 26 and was dismissed on June 7. Written reasons were delivered by the Chief Justice, on behalf of the Court, and I quote from those reasons:

In view of the submissions made by Sanders to this Court on his Motion for extension of Time made in 1965, the Court directed Crown counsel to inform the Attorney-General of the allegations which had been made by Sanders before this Court regarding prejudicial conduct of the proceedings before the Cloverdale Magistrate, with a view to a thorough investigation of all the circumstances surrounding the proceedings taken before Magistrate Hunter. Crown counsel has informed the Court during argument that such an investigation was made by an officer of the Department of the Attorney-General who reported thereon repudiating the allegations made by Sanders.

Branca J. in his reasons for judgment in the Habeas Corpus proceedings before mentioned, criticized adversely the conduct of the proceedings before Magistrate Hunter, presumably based upon allegations of the same nature as were made by Sanders in his first motion for leave to appeal, but

En septembre 1965, l'appellant fit une requête pour bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. L'une des allégations de sa requête se lisait ainsi:

[TRADUCTION] QUE la Cour n'avait pas compétence pour entendre une demande faite en vertu de l'art. 661(1)(b), où l'audition a immédiatement suivi la déclaration de culpabilité, parce que l'article qui stipule que la demande doit être faite APRÈS la déclaration de culpabilité et un avis de sept jours francs n'a pas été observé.

La déclaration sous serment faite par l'appellant à l'appui de sa requête n'indiquait ni où ni quand on lui avait signifié l'avis, et n'invoquait pas non plus d'autre fait pour étayer l'allégation précitée.

Lors de la présentation de cette requête en première instance, l'appellant s'était fait représenter par un avocat. La requête fut rejetée. Lors de l'appel, un avocat agissait à titre bénévole (*amicus curiae*) et comme procureur de la Couronne. Le rejet a alors été confirmé.

Le 31 mars 1966, l'appellant fit une nouvelle demande de prolongation du délai d'appel de l'ordonnance qui le déclarait atteint de psychopathie sexuelle criminelle et le condamnait à la détention préventive. Cette nouvelle demande fut entendue le 26 mai et rejetée le 7 juin. Le Juge en chef a présenté par écrit les motifs de la Cour. De ce jugement, je retiens ceci:

[TRADUCTION] Par suite des allégations de Sanders devant cette Cour, à l'occasion de sa demande de prolongation de délai en 1965, celle-ci a demandé au procureur de la Couronne de porter à la connaissance du Procureur général les représentations de Sanders au sujet de l'irrégularité de procédures devant le Magistrat de Cloverdale, en vue de faire mener une enquête complète sur les circonstances entourant les procédures devant le Magistrat Hunter. Le procureur de la Couronne a fait part à cette Cour, au cours de sa plaidoirie, que le ministère du Procureur général avait fait mener l'enquête par l'un de ses agents et que le rapport de ce dernier était à l'encontre des prétentions de Sanders.

Le Juge Branca, dans les motifs de son jugement sur la requête d'*habeas corpus* mentionnée plus haut, a formulé des critiques sévères quant à la conduite de l'affaire devant le Magistrat Hunter, se fondant probablement sur des allégations de même nature que celles qu'avait faites Sanders dans sa première

considered that there was not sufficient proof of prejudicial conduct of the proceedings before the trial tribunal to justify a finding that the Magistrate acted without jurisdiction.

On the opening of the current Motions before this Court Sanders appeared in person, stated that he wished to appear on his own behalf and did not desire legal aid counsel. He relied on the following grounds:

1. That the Court is entitled to consider the merits of his case before determining whether or not to grant an extension of time to move for leave to appeal.

2. The merits warrant an extension of time since it now appears from a further transcript of the proceedings before the learned Magistrate on April 22, 1958 that the transcript presented to this court on the first motion was not complete.

3. The waiver of appeal signed by the Appellant on 18th May 1958 does not stand in the way of the granting of an extension of time to move for leave to appeal.

He relied on no other ground.

* * *

I am satisfied from examination of the transcript now produced by Sanders and particularly from the comments attributed to him at the conclusion of the proceedings on April 22, that he suffered no prejudice from the manner in which those proceedings were conducted. His concluding comment, in my judgment, affords the fullest support for the conclusion that he did not then consider he had suffered prejudice.

In view of Sanders' allegation of prejudice the Court has seen fit on this Motion for Extension of time to examine the record of the proceedings before the Magistrate with care. In my judgment no grounds have been shown to warrant the granting of an extension of time to permit the appellant to prosecute an appeal from the finding that he is a criminal sexual psychopath, or from the sentence imposed by the learned Magistrate.

The application was dismissed.

It was on the hearing of this application that the appellant, for the first time, produced a notice, dated March 31, 1958, addressed to him, of the intention to apply, on April 15, 1958, at Cloverdale, British Columbia, for a hearing to

demande de permission d'en appeler. Toutefois, le Juge Branca a trouvé que la preuve des prétendues irrégularités au niveau des procédures en première instance n'était pas suffisante pour justifier la conclusion que le Magistrat avait agi sans compétence.

A l'audition des requêtes courantes devant cette Cour, Sanders a comparu personnellement, disant qu'il ne voulait pas d'un avocat de l'assistance judiciaire et qu'il plaiderait seul. Il invoquait les motifs suivants:

1. Que la Cour avait le droit d'étudier sa cause au fond avant de décider si elle devait accorder une prolongation de délai pour lui permettre d'en appeler.

2. Que le fond de sa cause justifiait une prolongation de délai parce qu'il ressort d'une nouvelle transcription des procédures faites devant le savant Magistrat le 22 avril 1958, que la transcription fournie à cette Cour lors de la première demande de prolongation de délai était incomplète.

3. Que la renonciation à l'appel, signée par l'appellant le 18 mai 1958, n'empêchait pas la Cour d'accorder une prolongation du délai pour demander l'autorisation d'interjeter appel.

Il n'invoquait pas d'autre motif.

* * *

D'après l'étude de la transcription maintenant fournie par Sanders et spécialement d'après les propos qu'il aurait prononcés à la fin des procédures du 22 avril, je suis satisfait qu'il n'a subi aucun préjudice de la façon dont elles se sont déroulées. Ses propos d'alors, à mon avis, permettent de conclure sans aucun doute qu'il ne considérerait pas à ce moment-là qu'il avait subi un préjudice quelconque.

A cause de l'allégation de préjudice formulée par Sanders, la Cour a jugé bon, sur cette demande de prolongation de délai, d'examiner avec soin le dossier des procédures devant le Magistrat. J'en conclus qu'il n'y a pas de motif qui justifie d'accorder une prolongation de délai à l'appellant pour qu'il puisse en appeler de l'ordonnance qui le déclare psychopathe sexuel criminel ou de la peine imposée par le savant Magistrat.

La demande a été rejetée.

C'est à l'audition de cette dernière demande que l'appellant a produit pour la première fois, un avis daté du 31 mars 1958 et adressé à lui, l'informant qu'on se proposait de demander, le 15 avril 1958, à Cloverdale, Colombie-Britan-

determine whether or not he was a criminal sexual psychopath. It bore the name of A. K. Thompson, Crown Prosecutor.

The application which gave rise to the present proceedings was a second application for a writ of *habeas corpus*, with *certiorari* in aid, made on May 18, 1967. The application was dismissed, and an appeal from that dismissal was heard by a court of five and was dismissed, Norris J.A. dissenting.

Tysoe J.A., who delivered the reasons of the majority, says:

The situation in the case before this Court is somewhat unique. Some of the records of the Magistrate's court cannot be found. All the material that was available in the court below and in this court is the warrant of committal, two transcripts of the proceedings before the Magistrate on April 22, 1958, the notice of application served upon the appellant, and the affidavits hereinafter mentioned.

The first transcript was supplied to the appellant by the Court Reporter and it is plainly incomplete. The second transcript was procured by the Crown and was prepared by the Court Reporter after Branca, J. had delivered his judgment. It is much fuller than the first and is certified to be "a true report of the evidence and proceedings as transcribed from my shorthand notes taken on April 22nd, 1958." Insofar as service of notice of the application to Magistrate Hunter for a finding under *Code* Section 661 is concerned, the second transcript contains the following:

CROWN: Your Worship, you will recall in this matter, the previous hearing, I made application under Section 661(1) of the Criminal Code and Notice has been served upon the accused and the Accused is prepared to admit it, to avoid the necessity of proof.

MAGISTRATE: Now, Mr. Saunders, you have been served with a copy of this Notice?

MR. SAUNDERS: Right.

MAGISTRATE: And this is your signature on the bottom, admitting it?

MR. SAUNDERS: Yes.

MAGISTRATE: That is a copy of what I have here now?

MR. SAUNDERS: Yes, that is correct.

nique, une audition pour décider s'il était atteint de psychopathie sexuelle criminelle. L'avis était signé par A. K. Thompson, procureur de la Couronne.

La requête qui a donné lieu au présent pourvoi est une deuxième requête d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, présentée le 18 mai 1967. Cette requête ayant été refusée, l'appel de ce refus a été entendu par un banc de cinq Juges et a été rejeté. Le Juge d'appel Norris était dissident.

Le Juge d'appel Tysoe, en donnant les motifs de la Cour, dit:

[TRADUCTION] La situation dans la cause qui est présentement devant cette Cour est assez particulière. Une partie du dossier de la Cour du magistrat est introuvable. Les seules pièces disponibles, tant devant le tribunal inférieur que devant nous, sont: le mandat de dépôt, deux transcriptions des procédures devant le Magistrat le 22 avril 1958, l'avis de demande signifié à l'appellant et les déclarations sous serment mentionnées plus loin.

La première transcription que le sténographe officiel a fournie à l'appellant est manifestement incomplète. La seconde, produite par la Couronne, a été préparée par le sténographe officiel après que le Juge Branca eut rendu son jugement. Elle est beaucoup plus complète que la première et elle est authentiquée: «Rapport fidèle des témoignages et des procédures, transcrit d'après mes notes sténographiques prises le 22 avril 1958». Au sujet de la signification de l'avis qu'on voulait, devant le Magistrat Hunter, faire une demande de conclusion en vertu de l'art. 661 du *Code criminel*, on trouve le passage suivant dans la deuxième transcription:

LE SUBSTITUT: Votre Honneur, vous vous souviendrez qu'en cette affaire à l'audition précédente j'ai fait une demande en vertu du paragraphe 1 de l'article 661 du Code criminel, un avis a été signifié à l'accusé et il est disposé à l'admettre pour éviter la nécessité d'en faire la preuve.

LE MAGISTRAT: Alors, M. Sanders, on vous a signifié une copie de cet avis?

M. SANDERS: C'est exact.

LE MAGISTRAT: Et, au bas, c'est votre signature par laquelle vous l'admettez?

M. SANDERS: Oui.

LE MAGISTRAT: C'est une copie de ce que j'ai en main ici présentement?

M. SANDERS: Oui, c'est exact.

EXHIBIT 1.

NOTICE.

The Notice of Application which became Exhibit 1 is not available, but the appellant has produced what he says was the Notice served upon him.

Three of the affidavits, which are referred to in this passage, had been filed by the Crown in relation to the first application for habeas corpus to meet the allegation of insufficiency of notice.

The affidavit of Magistrate Hunter stated:

7. That on the 28th day of March, 1958, at Cloverdale in the Province of British Columbia, in the presence of Francis Stewart Sanders and Crown Counsel Mr. A. Kenneth Thompson, evidence was tendered to me that satisfied me that Francis Stewart Sanders had received seven clear days' notice in writing of an application under Section 661 of the Criminal Code of Canada as it then was, to have the said Francis Stewart Sanders declared to be a criminal sexual psychopath and to have him sentenced to preventive detention.

The affidavit of the Crown Prosecutor, Mr. Thompson, stated:

7. That I recall that Notice was given to Francis Stewart Sanders of our intention to proceed against him as a criminal sexual psychopath and I recall proving in Court to the satisfaction of the Magistrate that the proper Notice had been given, but I am not now able to say on what date the Notice was served upon Francis Stewart Sanders.

The affidavit of Corporal Dempsey of the Royal Canadian Mounted Police stated as follows:

4. That before the hearing to have Francis Stewart Sanders declared a criminal sexual psychopath commenced, I personally served on Francis Stewart Sanders a copy of the Notice of Application to have him declared to be a sexual psychopath.

5. That the aforesaid service took place at the Court House at Cloverdale, in the Municipality of Surrey in the Province of British Columbia.

6. That I verily believe that the said Notice was served by me on the said Francis Stewart Sanders at least seven clear days before the commencement

PIÈCE N° 1.

AVIS.

L'avis de demande mentionné comme pièce n° 1 n'est pas au dossier, mais on y trouve l'avis que l'appelant dit lui avoir été signifié.

La Couronne a produit lors de la première requête d'*habeas corpus* les trois déclarations sous serment dont il vient d'être question, pour répondre à l'allégation de l'appelant qu'il y avait eu irrégularité quant à l'avis.

Dans la déclaration du Magistrat Hunter, on trouve ce qui suit:

[TRADUCTION] 7. Le 28 mars 1958, à Cloverdale, dans la province de la Colombie-Britannique, en présence de Francis Stewart Sanders et de l'avocat de la Couronne, M. A. Kenneth Thompson, il a été prouvé à ma satisfaction que Francis Stewart Sanders avait reçu un avis écrit de sept jours francs qu'une demande en vertu de l'art. 661 du *Code criminel du Canada*, tel qu'il se lisait alors, serait faite pour le faire déclarer lui, ledit Francis Stewart Sanders, atteint de psychopathie sexuelle criminelle et le faire condamner à la détention préventive.

La déclaration sous serment du substitut Thompson dit que:

[TRADUCTION] 7. Je me souviens qu'un avis a été donné à Francis Stewart Sanders de notre intention de le faire déclarer atteint de psychopathie sexuelle criminelle et je me souviens avoir prouvé en Cour, à la satisfaction du Magistrat, qu'un avis lui avait été dûment donné mais je suis incapable de dire à quelle date ledit avis a été signifié à Francis Stewart Sanders.

La déclaration sous serment du caporal Dempsey, de la Gendarmerie Royale du Canada, se lit comme il suit:

[TRADUCTION] 4. Avant le début de l'audition pour faire déclarer Francis Stewart Sanders atteint de psychopathie sexuelle criminelle, j'ai personnellement signifié audit Francis Stewart Sanders copie de l'avis de la demande pour le faire déclarer atteint de psychopathie sexuelle criminelle.

5. La dite signification a eu lieu au palais de justice de Cloverdale, dans la municipalité de Surrey, dans la province de la Colombie-Britannique.

6. Je crois sincèrement que j'ai signifié ledit avis audit Francis Stewart Sanders au moins sept jours francs avant le début de l'audition, parce qu'il

of the hearing, because this was the first application of this nature in which I had been involved, and I clearly recall reading the provisions of the then Criminal Code of Canada, namely Sections 661 and 662, before attending to the service on Francis Stewart Sanders.

The appellant filed an affidavit, which, for the first time, referred to the notice of application dated March 31, 1958, which he admitted having received. This affidavit did not state where or when it was served upon him, or, in the alternative, that he did not remember either of those matters. Instead, the affidavit says:

18. That I was not given any verbal or written Notice prior to my Election and plea on March 6th, 1958, that a further charge would be laid, regarding being a criminal sexual psychopath.

19. That I was not given any verbal or written Notice of Application at any time before the Raising of the Application in Court on March 28th, 1958.

20. That I was not given seven clear days Notice before trial as required by Law, before the Court has jurisdiction to hold a hearing to determine if the Accused was a criminal sexual psychopath.

On the issue of adequacy of notice, the affidavit is in the form of an argument to this effect:

1. No notice was received prior to March 28, 1958.

2. The notice is dated March 31, 1958.

3. Corporal Dempsey says that he effected service at the Court House at Cloverdale.

4. The appellant was only at that Court House after March 28, on April 15 and 22.

5. If it was served on either of those two dates, in April, the appellant did not have seven clear days' notice of the hearing on April 22.

The relevant sections of the *Criminal Code*, as they were at the time of the hearing, are the following:

661. (1) Where an accused is convicted of

(a) an offence under

(i) section 136,

(ii) section 138,

s'agissait de la première demande de cette nature où j'instrumentais et je me rappelle très bien avoir lu les dispositions des articles 661 et 662 du *Code criminel* tels qu'ils se lisaient alors, avant de procéder à la signification à Francis Stewart Sanders.

L'appellant a produit une déclaration sous serment, où il mentionne pour la première fois l'avis de demande daté du 31 mars 1958, avis qu'il admet avoir reçu. Cette déclaration ne spécifie ni où ni quand l'avis lui a été signifié et n'affirme pas non plus que l'appellant ne se souvient pas de ces faits. Il dit plutôt:

[TRADUCTION] 18. Je n'ai été avisé ni oralement, ni par écrit avant de faire mon choix ou d'enregistrer mon plaidoyer, le 16 mars 1958, qu'une nouvelle accusation serait portée contre moi, savoir celle que j'étais atteint de psychopathie sexuelle criminelle.

19. Je n'ai été avisé ni oralement, ni par écrit d'une telle demande avant qu'elle soit faite devant le tribunal, le 28 mars 1958.

20. Je n'ai pas eu un avis de sept jours francs avant le procès ainsi que la loi le requiert avant que la Cour ait juridiction de procéder à l'audition pour décider si l'accusé est atteint de psychopathie sexuelle criminelle.

Quant à la question de la validité de l'avis, la déclaration présente le raisonnement suivant:

1. L'appellant n'a eu aucun avis avant le 28 mars 1958.

2. L'avis est daté du 31 mars 1958.

3. Le caporal Dempsey déclare avoir fait la signification au palais de justice de Cloverdale.

4. Après le 28 mars, l'appellant ne s'est trouvé au palais de justice que les 15 et 22 avril.

5. Si l'avis a été signifié le 15 ou le 22 avril, l'appellant n'a pu avoir un avis de sept jours francs de l'audition tenue le 22 avril.

Les articles du *Code criminel* qui s'appliquent ici se lisaient comme il suit au moment de l'audition:

661. (1) Lorsqu'un accusé est déclaré coupable

(a) d'une infraction visée par

(i) l'article 136;

(ii) l'article 138;

- (iii) section 141,
- (iv) section 147,
- (v) section 148, or
- (vi) section 149; or

(b) an attempt to commit an offence under a provision mentioned in paragraph (a),

the court may, upon application, before passing sentence hear evidence as to whether the accused is a criminal sexual psychopath.

(2) On the hearing of an application under subsection (1) the court may hear any evidence that it considers necessary, but shall hear the evidence of at least two psychiatrists, one of whom shall be nominated by the Attorney General.

(3) Where the court finds that the accused is a criminal sexual psychopath it shall, notwithstanding anything in this Act or any other Act of the Parliament of Canada, sentence the accused to a term of imprisonment of not less than two years in respect of the offence of which he was convicted and, in addition, impose a sentence of preventive detention.

662. (1) The following provisions apply with respect to applications under this Part, namely,

* * *

(b) an application under subsection (1) of section 661 shall not be heard unless seven clear days' notice thereof has been given to the accused by the prosecutor and a copy of the notice has been filed with the clerk of the court or with the magistrate, where the magistrate is acting under Part XVI.

(2) An application under this Part shall be heard and determined before sentence is passed for the offence of which the accused is convicted and shall be heard by the court without a jury.

The scheme of these provisions is that, upon a person being convicted of one of the named offences, the court which convicted that person is empowered, before imposing sentence, to hear further evidence as to whether the person convicted is a criminal sexual psychopath. If he is found to be such, the court must impose a sentence of not less than two years in respect of the offence charged, and, in addition, a sentence of preventive detention. The hearing of the further evidence is not a new proceeding. It is a continuation of the proceedings which led to

- (iii) l'article 141;
- (iv) l'article 147;
- (v) l'article 148; ou
- (vi) l'article 149; ou

(b) d'une tentative de commettre une infraction prévue par une disposition mentionnée à l'alinéa (a),

la cour peut, sur demande, avant de prononcer sentence, entendre des témoignages sur la question de savoir si le délinquant est atteint de psychopathie sexuelle criminelle.

(2) A l'audition d'une demande prévue par le paragraphe (1), la cour peut entendre les témoignages qu'elle estime nécessaires, mais elle doit entendre les témoignages d'au moins deux psychiatres, dont l'un doit être nommé par le procureur général.

(3) Lorsque la cour juge que l'accusé est atteint de psychopathie sexuelle criminelle, elle doit, nonobstant les dispositions de la présente loi ou de toute autre loi du Parlement du Canada, lui imposer au moins deux ans d'emprisonnement pour l'infraction dont il a été déclaré coupable et, en plus, imposer une sentence de détention préventive.

662. (1) Les prescriptions suivantes s'appliquent à l'égard des demandes prévues par la présente Partie, savoir:

* * *

(b) une demande selon le paragraphe (1) de l'article 661 ne peut pas être entendue, à moins que le poursuivant n'en ait donné à l'accusé un avis de sept jours francs et que copie de l'avis n'ait été déposée au bureau du greffier de la cour ou du magistrat, lorsque ce dernier agit sous l'autorité de la partie XVI.

(2) Une demande prévue par la présente Partie doit être entendue et décidée avant le prononcé de la sentence pour l'infraction dont l'accusé est déclaré coupable et doit être entendue par la cour sans jury.

Ces articles prévoient que, lorsqu'une personne est déclarée coupable d'un des actes criminels y mentionnés, la cour qui a déclaré l'accusé coupable peut, avant d'imposer une peine, entendre des témoignages supplémentaires afin de déterminer si la personne déclarée coupable est psychopathe sexuel criminel. Si la cour juge que l'accusé est psychopathe sexuel criminel, elle doit le condamner à une peine d'au moins deux ans à l'égard de l'acte criminel dont l'accusé a été trouvé coupable et en plus imposer la détention préventive. L'audition des témoignages sup-

the conviction, and such hearing is for the purpose of determining the sentence to be imposed.

The present application for habeas corpus, with certiorari in aid, was dismissed by Wilson C.J. His reasons are set out in his report to the Court of Appeal, as follows:

I have little to report on this matter. The same conviction was dealt with by Mr. Justice Branca on a previous application for habeas corpus with certiorari in aid and his written reasons, dismissing the application, were handed down November 23, 1965. I cannot improve on them. Generally I may say that since the warrant of committal was not attacked I could see no opening for habeas corpus. So far as certiorari was involved I thought Section 682 of the Criminal Code a bar and also thought that the application must be dismissed for the reasons given by Branca J., as he then was.

Section 682 provides as follows:

682. No conviction or order shall be removed by certiorari

(a) where an appeal was taken, whether or not the appeal has been carried to a conclusion, or

(b) where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried, and an appeal might have been taken, but the defendant did not appeal.

In the Court of Appeal, counsel for the Crown conceded that certiorari would lie if the magistrate acted in the matter without jurisdiction, in the sense that he was without power to hear the Crown's application *ab initio*, if the appellant had not in fact been given seven days' notice.

On the first argument before this Court on December 5, 1968, counsel were requested to file written submissions respecting the application of s. 682 and these were filed. The appeal was subsequently reargued before the full Court on June 2, 1969.

In my opinion s. 682 does prevent the removal of the magistrate's order by certiorari, for these reasons:

1. The sentence of preventive detention was an order.

plémentaires ne constitue pas une procédure séparée, elle constitue une continuation des procédures qui ont amené la déclaration de culpabilité, telle audition ne servant qu'à décider de la peine à imposer.

La présente requête d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire a été rejetée par le juge en chef Wilson. Dans son rapport à la Cour d'appel, il motive son jugement de la façon suivante:

[TRADUCTION] Mon rapport en cette affaire sera bref. La même condamnation a été examinée par M. le Juge Branca sur une précédente requête pour *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire et il a déposé le 23 novembre 1965 ses motifs écrits de rejet. Je ne puis faire mieux. En résumé je puis dire que le mandat de dépôt n'étant pas contesté, je ne pouvais voir de motif valable d'accorder l'*habeas corpus*. Quant au *certiorari*, il m'a paru exclu par l'article 682 du *Code criminel* et j'ai aussi considéré que la demande devait être rejetée pour les motifs donnés par le Juge Branca, siégeant alors en première instance.

L'article 682 prévoit que:

682. Aucune condamnation ou ordonnance ne doit être écartée par *certiorari*

(a) lorsqu'un appel a été interjeté, que l'appel ait été ou non poursuivi jusqu'à sa conclusion; ou

(b) lorsque le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond, et qu'un appel aurait pu être interjeté, mais que le défendeur ne l'a pas interjeté.

En Cour d'appel, le substitut a admis qu'il y aurait lieu à *certiorari* si le magistrat avait agi sans juridiction, en ce sens que ce dernier n'avait pas compétence *ab initio* pour entendre la demande de la Couronne si l'appelant n'avait pas de fait reçu un avis de sept jours francs.

Lors de la première audition devant cette Cour, le 5 décembre 1968, celle-ci a demandé aux avocats de produire une plaidoirie écrite sur l'applicabilité de l'art. 682. Ces plaidoiries ont été produites. L'appel a été réentendu par la Cour au complet le 2 juin 1969.

A mon avis, l'art. 682 empêche d'écarter l'ordonnance du magistrat par voie de *certiorari* pour les motifs suivants:

1. La sentence de détention préventive est une ordonnance.

2. The appellant had appeared before the magistrate. He pleaded guilty to the charge under s. 149. Upon his conviction for that offence, the court which had convicted him was empowered and required, upon application, to hear the additional evidence as to whether or not the appellant was a criminal sexual psychopath, and to impose sentence accordingly. No further plea in relation to this inquiry was necessary.

3. He appeared on the hearing of the further evidence as to whether he was a criminal sexual psychopath and that issue was determined on the merits.

4. He could have appealed, under s. 667(1), against the sentence of preventive detention, but he failed to do so within the time limited.

In my opinion these circumstances bring this case within the application of s. 682(b) of the Code.

It is, however, contended by the appellant that it cannot be said that "the merits were tried", as required by s. 682(b), if the appellant did not receive the seven days' clear notice provided for in s. 662(1)(b) because, in that event, the court would lack jurisdiction to hear the matter, and so there would be no trial at all.

If it can be said that those words can only be applicable in a case where the court had jurisdiction, s. 682(b) ceases to have any real meaning. The writ of *certiorari* is primarily concerned with the matter of jurisdiction of an inferior court. In *R. v. Nat Bell Liquors, Limited*⁸, Lord Sumner, at the foot of page 154, describes the object of a writ of *certiorari* as follows: "The object is to examine the proceedings in the inferior Court to see whether its order has been made within its jurisdiction."

If the object of *certiorari* is to see whether an order has been made within the jurisdiction of an inferior court, and if *certiorari* is still available, notwithstanding s. 682(b), in any case in which the court lacked jurisdiction, then it would appear that the provision accomplishes very little. If the court had jurisdiction, *certiorari* would not lie,

2. L'appelant a comparu devant le Magistrat et il a plaidé coupable à l'accusation portée contre lui en vertu de l'art. 149. Après l'avoir déclaré coupable de cet acte criminel, la Cour qui l'avait ainsi reconnu coupable avait le pouvoir et l'obligation, si on lui en faisait la demande, d'entendre des témoignages supplémentaires pour déterminer si l'appelant était psychopathe sexuel criminel et d'imposer la peine appropriée. Il n'était pas nécessaire d'enregistrer un nouveau plaidoyer en rapport avec cette enquête.

3. L'appelant était présent lors de l'audition des témoignages supplémentaires pour déterminer s'il était psychopathe sexuel criminel et l'affaire a été jugée au fond.

4. En vertu de l'art. 667(1) il aurait pu en appeler de la peine de détention préventive, mais il ne l'a pas fait dans les délais prescrits.

Vu les circonstances de l'affaire, je conclus que l'art. 682(b) du Code s'applique ici.

L'appelant a toutefois allégué qu'on ne pouvait pas dire «que l'affaire avait été jugée au fond» au sens de l'art. 682(b) s'il n'avait pas reçu l'avis de sept jours francs prévu à l'art. 662(1)(b) car, si tel était le cas, la cour était incompétente pour entendre l'affaire, de sorte qu'il n'y aurait pas eu de procès.

Si l'on peut dire que ces dispositions ne s'appliquent que dans les cas où la cour a juridiction, l'art. 682(b) n'a pas de sens. Le bref de *certiorari* porte principalement sur la question de la compétence du tribunal inférieur. Dans l'affaire *R. v. Nat Bell Liquors, Limited*⁸, au bas de la page 154, Lord Sumner définit l'objet du bref de *certiorari* de la façon suivante: [TRADUCTION] «Son objet est d'étudier les actes du tribunal inférieur et de déterminer si l'ordonnance rendue était de la compétence de ce dernier.»

Si l'objet du *certiorari* est de déterminer si une ordonnance rendue par un tribunal inférieur était de la compétence de celui-ci et s'il y avait lieu à *certiorari* toutes les fois que le tribunal n'a pas juridiction, nonobstant l'art. 682(b), la disposition en question aurait une portée très limitée. Si la cour était compétente, il n'y aurait pas lieu

⁸ [1922] 2 A.C. 128, 37 C.C.C. 129, [1922] 2 W.W.R. 30, 65 D.L.R. 1.

⁸ [1922] 2 A.C. 128, 37 C.C.C. 129, [1922] 2 W.W.R. 30, 65 D.L.R. 1.

altogether apart from s. 682. If the court lacked jurisdiction, then, if this submission is correct, *certiorari* is available despite s. 682.

In my opinion the section was intended to apply, and by its terms does apply in a situation where, in the absence of the section, the jurisdiction of the court might have been questioned on *certiorari*. If the accused has appeared before the inferior court, and has entered a plea, and if, thereafter, the court has proceeded to try the issue raised by that plea upon the merits, then the accused, if he wishes to attempt to set aside the court's decision, must, if he is given by law a right to appeal, seek his redress by way of appeal only. The intention of this section was to preclude the co-existence of two remedies in those cases to which it applies, and to compel resort to appeal procedures where they are available.

I am not overlooking the fact that *certiorari* is also a remedy in a case where there is a failure to observe the law in the exercise of jurisdiction as well as in a case where there has been an excess of jurisdiction. Lord Sumner, in the *Nat Bell* case, *supra*, referring to the supervision of a superior court over an inferior tribunal, said, at p. 156:

That supervision goes to two points: one is the area of inferior jurisdiction and the qualifications and conditions of its exercise; the other is the observance of the law in the course of its exercise.

There is, however, nothing in the wording of s. 682 which purports to limit its application only to cases in which the proceedings before the inferior court are being attacked on the basis of failure to observe the law in the exercise of jurisdiction, e.g., error of law on the face of the record. By its terms it applies, in any case falling within its provisions, to any attempt to remove a conviction or order by *certiorari*.

Notwithstanding what appear to me to be the clear terms of s. 682, there have been decisions, in provincial courts, holding that the section does not constitute a bar to *certiorari* in what are sometimes referred to as "exceptional cases."

à *certiorari*, tout à fait indépendamment de l'art. 682. Si la cour n'était pas compétente et si cette interprétation était la bonne, il y aurait lieu à *certiorari*, nonobstant l'art. 682.

A mon avis, on a voulu que l'article s'applique, et il s'applique de fait à cause de ses termes, aux cas où, s'il n'existait pas, la compétence du tribunal pourrait être contestée par voie de *certiorari*. Si le prévenu a comparu devant un tribunal inférieur, s'il a enregistré un plaidoyer, si le tribunal a ensuite jugé au fond l'affaire mise en cause par le plaidoyer, et que le prévenu veuille faire renverser le jugement du tribunal, il doit, si la loi lui donne le droit d'en appeler, tenter de faire réformer le jugement par voie d'appel seulement. L'article vise, là où il s'applique, à empêcher la coexistence de deux recours et à limiter le pourvoi à la procédure d'appel lorsque l'appel est permis.

Je ne néglige pas le fait qu'il est possible d'agir par *certiorari* si le tribunal inférieur a fait défaut de se conformer à la loi ou a outrepassé sa juridiction. Lord Sumner, parlant du droit de regard d'un tribunal supérieur sur les actes du tribunal inférieur dans l'affaire *Nat Bell* citée plus haut dit, à la page 156:

[TRADUCTION] Ce droit de regard porte sur deux points: d'une part, l'étendue, la nature et les conditions d'exercice de la compétence du tribunal inférieur, d'autre part, le respect de la loi dans l'exercice de cette compétence.

Il n'y a rien, cependant, dans la rédaction de l'art. 682 qui tende à en limiter l'application aux seuls cas où la contestation se fonde sur l'inobservance de la loi dans l'application de la compétence même du tribunal, c'est-à-dire l'erreur de droit évidente au dossier même. Par ses termes mêmes, il s'applique, dans tous les cas qui tombent sous le coup de ses dispositions, à toute tentative de faire réformer une déclaration de culpabilité ou une ordonnance par voie de *certiorari*.

En dépit des termes de l'art. 682, qui me paraissent très clairs, des cours provinciales ont jugé que cet article ne constituait pas un obstacle au *certiorari* dans des affaires qu'on a parfois qualifiées d'«exceptionnelles».

In *Re Thibault*⁹, Aikins J. said this:

Sec. 682 is couched in language of the utmost clarity and if the intention of parliament in enacting this section was to wholly take away the power of a superior court to grant *certiorari* in those cases which fall within sec. 682, it is difficult to see how more apt or cogent language could have been selected.

However, in view of the position taken by crown counsel that, notwithstanding the provisions of sec. 682, in exceptional circumstances *certiorari* will still lie, and bearing in mind the general principle that where an inferior court exceeds its jurisdiction, even an express provision against *certiorari* is ineffective to deprive a superior court of this jurisdiction: See *In re Trade Union Act*, 1944; *Bruton v. Regina City Policemen's Assn.*, Local No. 155 (1945) 2 WWR 273 (Sask. C.A.); *Re Toronto Newspaper Guild and Globe Printing Co.* (1953) 2 SCR 18, 106 CCC 225, affirming (1952) OR 345, 102 CCC 318; and *Re Dauphin (Town) and Director of Public Welfare and Close* (1955-56) 17 WWR 628, 63 Man R 532, 23 CR 222, affirmed (1956) 19 WWR 97, 24 CR 238. I proceed on the assumption that in exceptional circumstances the remedy of *certiorari* is still available in respect of a conviction, notwithstanding the provisions of sec. 682.

In *R. v. Phillips*¹⁰, Hall C.J.Q.B., as he then was, held that *certiorari* would lie in a case where the information was bad in law, for duplicity, on the basis that the proceedings were invalid *ab initio*.

In *Re Krakat*¹¹, Hughes J. held that the circumstances of the case were "so exceptional" that the writ could be issued "*ex debito justitiae*." The matter of complaint in that case was the conduct of the trial by the magistrate.

In *R. v. White*¹², Riley J. said at p. 357:

I am of the opinion that the jurisdiction of the superior court, bearing in mind the doctrines of

Dans l'affaire *Thibault*⁹, le Juge Aikins dit, à la p. 419:

[TRADUCTION] L'art. 682 est rédigé en termes très clairs et si le Parlement, en l'édicant, avait l'intention d'enlever à une cour supérieure le droit d'accorder le *certiorari* partout où l'article s'applique, il est difficile d'imaginer qu'il ait pu choisir des mots plus justes et plus convaincants.

Toutefois, compte tenu de l'opinion de l'avocat de la Couronne selon laquelle, nonobstant les dispositions de l'art. 682, il y a quand même lieu à *certiorari* dans certaines circonstances exceptionnelles et étant donné le principe général qui veut que, si un tribunal inférieur outrepassa sa compétence, même une disposition expresse à l'effet d'écarter le recours au *certiorari* n'enlève pas à une cour supérieure le droit d'exercer ce pouvoir (voir *In re Trade Union Act* 1944; *Bruton v. Regina City Policemen's Assn.*, Local N° 155 (1945) 2 W.W.R. p. 273 (Cour d'appel de la Saskatchewan); *Re Toronto Newspaper Guild and Globe Printing Co.* (1953) 2 R.C.S. p. 18, 106 C.C.C. p. 225, confirmant (1952) O.R. p. 345, 102 C.C.C. p. 318; et *Re Dauphin (Town) and Director of Public Welfare and Close* (1955-56) 17 W.W.R. p. 628, 63 Man. R. p. 222, confirmé (1956) 19 W.W.R. p. 97, 24 C.R. p. 238). Je m'appuie sur le critère d'après lequel, dans des circonstances exceptionnelles, il y a lieu à *certiorari* à l'encontre d'une déclaration de culpabilité, nonobstant l'art. 682.

Dans l'affaire *R. c. Phillips*¹⁰, le Juge Hall, alors Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, a décidé qu'il fallait accorder le *certiorari* dans une affaire où la dénonciation était nulle en droit du fait qu'elle énonçait deux infractions, parce que les procédures étaient nulles *ab initio*.

Dans l'affaire *Krakat*¹¹, le Juge Hughes a conclu que les circonstances étaient «si exceptionnelles» que le bref pouvait être accordé *ex debito justitiae*. Dans cette affaire, c'est la conduite du procès par le magistrat qui faisait l'objet du grief.

Dans la cause *R. c. White*¹², le Juge Riley écrit, à la page 357:

[TRADUCTION] Je crois que, si l'on retient les doctrines des «circonstances exceptionnelles», du «dén

⁹ (1963), 42 W.W.R. 417 at 419, 41 C.R. 33, [1963] 3 C.C.C. 57.

¹⁰ (1958), 122 C.C.C. 181, 29 C.R. 127, 26 W.W.R. 315.

¹¹ [1965] 2 O.R. 571, 46 C.R. 315, [1965] 4 C.C.C. 300.

¹² (1961), 38 C.R. 354, 39 W.W.R. 425.

⁹ (1963), 42 W.W.R. 417, 41 C.R. 33, [1963] 3 C.C.C. 57.

¹⁰ (1958), 122 C.C.C. 181, 29 C.R. 127, 26 W.W.R. 315.

¹¹ [1965] 2 O.R. 571, 46 C.R. 315, [1965] 4 C.C.C. 300.

¹² (1961), 38 C.R. 354, 39 W.W.R. 425.

“exceptional circumstances,” and “denial of natural justice” and “complete absence of jurisdiction,” is not ousted by the above statutory provision, and it would require a much more strenuously framed section so to do.

These are examples of cases where certiorari has issued despite the provisions of s. 682. The “exceptional cases” where this has been done include those in which it was said that there was absence of jurisdiction or a denial of natural justice. With respect to the views therein expressed, it does appear to me, as has been stated earlier in these reasons, that these are the very cases in which certiorari is the normal remedy. In saying that although Parliament has decreed in the broadest terms that this remedy shall not be available if the accused has pleaded, the merits tried, and a right of appeal exists, the court may still permit the issue of the writ, these decisions seem to me to constitute a refusal by the courts to apply the section in a case which the court regards as “exceptional.”

The cases so far cited are trial decisions. I now turn to consider those cases in which the matter has been considered by a court of appeal. I am considering only cases which were decided after 1955, because the provisions of s. 682(b) are substantially different from the former s. 1129 of the earlier Code.

We were referred to two cases in the Saskatchewan Court of Appeal, *R. ex. rel. Lotochinski v. Antonenko*¹³ and *Re Wilfong*¹⁴. In both cases certiorari was refused. In the former case Gordon J.A. cites with approval a statement by McKay J. in *R. ex. rel. Sanderson v. Eremko*¹⁵ that: “Where there is a right of appeal from a summary conviction, a certiorari should not be granted except under special circumstances.” The case cited was determined long before s. 682(b) was enacted, and there is no discussion of that provision in the Antonenko case.

de justice» et de «l'absence totale de compétence», la disposition statutaire citée n'enlève pas sa compétence à la cour supérieure et que pour le faire, il faudrait que la disposition soit rédigée en termes beaucoup plus rigoureux.

Ce sont là des exemples d'affaires où le *certiorari* a été accordé, malgré les dispositions de l'art. 682. Les «cas exceptionnels» dont il s'agit comprennent ceux où l'on a trouvé qu'il y avait défaut de compétence ou déni de justice. En toute déférence envers les opinions qui y sont exprimées, il me semble bien, comme je l'ai déjà dit plus haut, que ce sont là des cas particuliers où le *certiorari* est le recours normal. En affirmant que malgré que le Parlement ait, en termes très généraux, édicté que le recours au *certiorari* serait refusé au prévenu qui a enregistré un plaidoyer, dont l'affaire a été jugée au fond et qui pouvait en appeler, le tribunal a encore droit d'accorder le bref, les décisions en question me semblent constituer un refus des tribunaux d'appliquer les dispositions de l'art. 682 aux affaires qu'ils considèrent comme «exceptionnelles».

J'ai cité jusqu'ici des arrêts de tribunaux de première instance. Je m'arrêterai maintenant aux décisions des cours d'appel qui traitent de la question. Je me limiterai aux décisions rendues après 1955, puisque les dispositions de l'art. 682(b) diffèrent beaucoup de celles de l'art. 1129 de l'ancien Code.

On nous a cité deux jugements de la Cour d'appel de la Saskatchewan: *R. ex. rel. Lotochinski v. Antonenko*¹³ et *Re Wilfong*¹⁴. Dans ces deux causes, le *certiorari* a été refusé. Dans la première, le Juge d'appel Gordon reprend à son compte l'affirmation du Juge McKay dans l'affaire *R. ex. rel. Sanderson v. Eremko*¹⁵, selon laquelle: [TRADUCTION]. «Lorsque on peut en appeler d'une conviction sommaire, il n'y a pas lieu d'accorder le *certiorari* sauf s'il se trouve des circonstances spéciales». Ce jugement date de bien avant la mise en vigueur de l'art. 682(b) et la disposition n'est pas débattue dans l'affaire *Antonenko*.

¹³ (1961), 129 C.C.C. 429, 34 W.W.R. 286.

¹⁴ (1962), 37 W.W.R. 612, 37 C.R. 319, 32 D.L.R. (2d) 477.

¹⁵ [1921] 2 W.W.R. 519, 36 C.C.C. 135.

¹³ (1961), 129 C.C.C. 429, 34 W.W.R. 286.

¹⁴ (1962), 37 W.W.R. 612, 37 C.R. 319, 32 D.L.R. (2d) 477.

¹⁵ [1921] 2 W.W.R. 519, 36 C.C.C. 135.

In the latter case s. 682 is not discussed. Reference was made to the decision of this Court in *Smith v. R.*¹⁶ as follows, at p. 614:

With all respect, I do not think the principle adopted in *Reg. v. Gerald X. (or G.S.)*, *supra*, is applicable to this case. The Supreme Court held in that case that where the court had acted without jurisdiction, or in excess of jurisdiction, the order, though discretionary, would be granted *ex debito justitiae*. In my view there is a great difference between the case where the court so acts, and the case where the court, acting within its jurisdiction, makes an order which may be bad in law: *Vide Reg. v. Stafford JJ.* (1940) 2 KB 33, 109 LJKB 584; and *Reg. v. Campbell* (1956) 1 WLR 622, (1956) 2 All ER 280. In the former case the right to proceed by way of *certiorari* is granted *ex debito justitiae*, but in the latter, this is not necessarily so.

I will be discussing the effect of the *Smith* case later in these reasons.

The Court of Appeal of British Columbia, in *R. v. Fawcus*¹⁷, refused *certiorari* and did not have to decide whether s. 682 would have been a bar. Maclean J.A., giving the judgment of the Court, said, at p. 98:

Having reached this conclusion it is not necessary for me to decide whether s. 682(b) is a bar to *certiorari* in this case. It was argued by respondent's counsel that in "special circumstances" the section would not apply. All I can say is that I doubt whether there could be any "special circumstances" short of a complete lack of jurisdiction *ab initio* which would prevent the full application of s. 682(b) in a case where the applicant had an unrestricted right of appeal by way of trial *de novo*.

In Manitoba, in *Dauphin (Town) v. Director of Public Welfare*¹⁸, Schultz J.A., delivering the judgment of the Court, said, at p. 101, in referring to the reasons of DuVal J., the trial judge:

DuVal, J. comes to a conclusion he expresses in these words:

"The writ of *certiorari*, at common law, is a prerogative writ to which, notwithstanding any

¹⁶ [1959] S.C.R. 638, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.

¹⁷ (1966), 47 C.R. 96, [1967] 1 C.C.C. 63.

¹⁸ (1956), 19 W.W.R. 97, 24 C.R. 238, 5 D.L.R. (2d) 275.

Dans la deuxième affaire citée, l'art. 682 n'est pas analysé. On y mentionne aussi, à la p. 614, l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Smith v. R.*¹⁶ en ces termes:

[TRADUCTION] En toute déférence, je ne crois pas que le principe adopté dans l'affaire *Reg. v. Gerald X (ou G.S.)* déjà citée, soit applicable à la présente affaire. Dans cette cause, la Cour suprême a décidé que lorsque la cour a agi sans compétence ou a outrepassé sa compétence, le bref, quoique discrétionnaire doit être accordé *ex debito justitiae*. À mon avis, il y a une grande différence entre le cas où le tribunal a agi ainsi et celui où le tribunal a rendu, dans les limites de sa compétence, une décision qui peut être contraire à la Loi. Voir *Rex v. Stafford JJ.* (1940) 2 K.B. p. 33, 109 L.J.K.B. p. 584 et *Reg. v. Campbell*, (1956) 2 All. E.R. p. 280. Dans le premier cas, le recours au *certiorari* est accordé *ex debito justitiae*, dans l'autre, il n'en est pas nécessairement ainsi.

J'examinerai les conséquences de l'arrêt *Smith* plus loin.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *R. v. Fawcus*¹⁷, a refusé le *certiorari*, mais elle n'avait pas à décider si l'art. 682 l'en aurait empêché. Le Juge d'appel Maclean, qui a donné les motifs de la Cour écrit, à la page 98:

[TRADUCTION] Vu la conclusion à laquelle j'en arrive, il ne m'est pas nécessaire de déterminer si l'art. 682(b) a pour effet d'écarter le *certiorari* dans cette affaire. L'avocat de l'intimé a prétendu que l'article en question ne s'applique pas dans certaines «circonstances spéciales». Tout ce que je peux dire, c'est que je doute qu'il puisse exister de ces «circonstances spéciales», hormis l'absence totale de compétence *ab initio*, qui feraient que l'art. 682 (b) n'ait pas d'effet lorsque le requérant avait un droit d'appel inconditionnel par voie de procès *de novo*.

Au Manitoba, dans l'affaire *Dauphin (Town) v. Director of Public Welfare*¹⁸, le Juge d'appel Schultz, qui donne les motifs de la Cour cite ceux du Juge de première instance, le Juge DuVal. À la page 101, le Juge Schultz dit:

[TRADUCTION] Le Juge DuVal exprime son opinion en ces termes:

«Le bref de *certiorari* est, en common law un bref de prérogative auquel il est permis de re-

¹⁶ [1959] R.C.S. 638, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.

¹⁷ (1966), 47 C.R. 96, [1967] 1 C.C.C. 63.

¹⁸ (1956), 19 W.W.R. 97, 24 C.R. 238, 5 D.L.R. (2d) 275.

statutory provisions to the contrary, recourse may be had in order to control the action of inferior jurisdictions and bring them back within the limits assigned by law, whenever there has been a failure, an absence, or an excess of jurisdiction."

This statement, in effect, says that where an inferior court exceeds its jurisdiction nothing Parliament says to the contrary is effective in restricting the power of the superior court to grant *certiorari*. The literal interpretation of sec. 682 (a) seems to leave little doubt as to the intention of the legislation; that intention was to remove the right of *certiorari* where "an appeal was taken." Legislative intention seldom has been expressed in words less ambiguous or more free from doubt as to their meaning. Nevertheless an examination of the authorities would seem to indicate that DuVal, J. was correct in his statement of the law. He refers to the oft-quoted-and-followed opinion of Martin, C.J.S. in *Bruton v. Regina City Policemen's Association* (1945) 2 WWR 273, at 283, where the learned Chief Justice states:

"In Canada it has been repeatedly held that an express statutory abolition of *certiorari* does not oust the power of the court to issue the writ or to quash a conviction if justices have acted without jurisdiction, for in such a case the inferior court has not brought itself within the terms of the statute taking away *certiorari*; even express words do not take away the supervising power of a superior court when there is want of jurisdiction in the inferior court."

This case has been adopted in a number of cases to be found in *Tremear's Supplement*, *supra*, at p. 360. DuVal, J. refers in particular to *In re Toronto Newspaper Guild and Globe Printing Co.* (1953) 2 SCR 18, and concludes:

"It would appear that no prohibition that does not expressly take away the inherent power of the superior court to exercise this very special remedy of *certiorari* is effective where the inferior court or administrative tribunal has exceeded its jurisdiction or has declined jurisdiction."

In answer to this reasoning, I prefer the view expressed by Laidlaw J.A., in the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Kennedy*¹⁹:

It may be said at the outset that a no *certiorari* clause such as is contained in s. 682 was not designed

courir, nonobstant toute disposition statutaire à l'effet contraire, pour faire réviser les décisions des tribunaux inférieurs et réformer celles-ci selon la loi toutes les fois qu'il y a eu défaut, absence ou abus de compétence».

Cet énoncé veut dire que, lorsqu'un tribunal inférieur outrepassa sa compétence, aucun texte du Parlement à l'effet contraire n'a pour conséquence de restreindre le droit du tribunal supérieur d'accorder le *certiorari*. L'interprétation littérale de l'art. 682(a) laisse peu de doutes sur le but de la disposition: ce but est d'enlever tout droit au *certiorari* «Lorsqu'un appel a été interjeté». On s'est rarement servi de mots plus clairs et plus précis pour examiner le but du législateur. Néanmoins, une étude de la jurisprudence semble démontrer que l'interprétation donnée par le Juge DuVal est la bonne. Il cite l'opinion émise par le Juge en chef Martin de la Saskatchewan dans l'affaire *Bruton v. Regina City Policemen's Association* (1945) 2. W.W.R. p. 273, opinion souvent reprise et suivie depuis, où le savant Juge en chef dit, à la p. 283:

«Au Canada, on a bien des fois jugé que la suppression explicite dans une loi du recours au *certiorari* n'enlève pas à la Cour le droit d'émettre un tel bref ou d'annuler une déclaration de culpabilité si les magistrats ont agi sans compétence, parce que, dans un tel cas, le tribunal inférieur ne se trouvait pas visé par la disposition qui supprime le recours au *certiorari*; même des dispositions explicites n'enlèvent pas à un tribunal supérieur son droit de regard s'il y a eu défaut de compétence de la part du tribunal inférieur».

Cette décision a été suivie dans nombre d'autres affaires qui sont rapportées au *Tremear's Supplement* déjà cité, à la p. 360. Le Juge DuVal mentionne en particulier l'affaire *In re Toronto Newspaper Guild and Globe Printing Co.* (1953) 2 R.C.S. p. 18 et conclut:

«Il semblerait qu'une interdiction qui n'enlève pas expressément à la Cour supérieure le droit qui lui appartient en propre d'exercer ce recours très spécial qu'est le *certiorari* ne s'applique pas si le tribunal inférieur ou administratif a outrepassé sa compétence ou a refusé de l'exercer».

Pour répondre à cet argument, je préfère l'opinion du Juge d'appel Laidlaw, de la Cour d'appel de l'Ontario, relatée dans l'affaire *R. v. Kennedy*¹⁹:

[TRANSCRIPTION] On peut dire, pour commencer, qu'une disposition écartant le *certiorari* telle que

¹⁹ [1958] O.W.N. 41 at 44, 119 C.C.C. 200.

¹⁹ [1958] O.W.N. 41 à 44, 119 C.C.C. 200.

or introduced into the legislation in order to give validity to proceedings leading to conviction or an order of the Court in cases where the Court had no jurisdiction. The section in the statute was not intended to shelter an inferior Court or to permit a denial of substantive justice by a pretended exercise of jurisdiction. But it appears to me that the purpose of s. 682(b) was to prohibit two courses of proceedings at the option or choice of a person seeking to overcome and set aside a conviction or order of an inferior Court.

When dealing with the possible application of s. 682 in the Court below, reference was made, as it was also made in *Dauphin v. Director of Public Welfare*, *supra*, to *Toronto Newspaper Guild, Local 87, American Newspaper Guild v. Globe Printing Company*²⁰. The Court in that case was dealing with the conduct of an administrative board created by *The Labour Relations Act*, 1948 (Ont.), c. 51, which statute provided that the orders, decisions and rulings of the Board should be final and that the Board should not be restrained by certiorari or otherwise.

Kerwin J., as he then was, at p. 23, said this:

We start with the proposition that when an administrative tribunal has been set up by a paramount legislative body it is the intention that such tribunal keep within the powers conferred upon it. In England and in Canada the decisions have been uniform that a Superior Court is invested with the power and duty of seeing that such a tribunal as the Ontario Labour Relations Board does not act without jurisdiction.

This statement is in line with the view expressed in a number of decisions which hold that the enactment of a finality clause will not enable an inferior tribunal, by its own decision, to exceed its statutory jurisdiction. This proposition is based, as Kerwin J. indicates, on the presumed intention of the legislative body which creates such a tribunal that it is not to be permitted to exceed the powers conferred upon it by the legislation which created it, even though the legislation purports to make its decisions final.

celle de l'art. 682 n'a pas pour but de valider les procédures menant à une déclaration de culpabilité ou à une ordonnance de la cour, si la cour n'avait pas juridiction; ce n'est pas dans ce but qu'on l'a inséré au *Code*. Cet article du *Code* n'entend pas couvrir le tribunal inférieur ni admettre un déni de justice par le prétendu exercice d'une compétence. Mais je crois que le but visé par l'art. 682(b) était d'empêcher une personne qui veut se soustraire à une déclaration de culpabilité ou à une ordonnance d'un tribunal inférieur et la faire renverser d'avoir deux recours possibles, au choix.

Lorsqu'il a été question, à la Cour d'appel, de savoir si l'art. 682 s'appliquait, on a référé comme dans l'affaire *Dauphin v. Director of Public Welfare* (déjà citée) à l'arrêt *Toronto Newspaper Guild, Local 87, American Newspaper Guild v. Globe Printing Company*²⁰. Dans cette affaire-là, la Cour jugeait des actes d'une commission administrative créée en vertu d'une loi intitulée *The Labour Relations Act* (Ont.), c. 51 et qui stipulait que les ordonnances, décisions et décrets de la Commission seraient définitifs et ne seraient pas sujets à révision par *certiorari* ou autrement.

Le Juge Kerwin, alors juge puîné de la Cour Suprême, disait, à la p. 23:

[TRADUCTION] Nous partons du principe que, lorsque un corps législatif souverain crée un tribunal administratif, il entend que ce tribunal reste dans les limites de sa compétence. En Angleterre et au Canada, on a constamment jugé qu'une cour supérieure a le droit et l'obligation de veiller à ce qu'un tribunal tel que la Commission des relations ouvrières de l'Ontario n'agisse pas sans compétence.

Cet énoncé s'accorde avec celui de nombre d'arrêts selon lesquels l'inclusion dans une loi d'un article décrétant que les arrêts d'un tribunal inférieur seront définitifs n'a pas pour effet de permettre à celui-ci d'outrepasser dans ses propres décisions sa compétence statutaire. Ce principe se fonde, comme le Juge Kerwin le signale, sur la présomption que le corps législatif qui crée un tribunal inférieur n'entend pas permettre à celui-ci d'outrepasser la compétence qu'il lui assigne en vertu de sa loi organique, même si cette loi veut rendre ses décisions définitives.

²⁰ [1953] 2 S.C.R. 18, 106 C.C.C. 225, [1953] 3 D.L.R. 561.

²⁰ [1953] 2 R.C.S. 18, 106 C.C.C. 225, [1953] 3 D.L.R. 561.

Section 682 of the *Criminal Code* is a part of a complete code dealing with criminal law, and is contained in Part XXIII wherein Parliament has legislated respecting the application, in criminal proceedings, of the extraordinary remedies of certiorari, habeas corpus, mandamus and prohibition. It is not a finality clause. It does not purport to enable an inferior tribunal to exceed its jurisdiction, or to make its decision as to its own jurisdiction final. What it does say is that if a person has taken an appeal from a decision, he shall not thereafter be entitled to certiorari. It also say that if a person pleads, and the case is tried on the merits, then, if there is a right to appeal that decision, which is not exercised, he shall not, thereafter, be entitled to certiorari.

A person who challenges the jurisdiction of a tribunal which proposes to try him can take objection to the jurisdiction and refuse to plead, in which event certiorari is available to him. But, if he does plead, and the case then proceeds to a trial of the merits, and if he has a right of appeal, his challenge to the jurisdiction can then only be made by way of appeal.

There can be no doubt of the power of Parliament thus to limit the exercise of an extraordinary remedy, and it has done so in clear terms. Nor is there room here for implying a presumed intention that certiorari be available to compel an inferior tribunal to keep within its powers, because the obvious intention of s. 682 is that it is the procedure by way of appeal, and not certiorari, that, where available, should be used for that purpose.

Does this view of the effect of s. 682 run counter to the judgment of this Court in *Smith v. R.*, *supra*? In my opinion it does not. That case involved a finding by a judge of the Winnipeg Juvenile Court that the appellant was a delinquent. An application that the finding be quashed without the actual issue of a writ of certiorari was dismissed, and an appeal to the Court of Appeal from that dismissal failed. An appeal to this Court was then taken successfully. I have examined the factums filed on the appeal and the

L'art. 682 du *Code criminel* fait partie d'un code complet de lois pénales, il se trouve à la Partie XXIII que le Parlement a consacré à l'application, en droit pénal, des recours extraordinaires que sont le *certiorari*, l'*habeas corpus*, le *mandamus* et la prohibition. Il ne s'agit pas d'une disposition d'irrévocabilité. Il n'y est pas question de permettre à un tribunal inférieur d'outrepasser sa compétence ni de décider lui-même de façon définitive des questions touchant sa propre compétence. Il dit ceci: si quelqu'un a interjeté appel d'une décision, il n'aura pas droit au *certiorari*. Il édicte en plus que si une personne a enregistré un plaidoyer, si l'affaire a été jugée au fond, s'il y avait un droit d'appel de la décision rendue, et s'il n'a pas été exercé, cette personne ne peut ensuite se pourvoir par *certiorari*.

Un prévenu qui conteste la compétence du tribunal qui se prépare à le juger peut faire objection à la compétence du tribunal et refuser d'enregistrer un plaidoyer. Dans ces conditions il peut avoir recours au *certiorari*. S'il enregistre un plaidoyer, l'affaire est jugée au fond par la suite et il a droit d'en appeler; il ne peut alors contester la compétence du tribunal que par voie d'appel.

Il n'y a aucun doute quant au pouvoir du Parlement de limiter de cette façon le droit à un recours extraordinaire et c'est ce qu'il a fait en termes clairs. Il n'est pas non plus permis de prétendre que le Parlement a voulu que le *certiorari* serve à forcer un tribunal inférieur à rester dans les limites de sa compétence, parce qu'il est évident que le but de l'art. 682 est d'en arriver à cette fin par la procédure d'appel, lorsque celui-ci est possible, et non par le *certiorari*.

Cette opinion va-t-elle à l'encontre de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Smith v. R.* (déjà citée)? Je ne le crois pas. Cette affaire portait sur la conclusion d'un juge de la Cour pour jeunes délinquants de Winnipeg à l'effet que l'appelant était un délinquant. Une demande en cassation du jugement sans la délivrance d'un bref de *certiorari* fut rejetée, rejet qui fut confirmé par la Cour d'appel. L'appelant porta sa cause devant cette Cour, qui accueillit l'appel. J'ai étudié les factums produits et constaté que

possible application of s. 682 was never raised. No reference to the section is made in the reasons of this Court. The possible application of s. 682 was not considered in that case. I do not think the section could have been raised successfully because it seems to be clear that the juvenile was not given a proper opportunity to plead and he did not plead.

Reference has been made to the judgment of the House of Lords in *Crane v. Director of Public Prosecutions*²¹, as an example of a trial before a court of competent jurisdiction, which was declared to be a nullity. In that case two prisoners, indicted separately, had been tried together, and both the Court of Criminal Appeal and the House of Lords held that the proceedings were a nullity.

The case has no direct application to the circumstances of this case, but it is of interest in that the procedure, by means of which this finding was obtained, was by way of appeal from the conviction. If Crane had not exercised his right of appeal, his conviction, though the result of proceedings which, when examined on appeal, were held to be a nullity, could not otherwise have been attacked, since it would appear that in that case, which had been tried before a Recorder at Quarter Sessions, proceedings by way of certiorari would not have been available (*R. v. Boaler*²²; *R. v. Justice of the Central Criminal Court*²³; *R. v. Chairman, County of London Quarter Sessions*²⁴).

My interpretation of s. 682 does not necessarily involve the conclusion that Parliament intended that that which was a nullity should be validated. Even proceedings which are a nullity, as in the *Crane* case, can only be shown to have been a nullity by means of some procedure before a higher court. Parliament can prescribe the nature of such a procedure, and, in my view, in s. 682 has stated, in clear terms, that, in any case falling within its provisions, that procedure must be by way of appeal, and by that means only.

l'application possible de l'art. 682 à l'affaire en question n'y est pas soulevée. Il n'est pas fait mention de l'article dans les motifs du jugement de cette Cour et la possibilité que l'art. 682 s'applique à l'affaire n'a pas été envisagée. Je ne crois pas que l'article aurait pu être invoqué avec succès parce qu'il appert clairement qu'on n'avait pas donné à l'enfant l'occasion d'enregistrer un plaidoyer et que de fait il ne l'avait pas fait.

On a aussi cité la décision dans l'affaire *Crane v. Director of Public Prosecutions*²¹, comme exemple d'annulation d'un procès qui s'était déroulé devant un tribunal compétent. Il s'agissait de deux prévenus accusés séparément qui avaient subi leur procès ensemble. La *Court of Criminal Appeal* et la Chambre des Lords ont toutes deux conclu que le procès était nul.

Les circonstances de cette affaire ne se retrouvent pas dans celle qui nous occupe présentement, mais elle est intéressante à noter parce que la procédure à laquelle on a eu recours pour obtenir le jugement est celle de l'appel de la déclaration de culpabilité. Si Crane n'avait pas exercé son droit d'appel, sa condamnation, bien qu'elle ait résulté d'un procès déclaré nul en appel, n'aurait pas pu être autrement contestée, puisqu'on sait que dans cette cause, entendue devant un «recorder» des *Quarter Sessions*, le recours au certiorari était impossible. (*R. v. Boaler*²², *R. v. Justice of the Central Criminal Court*²³, *R. v. Chairman, County of London Quarter Sessions*²⁴).

Mon interprétation de l'art. 682 n'implique pas nécessairement que le Parlement ait voulu valider ce qui est nul. Pour établir que des procédures nulles en elles-mêmes sont effectivement nulles, comme dans l'affaire *Crane*, il faut nécessairement s'adresser par quelque moyen à un tribunal supérieur. Le Parlement a parfaitement le droit de déterminer ce moyen, et, à mon avis, à l'art. 682 il dit clairement que, là où l'article s'applique, ce moyen est l'appel et l'appel seulement.

²¹ [1921] 2 A.C. 299, 90 L.J.K.B. 1160.

²² (1892), 67 L.T. 354, 17 Cox C.C. 569.

²³ [1925] 2 K.B. 43, 27 Cox C.C. 734.

²⁴ [1953] 2 All E.R. 750 at 752.

²¹ [1921] 2 A.C. 299, 90 L.J.K.B. 1160.

²² (1892), 67 L.T. 354, 17 Cox C.C. 569.

²³ [1925] 2 K.B. 43, 27 Cox C.C. 734.

²⁴ [1953] 2 All E.R. 750 à 752.

I do not regard this interpretation as involving the "monstrous consequences" contemplated by Lord Kenyon in relation to a section of the bankruptcy statute under consideration in *Fowler v. Padget*²⁵, but, no matter what are the consequences, my view is that it is the function of Parliament to consider whether they are such as to necessitate any amendment.

In my opinion s. 682(b) is a bar to the removal of the order in this case by *certiorari*.

In view of this opinion it is unnecessary for me to express any view on the issue which was raised before us as to whether, in the light of the provisions of s. 691 of the *Criminal Code*, this Court has jurisdiction to entertain an appeal from the refusal by the Court of Appeal to grant *certiorari*.

The other issue to be determined is the appeal from the refusal to grant a writ of habeas corpus. The appellant is given an express right of appeal on this issue by s. 691(3) of the *Criminal Code*. For the appellant it was contended that the warrant of committal was defective in that it did not disclose that the magistrate had acquired jurisdiction by the prosecutor having given to the appellant seven clear days' notice of the application, which is the notice required by s. 662(1)(b) of the *Criminal Code*.

The warrant recited that:

Whereas Francis Stewart SANDERS hereinafter called the "accused," was this day convicted upon a charge that Francis Stewart SANDERS between the 1st day of December, A.D. 1957 and the 1st day of March, A.D. 1958, at or near Newton, B.C., in the Municipality of Surrey being a male person did unlawfully commit an act of gross indecency with Roy FLACK, another male person, contrary to the form of Statute in such case made and provided.

Whereas the said Francis Stewart SANDERS was, pursuant to Section 661 of the Criminal Code of Canada, found to be a criminal sexual psychopath, and it was adjudged that the accused for his offence be imprisoned in the British Columbia Penitentiary at New Westminster for the term of Two (2) Years, and in addition a sentence of preventative detention.

Je ne crois pas que cette interprétation entraîne les conséquences monstrueuses (monstrous consequences) dont parle lord Kenyon en rapport avec un article de la loi de faillite analysé dans l'affaire *Fowler v. Padget*²⁵. Cependant, quelles que soient les conséquences, je suis d'avis qu'il appartient au Parlement de les apprécier et de modifier le texte si nécessaire.

Je crois que l'art. 682(b) constitue un obstacle, dans la présente cause, à la cassation de l'ordonnance par voie de *certiorari*.

Vu la conclusion à laquelle j'en arrive, il ne m'est pas nécessaire de répondre à la question qui a été soulevée, savoir si, à la lumière des dispositions de l'art. 691 du *Code criminel*, cette Cour a juridiction pour accueillir l'appel du jugement de la Cour d'appel refusant le *certiorari*.

L'autre point à décider est celui de l'appel du refus d'accorder le bref d'*habeas corpus*. L'appelant a ici droit d'appel exprès, en vertu de l'art. 691(3) du *Code criminel*. On a allégué de la part de l'appelant que le mandat de dépôt était défectueux en ce qu'il ne mentionnait pas que le Magistrat avait acquis juridiction du fait que la poursuite avait signifié à l'appelant l'avis de sept jours francs de la demande requis par l'art. 662(1)(b) du *Code criminel*.

Le mandat de dépôt se lit comme suit:

[TRADUCTION] Attendu que Francis Stewart SANDERS, ci-après appelé le «prévenu», a été ce jour déclaré coupable sur une inculpation d'avoir lui ledit Francis Stewart SANDERS, entre le 1^{er} décembre 1957 et le 1^{er} mars 1958, à ou près de Newton, C.-B., dans la municipalité de Surrey, étant de sexe masculin, illégalement commis un acte de grossière indécence avec Roy Flack, une autre personne de sexe masculin, contrairement à la loi applicable en ce cas.

Attendu que ledit Francis Stewart SANDERS a été, suivant l'article 661 du Code criminel du Canada, déclaré atteint de psychopathie sexuelle criminelle et qu'il a été décidé que le prévenu pour son infraction soit enfermé dans le pénitencier de la Colombie-Britannique à New Westminster pour la période de deux (2) ans, et en plus qu'il lui soit imposé une sentence de détention préventive.

²⁵ (1798), 4 Term. Rep. 509 at 514, 101 E.R. 1103.

²⁵ (1798), 4 Term. Rep. 509 à 514, 101 E.R. 1103.

The simple issue is whether it was required also to cite that he had been given seven clear days' notice of the application. None of the authorities cited by counsel for the appellant support this proposition and Form 18, in Part XXVI of the Code, does not appear to make this a necessary requirement in a warrant of commitment. In my opinion this submission fails.

Even if s. 682(b) were not to be considered as constituting a bar to proceedings by way of certiorari, it is my opinion that the appellant's appeal fails on the merits.

There is no doubt that the magistrate had jurisdiction to hear and determine the Crown's application that, before passing sentence, he determine whether the appellant was a criminal sexual psychopath. This is not a case in which a court purports to deal with a subject-matter which it has no lawful authority to determine. The magistrate was required by s. 662(1)(b) not to hear the application unless the appellant had received seven clear days' notice.

On April 22, 1958, before any evidence on the application was received, the magistrate was advised by counsel for the Crown, in the appellant's presence, that notice had been served upon the appellant, who was prepared to admit service to avoid the necessity of proof, and the appellant then admitted service of the written notice, which was filed as an exhibit. The magistrate knew, at that time, that the appellant had been made aware, on March 28, of the Crown's intention to make such an application, because it was on that date that the appellant, as he admits, had been asked to appoint one of the two psychiatrists whose evidence would be required upon such application. On these facts, the magistrate was entitled to infer, as undoubtedly he did, that all of the requirements respecting notice had been satisfied.

If the admission of service had not been made, then, if the proof of service had not established that the necessary notice had been given, the magistrate would have adjourned the hearing until proper notice had been given.

In the light of these circumstances it was incumbent upon the appellant, when he applied

Il s'agit simplement de savoir s'il était nécessaire de mentionner aussi qu'on lui avait signifié un avis de sept jours francs de la demande. Aucun des précédents qu'ont invoqués les avocats de l'appellant ne l'affirme: la formule 18, à la Partie XXVI du Code ne paraît pas faire de cette mention une exigence nécessaire du mandat de dépôt. A mon avis, cet argument n'est pas fondé.

Même en admettant que l'art. 682(b) n'empêche pas de procéder par voies de *certiorari*, je suis d'avis que l'appel n'est pas recevable au fond.

Il n'y a aucun doute que le Magistrat avait compétence pour entendre et juger de la demande de la Couronne, soit qu'il détermine avant le prononcé de la sentence si l'appellant était atteint de psychopathie sexuelle criminelle. Il ne s'agit pas d'une affaire où la cour a prétendu juger d'une question sur laquelle elle n'avait pas légalement pouvoir de statuer. Le Magistrat ne devait pas entendre la demande à moins qu'on ait signifié un avis de sept jours francs à l'appellant.

Le 22 avril 1958, avant d'entendre aucun témoignage en rapport avec la demande, l'avocat de la poursuite a avisé le magistrat, en présence de l'appellant, que l'avis avait été signifié à l'appellant qui était prêt à en admettre la signification pour dispenser la Couronne d'en faire preuve. L'appellant a alors admis avoir eu signification de l'avis écrit, qui a été produit comme pièce au dossier. Le magistrat savait à ce moment-là que l'appellant avait été averti, le 28 mars, que la Couronne entendait présenter une telle demande puisque c'est à cette date qu'on a demandé à l'appellant de désigner l'un des deux psychiatres dont le témoignage était nécessaire, ce que l'appellant admet. Dans les circonstances, le magistrat était justifié de présumer, ce qu'il a sans doute fait, qu'on avait rempli toutes les formalités concernant l'avis.

Si l'appellant n'avait pas admis la signification de l'avis et si la preuve de cette signification n'avait pas établi la suffisance de celui-ci, le magistrat aurait ajourné l'audition jusqu'à ce qu'un avis en règle ait été donné.

A la lumière de ces faits, il incombait à l'appellant, lors de sa demande de bref de

for certiorari in May, 1967, on the ground that he had not received adequate notice, to establish that fact by clear and positive evidence. He admitted receipt of the notice. He did not say when he received it. He did not say where it was served upon him. Nor did he say that he did not remember when or where he received it. He says only, by way of argument, that, on the basis of Corporal Dempsey's affidavit as to the place of service, and his own statement as to the dates when he was at that place, he could not have had seven clear days' notice.

As against this, we have the affidavit of the magistrate that he was satisfied that seven clear days' notice had been given, the affidavit of the Crown Prosecutor that he proved to the satisfaction of the magistrate that proper notice had been given, and the affidavit of Corporal Dempsey, who recalls reading the requirements of the section as to notice, and who states his belief that at least seven days' notice was given.

The copy of the notice, which the appellant produced as being the one served upon him, is dated March 31, 1958, and gives notice of an application to be made, pursuant to s. 661(1) of the *Criminal Code*, at the Court Room, Municipal Hall, Cloverdale, B.C., on April 15, 1958. The contention raised in the appellant's affidavit is that, if Corporal Dempsey's affidavit as to service on the appellant at Cloverdale is correct, he must have been served on either April 15, or April 22, 1958. This contention, however, also involves the conclusion that although Corporal Dempsey read the requirements as to notice, which call for seven clear days, he nonetheless served the appellant on the very date set in the notice for the hearing, or one week after that date. This, in the absence of any statement by the appellant as to where or when he was served, I find it hard to accept.

I agree with the reasons of the majority of the Court of Appeal, as delivered by Tysoe J.A., who said:

It seems to me this is particularly a case where the appellant must produce convincing proof of his allegation that seven clear days' notice was not given him. As I have earlier said, I have no doubt he

certiorari, en mai 1967 (fondée sur l'insuffisance de l'avis), d'établir le fait par une preuve positive et certaine. Il a admis avoir reçu l'avis, mais il n'a pas dit quand il l'a reçu. Il n'a pas dit où celui-ci a été signifié. Il n'a pas dit non plus qu'il ne se souvenait plus où ni quand il l'a reçu. Il allègue seulement, par déduction, qu'en s'appuyant sur la déclaration sous serment du caporal Dempsey quant à l'endroit de la signification et sur sa propre déclaration quant aux dates où il s'est trouvé à cet endroit, il ne peut avoir reçu un avis de sept jours francs.

Pour contredire cette allégation, nous avons la déclaration sous serment du Magistrat où il affirme qu'il était satisfait qu'on avait donné un avis de sept jours francs et celle du substitut à l'effet qu'il avait établi à la satisfaction du Magistrat que l'avis avait été régulièrement signifié et celle du caporal Dempsey qui se rappelle avoir lu les exigences de l'article quant à l'avis et qui y dit sa conviction qu'il y a eu un avis d'au moins sept jours.

La copie de l'avis que l'appellant a produite comme étant celle qui lui a été signifiée est datée du 31 mars 1958 et mentionne que demande sera faite en vertu de l'art. 662(1) du *Code criminel* le 15 avril 1958, à la salle d'audience, Édifice municipal, à Cloverdale (C.-B.). La prétention soulevée par la déclaration de l'appelant est à l'effet que, si celle du caporal Dempsey quant à la signification à l'appelant à Cloverdale est exacte, cette signification a eu lieu soit le 15 soit le 22 avril 1958. Cependant, cette affirmation implique aussi que, bien que le caporal Dempsey ait lu les prescriptions relatives à l'avis qui doit être de sept jours francs, il aurait néanmoins signifié à l'appelant le jour même mentionné dans l'avis comme date de l'audition ou une semaine après cette date. En l'absence de toute déclaration de l'appelant quant à l'endroit et au moment de la signification, je trouve ceci difficile à croire.

Je souscris aux motifs exprimés par le Juge d'appel Tysoe, qui a rendu le jugement au nom de la majorité de la Cour d'appel et a dit:

[TRADUCTION] Je crois qu'il s'agit ici d'une affaire où l'appelant avait spécialement à fournir une preuve convaincante de son allégation qu'il n'avait pas eu un avis de sept jours francs. Comme je l'ai déjà

knows very well when and where the notice was given to him. Yet he has not seen fit to pledge his oath to these matters. In the light of all the circumstances, I am of the opinion that the appellant has not come forward with evidence of sufficient cogency to justify the court in saying he has discharged the onus of proof that is upon him.

I would, therefore, dismiss this appeal.

HALL J. (*dissenting*)—I agree fully with the reasons of my brother the Chief Justice. I have only some observations to make regarding the interpretation and effect of s. 682 of the *Criminal Code*. That section reads:

682. No conviction or order shall be removed by *certiorari*

- (a) where an appeal was taken, whether or not the appeal has been carried to a conclusion, or
- (b) where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried, and an appeal might have been taken, but the defendant did not appeal.

The view that this section denies the right to remove the order in question here requires holding that a person convicted in a proceeding which is in law a nullity is without recourse by *certiorari* when that person might have appealed and it is one I cannot accept. Section 682 does not, in my opinion, achieve that result. I refuse to impute such an intention to Parliament. I believe that when Parliament said "where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried," it meant a lawful trial or hearing and not a proceeding which was in law a nullity.

Parliament specified that the section would be operative when:

- (1) An appeal was taken; or
- (2)(a) Where the defendant appeared;
- (b) Where the defendant pleaded;
- (c) The merits were tried;
- (d) An appeal might have been taken.

Each of the above conditions is as essential as the others. Here, as the Chief Justice points out,

mentionné, je ne doute nullement qu'il sache très bien où et quand il a eu signification de l'avis. Toutefois, il n'a pas jugé bon de déclarer ces faits sous serment. A la lumière des circonstances, je suis d'avis que l'appelant n'a pas apporté une preuve suffisamment convaincante pour justifier la Cour de trouver qu'il s'est déchargé du fardeau de la preuve, fardeau qui reposait sur lui.

En conséquence, je rejetterais l'appel.

LE JUGE HALL (*dissident*)—Je souscris entièrement aux motifs exprimés par mon collègue, le Juge en chef. Je n'ai que quelques points à souligner quant à l'interprétation et au sens de l'art. 682 du *Code criminel*. Cet article se lit comme suit:

682. Aucune condamnation ou ordonnance ne doit être écartée par *certiorari*

- (a) lorsque un appel a été interjeté, que l'appel ait été ou non poursuivi jusqu'à sa conclusion; ou
- (b) lorsque le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond, et qu'un appel aurait pu être interjeté, mais que le défendeur ne l'a pas interjeté.

L'interprétation selon laquelle cet article refuse le droit de faire écarter l'ordonnance dont il est question ici équivaut à dire qu'une personne trouvée coupable par suite d'une procédure entachée de nullité n'a pas de recours par voie de *certiorari* si un appel aurait pu être interjeté. Je ne puis accepter cette interprétation. A mon avis, l'art. 682 n'entraîne pas cette conclusion. Je refuse de prêter une telle intention au Parlement. Je crois que lorsque le législateur a dit: «lorsque le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond» il entendait dire un procès ou une audition régulière, non une procédure nulle au point de vue juridique.

Le législateur a spécifié que l'article s'applique lorsque:

- (1) un appel a été interjeté; ou
- (2)(a) le défendeur a comparu;
- (b) le défendeur a plaidé;
- (c) l'affaire a été jugée au fond;
- (d) un appel aurait pu être interjeté.

Chacune des conditions énumérées doit être satisfaite. Dans ce cas-ci, comme le signale le Juge

no plea was taken nor was there any provision for the taking of a plea. That fact cannot be ignored. Section 682 can be invoked only when all its provisos have been met.

It is said that Parliament, by s. 682, has decreed in the broadest terms that *certiorari* shall not be available if the conditions named in the section exist. I recognize that the language used in s. 682 is quite explicit, but it is no broader or more explicit than that found in many statutes which contain privative clauses of which the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202, is an example. The section in that *Act*, being s. 80, reads as follows:

No decision, order, direction, declaration or ruling of the Board shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, *certiorari*, *mandamus*, prohibition, *quo warranto*, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board or any of its proceedings.

Another example is that to be found in the *Trade Union Act*, 1944, 2nd Sess., c. 69 (Sask), which was dealt with by Martin C.J.S. in *Bruton v. Regina City Policemen's Association*²⁶, when he said:

Sec. 15 of the Act provides that there shall be no appeal from an order of the Board, and its orders shall not be reviewable by *certiorari*. A statutory abolition of the right to *certiorari* is not wholly effective, for it is clearly established by authority that, notwithstanding a provision in a statute abolishing *certiorari*, the Courts will still exercise the power to issue the writ where the conviction or order complained of has been made without jurisdiction. In *Colonial Bank of Australasia v. Willan* (1874) L.R. 5 P.C. 417, 43 L.J.P.C. 39, the authorities are reviewed by Sir James W. Colville in delivering the opinion of the Judicial Committee of the Privy Council after concluding that the statute in question had taken away the power of the Courts to issue *certiorari*. See also *Rex v. Nat Bell Liquors, Ltd.* (1922) 2 W.W.R. 30, (1922) 2 A.C. 128, 91

en chef, aucun plaidoyer n'a été enregistré et il n'y avait aucune disposition à cet effet. Ce fait est à retenir. L'article 682 ne s'applique que lorsque toutes les conditions qu'il impose sont remplies.

On dit qu'en édictant l'art. 682 le Parlement a arrêté, en des termes très généraux, que le *certiorari* serait refusé si les conditions mentionnées à cet article étaient remplies. Je reconnais que les termes employés dans l'art. 682 sont très explicites, mais ils ne sont pas plus explicites, ni n'ont un sens plus large que ceux qu'on trouve dans bien des lois qui renferment des dispositions privatives. La loi intitulée *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202 en est un exemple. L'art. 80 de cette loi se lit comme suit:

[TRADUCTION] Aucune décision, ordonnance, directive, déclaration ou sentence de la Commission ne pourra faire l'objet d'une contestation ou d'une révision dans ou par aucune cour; aucune cour ne pourra rendre d'ordonnance, ni permettre aucune action ou procédure par voie d'injonction, de jugement déclaratoire, de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition, de *quo warranto* ou autrement visant à contester ou à faire réviser les décisions de la Commission ou à lui défendre ou à l'empêcher de faire quelque acte que ce soit.

On en trouve un autre exemple dans la loi intitulée *Trade Union Act* 1944, 2^e session, c. 69 (Sask.), dont parlait le Juge en chef Martin de la Saskatchewan dans la cause *Bruton v. Regina City Policemen's Association*²⁶:

[TRADUCTION] L'art. 15 de la Loi stipule qu'il n'y aura pas d'appel des ordonnances de la Commission et que lesdites ordonnances ne seront pas sujettes à révision par voie de *certiorari*. La suppression, par le législateur, du recours au *certiorari* ne joue pas dans tous les cas. Il est en effet clairement établi par la jurisprudence que, nonobstant qu'une loi contienne une disposition supprimant le recours au *certiorari*, les tribunaux auront quand même recours à ce bref si la condamnation ou l'ordonnance dont on appelle dépasse la compétence de l'organisme qui l'a prononcée ou rendue. Dans la cause *Colonial Bank of Australasia v. Willan*, (1874) L.R. 5 P.C. p. 417, 43 L.J.P.C. p. 39, sir James W. Colville, en donnant l'opinion du Comité judiciaire du Conseil privé, analyse la jurisprudence après avoir conclu que la loi en cause enlevait aux tribunaux le droit

²⁶ [1945] 2 W.W.R. 273 at 283, [1945] 3 D.L.R. 437.

²⁶ [1945] 2 W.W.R. 273 à 283; [1945] 3 D.L.R. 437.

L.J.P.C. 146, 37 C.C.C. 129; *Halsbury's Laws of England*, 2nd ed., vol. 9, p. 862; *Dillon on Municipal Corporations*, vol. 4, 5th ed., p. 2791.

In Canada it has been repeatedly held that an express statutory abolition of *certiorari* does not oust the power of the Court to issue the writ or to quash a conviction if justices have acted without jurisdiction, for in such a case the inferior Court has not brought itself within the terms of the statute taking away *certiorari*; even express words do not take away the supervising power of a Superior Court when there is want of jurisdiction in the inferior Court: *Rex v. Collier* (1917) 51 N.S.R. 64, 28 C.C.C. 87; *Rex v. Slipp*; *Ex parte Monahan* (1928) 54 N.B.R. 550, 51 C.C.C. 15; *Rex v. Cook* (1908) 18 O.L.R. 215, 14 C.C.C. 495, Anglin, J. at p. 499; *Rex v. Yarrow* (1922) 51 O.L.R. 509, 38 C.C.C. 269, Meredith, C.J.C.P., p. 271; *Rex v. Richmond* (1917) 2 W.W.R. 1200, 12 Alta. L.R. 133, 29 C.C.C. 89, Stuart, J., p. 1204.

The explicit language of s. 80 of the *Labour Relations Act* above quoted did not impede this Court in *Jarvis v. Associated Medical Services Inc.*²⁷, from exercising its supervisory jurisdiction by way of *certiorari* once it found that the tribunal had exceeded or was without jurisdiction. I am unable to see any consistency in holding that s. 682 is an absolute bar to *certiorari* in a case involving the liberty of the person when equally explicit enactments denying *certiorari* in labour relations legislation are not so regarded. As Cartwright J. (as he then was) said in *Jarvis* at p. 502:

The effect of this section, if it receives the construction most favourable to the appellant, is to oust the jurisdiction of the superior Courts to interfere with any decision of the Board which is made in exercise of the powers conferred upon it by the Legislature; within the ambit of those powers it may

de délivrer des brefs de *certiorari*. Voir aussi *Rex v. Nat Bell Liquors, Ltd.*, (1922) 2 W.W.R. p. 30, (1922) 2 A.C. p. 128, 91 L.J.P.C. p. 146, 37 C.C.C. p. 129; *Laws of England* de Halsbury, 2^e éd. vol. 9, p. 862; *Municipal Corporations* de Dillon, 5^e édition, vol. 4, p. 2791.

Au Canada, on a bien des fois jugé que la suppression explicite dans une loi du recours au *certiorari* n'enlève pas à la Cour le droit d'émettre un tel bref ou d'annuler une déclaration de culpabilité si les magistrats ont agi sans compétence parce que, dans un tel cas, le tribunal inférieur ne se trouvait pas visé par la disposition qui supprime le recours au *certiorari*; même des dispositions explicites n'enlèvent pas à un tribunal supérieur son droit de regard s'il y a un défaut de compétence de la part du tribunal inférieur. Voir *Rex v. Collier* (1917) 51 N.S.R. p. 64, 28 C.C.C. p. 87; *Rex v. Slipp*, *Ex parte Monahan* (1928) 54 N.B.R. p. 550, 51 C.C.C. p. 15; *Rex v. Cook*, (1908) 18 O.L.R. p. 215, 14 C.C.C. p. 495, (motifs du Juge Anglin à la p. 499); *Rex v. Yarrow* (1922) 51 O.R.L. p. 509, 38 C.C.C. p. 269, (motifs du Juge en chef (Common Pleas) Meredith, p. 271); *Rex v. Richmond* (1917) 2 W.W.R. p. 1200, 12 Alta. L.R. p. 133, 29 C.C.C. p. 89, (motifs du Juge Stuart, p. 1204).

Les termes explicites de l'art. 80 de la loi intitulée *Labour Relations Act*, cité plus haut, n'ont pas empêché cette Cour, dans la cause *Jarvis v. Associated Medical Services Inc.*²⁷, d'exercer son droit de regard par voie de *certiorari* quand elle eut jugé que le tribunal inférieur avait excédé sa compétence ou que cette dernière lui faisait défaut. Je ne crois pas qu'il serait logique de prétendre que l'art. 682 constitue un obstacle absolu au *certiorari* dans une cause où la liberté humaine est en jeu quand on ne considère pas que des dispositions tout aussi explicites à l'effet de supprimer ce recours dans les lois régissant les relations de travail peuvent avoir cet effet. Le Juge Cartwright, alors Juge puîné, disait dans *Jarvis*, à la page 502:

[TRADUCTION] Les dispositions de cet article, si on l'interprète de la façon la plus favorable à l'appellant, ont pour effet d'écarter la compétence des tribunaux supérieurs vis-à-vis toute décision de la Commission, si celle-ci agit dans les limites de la compétence qu'elle a reçu de l'Assemblée législative. A l'in-

²⁷ [1964] S.C.R. 497, 44 D.L.R. (2d) 407.

²⁷ [1964] R.C.S. 497, 44 D.L.R. (2d) 407.

err in fact or in law; but I cannot take the section to mean that if the Board purports to make an order which, on the true construction of the Act, it has no jurisdiction to make the person affected thereby is left without a remedy; . . .

No form of words can prohibit this Court from determining whether the order under review was made by a tribunal having jurisdiction; in other words, the assumption of jurisdiction by the inferior tribunal is always an issue. This leads irresistibly to the conclusion that where there is no jurisdiction there cannot be a trial on the merits within the meaning of s. 682.

My brother Martland states in his reasons that he prefers the view expressed by Laidlaw J.A. in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Kennedy*²⁸, where the learned justice of appeal says that it appears to him:

. . . that the purpose of s. 682(b) was to prohibit two courses of proceedings at the option or choice of a person seeking to overcome and set aside a conviction or order of an inferior Court.

In *Kennedy* the jurisdiction of the magistrate to enter upon the proceedings was not challenged. In the application for *certiorari* it was urged that the magistrate had lost jurisdiction in that: (1) no evidence was heard; (2) the conviction was made after an adjournment for more than eight days; (3) the proceedings were conducted maliciously and without reasonable and probable cause. Laidlaw J.A., after fully reviewing the record and transcript of the proceedings before the magistrate, found as a fact that there had been a trial on the merits by virtue of a plea of "Guilty" entered to the charge in the presence of Kennedy by his counsel and confirmed by Kennedy himself when the question was put to him directly by the magistrate. Accordingly it seems clear that Laidlaw J.A.'s statement went beyond what was necessary for the decision in the case and must be regarded as *obiter dicta*. It is manifest also that Laidlaw J.A. was not

térieur de ces limites, elle peut commettre des erreurs de fait ou de droit. Mais il m'est impossible d'interpréter l'article de façon à lui faire dire que si la Commission prétend rendre une décision qu'elle n'a pas la compétence de rendre au sens de la Loi, l'intéressé reste sans recours . . .

La teneur des termes ne peut empêcher cette Cour de décider si le tribunal qui a rendu l'ordonnance en cause était compétent ou non; en d'autres mots, la compétence assumée par le tribunal inférieur peut toujours être mise en question. Il faut nécessairement en conclure que s'il y a eu défaut de compétence il ne peut y avoir eu de jugement au fond au sens de l'art. 682.

Mon collègue, le Juge Martland, déclare dans ses motifs qu'il opte pour le point de vue exprimé par le Juge d'appel Laidlaw, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans la cause *R. v. Kennedy*²⁸, où le savant Juge d'appel dit qu'il est d'avis:

[TRADUCTION] . . . que le but visé par l'art. 682(b) était d'empêcher une personne qui veut se soustraire à une déclaration de culpabilité ou à une ordonnance d'un tribunal inférieur et la faire infirmer d'avoir deux recours possibles, au choix.

Dans la cause *Kennedy*, la juridiction du magistrat pour procéder à l'enquête n'a pas été contestée. Dans la requête pour l'émission d'un bref de *certiorari*, on alléguait que le magistrat avait perdu juridiction du fait que: (1) il n'y avait pas eu de preuve présentée; (2) la condamnation avait été prononcée après un ajournement de plus de huit jours; (3) le procès avait été intenté sans motif raisonnable ni probable et mené de façon malicieuse. Après avoir examiné à fond le dossier du procès et la transcription des procédures devant le magistrat, le Juge d'appel Laidlaw a conclu qu'il y avait eu en fait un jugement au fond étant donné le plaidoyer de culpabilité enregistré par l'avocat de Kennedy en présence de ce dernier et confirmé par Kennedy lui-même lorsque le magistrat lui a posé la question directement. Il semble donc clair que la déclaration du Juge d'appel Laidlaw allait au delà de ce qui était nécessaire pour décider de la

²⁸ [1958] O.W.N. 41 at 44, 119 C.C.C. 200.

²⁸ [1958] O.W.N. 41 à 44, 119 C.C.C. 200.

purporting to give a definitive interpretation to s. 682(b) because he introduced his statement above quoted by saying:

It appears to me that the primary question for consideration in this appeal is whether or not the accused had a right to remove the proceedings before the Magistrate by certiorari into the higher Court. Section 682(b) of the Criminal Code expressly provides that no conviction or order shall be removed by certiorari "where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried and an appeal might have been taken, but the defendant did not appeal." It may be said at the outset that a *no certiorari clause* such as is contained in s. 682 was not designed or introduced into the legislation in order to give validity to proceedings leading to conviction or an order of the Court in cases where the Court had no jurisdiction. The section in the statute was not intended to shelter an inferior Court or to permit a denial of substantive justice by a pretended exercise of jurisdiction. (Emphasis added)

These last two sentences show that Laidlaw J.A. was not regarding s. 682(b) as an absolute bar to certiorari but only in cases where there had been a trial on the merits and an appeal might have been taken.

One has but to appreciate the rigid conditions precedent relating to the right to appeal from a summary conviction court under ss. 722 and 724 of the Criminal Code (see *R. v. Perehudoff*²⁹ which followed *Dennis v. The Queen*³⁰ to see how erroneous Laidlaw J.A.'s *obiter* statement is as a general proposition.

Section 724(1)(b), for instance, provides:

724. (1) The following provisions apply in respect of appeals to the appeal court, namely,

* * *

(b) where an appeal is from a conviction or order adjudging that a fine or sum of money be paid and imposing a term of imprisonment in default of payment, the appellant shall

cause et doit être considérée comme un *obiter dictum*. De toute évidence, le Juge d'appel Laidlaw n'entendait pas donner une interprétation définitive de l'art. 682(b) puisqu'il fait précéder l'opinion rapportée plus haut de ceci:

[TRADUCTION] A mon avis, le premier point à déterminer dans le présent appel est celui de savoir si l'accusé avait le droit de porter la cause se trouvant devant magistrat au tribunal supérieur, par voie de certiorari. L'art. 682(b) du Code criminel stipule expressément qu'aucune condamnation ou ordonnance ne doit être écartée par certiorari «lorsque le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond, et qu'un appel aurait pu être interjeté». On peut dire, pour commencer, qu'une disposition écartant le certiorari telle que celle de l'art. 682 n'a pas pour but de valider les procédures menant à une déclaration de culpabilité ou à une ordonnance de la cour, si la cour n'avait pas juridiction; ce n'est pas dans ce but qu'on l'a inséré au Code. Cet article du Code n'entend pas couvrir le tribunal inférieur ni admettre un déni de justice par le prétendu exercice d'une compétence. (Les italiques sont de moi.)

Les deux dernières phrases indiquent que selon le Juge d'appel Laidlaw l'art. 682(b) ne posait pas un obstacle absolu au certiorari, sauf dans les cas où l'affaire a été jugée au fond et où un appel aurait pu être interjeté.

On n'a qu'à se reporter aux conditions rigoureuses qui doivent être satisfaites pour en appeler du jugement d'une cour des poursuites sommaires en vertu des art. 722 et 724 du Code criminel (voir *R. v. Perehudoff*²⁹, qui suivait *Dennis v. The Queen*³⁰) pour constater comment l'*obiter dictum* du Juge d'appel Laidlaw est erroné en tant que principe général.

Par exemple, l'art. 724(1)(b) se lit comme suit:

724. (1) Les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des appels interjetés à la cour d'appel, savoir:

* * *

(b) Lorsqu'un appel est porté d'une condamnation ou d'une ordonnance qui prescrit le paiement d'une amende ou d'une somme d'argent et impose une période d'emprisonnement à défaut de paiement, l'appellant doit

²⁹ (1961), 129 C.C.C. 353, 34 W.W.R. 282.

³⁰ [1958] S.C.R. 473, 28 C.R. 173, 121 C.C.C. 129.

²⁹ (1961), 129 C.C.C. 353, 34 W.W.R. 282.

³⁰ [1958] R.C.S. 473, 28 C.R. 173, 121 C.C.C. 129.

- (i) remain in custody until the appeal is heard,
- (ii) enter into a recognizance, or
- (iii) deposit with the summary conviction court the amount of the fine or the sum of money to be paid and an additional amount that, in the opinion of the summary conviction court, is sufficient to cover the costs of the appeal;

This means that a person purportedly convicted by a summary conviction court and sentenced to a fine of, say, \$500 and in default of payment to imprisonment for six months must, under s. 724(1)(b) above, either remain in custody or enter into a recognizance in such amount as may be ordered (which would be an amount in excess of \$500) or deposit with the Court the amount called for by s. 724(1)(b)(iii). He must do one of these things even though the person constituting the Court under s. 692(1)(g) was not in fact a person holding any judicial office as required by that subsection. If the person so convicted did not appeal but remained in custody for more than sixty days until his right to appeal had lapsed, he could have redress and be released by *habeas corpus* and that means that the interpretation put upon s. 682 in *Kennedy* that s. 682 was enacted to prohibit two courses of proceedings at the option of a person convicted falls. If, on the other hand, the person so convicted pays the fine and costs and does not appeal within the sixty days and does not find out that the conviction was made by one who was not a judicial officer until after the time for appealing has passed, he would be, under the *Kennedy* interpretation of s. 682, without redress at law and would have to carry the conviction for the rest of his life. I cannot accept the view that Parliament ever intended to put a person so convicted under such a handicap where the so-called conviction was made by a volunteer or by one whose term of office had expired when the "conviction" was made.

- (i) demeurer sous garde jusqu'à ce que l'appel soit entendu,
- (ii) contracter un engagement, ou
- (iii) déposer auprès de la cour des poursuites sommaires le montant de l'amende ou de la somme d'argent à payer et un montant supplémentaire qui, de l'avis de la cour des poursuites sommaires, suffit à couvrir les frais de l'appel; . . .

Il en résulte qu'une personne censément condamnée par une cour des poursuites sommaires à payer une amende, disons de \$500 et, à défaut de paiement de l'amende à une peine de six mois d'emprisonnement doit, conformément à l'art. 724(1)(b), soit demeurer sous garde, soit contracter un engagement pour la somme que détermine la Cour (et qui sera supérieure à \$500), soit encore déposer auprès de la Cour la somme déterminée en vertu de l'art. 724(1)(b)(iii). La personne condamnée doit nécessairement exécuter l'une des options, même si la personne qui constituait la cour en vertu de l'art. 692(1)(g) n'avait pas la juridiction exigée par cet alinéa. Si la personne ainsi condamnée au lieu d'en appeler reste sous garde pendant plus de soixante jours, jusqu'à l'expiration du délai d'appel, elle peut obtenir réparation et se faire libérer au moyen de l'*habeas corpus*. Il ressort donc que l'interprétation donnée à l'art. 682 dans l'affaire *Kennedy*, d'après laquelle ce même article a été édicté pour prévenir l'alternative de recours, au choix de la personne trouvée coupable, ne tient pas. Si, d'autre part, la personne ainsi condamnée paie l'amende et les frais, n'en appelle pas dans les soixante jours, mais s'aperçoit après l'expiration du délai d'appel que celui qui a prononcé la culpabilité n'avait pas juridiction, elle se trouverait, si l'on s'en tient à l'interprétation de l'art. 682 donnée dans l'arrêt *Kennedy*, sans aucun recours en droit et elle devrait porter sa condamnation sa vie durant. Il me répugne de penser que le Parlement a voulu que quelqu'un soit dans une position aussi fâcheuse dans le cas où la prétendue condamnation a été prononcée par une personne agissant de sa propre initiative au sens du mot anglais «volunteer» ou par quelqu'un qui n'était plus en fonction au moment de la «condamnation».

The example just given may be said to be one that may not often occur, but instances of con-

On pourrait croire que ce sont là des cas rares; pourtant il y a eu des condamnations prononcées

victions being made by magistrates whose commissions had expired or been revoked are known. Then there are instances of magistrates with limited territorial jurisdiction who have purported to convict for an offence committed outside their territorial jurisdiction. Other examples are readily available such as where the conviction fails to disclose an offence known to the law. It cannot be doubted that a purported conviction which discloses no offence known to the law is anything but a nullity: *Rex v. Perron*³¹, *Regina v. Jones*³², and the very recent case of *Regina v. Vallee*³³ in which the Court of Appeal for British Columbia held that *certiorari* was available despite s. 682 even after a person convicted by a magistrate had appealed unsuccessfully to the County Court under Part XXIV of the *Code* where the "conviction" was for an "offence" not known to the law.

*Crane v. Director of Public Prosecutions*³⁴ is an interesting case in point on the effect of proceedings which are a nullity although heard by a Court that clearly had jurisdiction to deal with the matter in the first place. In that case the House of Lords held that a trial at the Leicester Quarter Sessions was a nullity because two prisoners, indicted separately, were given in charge to the same jury and tried together. The fact that the prisoners were not *jointly* indicted was not brought to the notice of the Recorder or of counsel appearing in the case. Lord Parmoor said of the proceedings before the Recorder:

"... there has only been a form of trial which is void *ab initio*" and "In a void trial there is neither conviction, verdict or judgment." Yet if the *Kennedy* interpretation is accepted as my brother Martland holds it should be, the result is that Parliament is said to have enacted that what is in law a nullity, something void *ab initio*, is nevertheless to stand for all time as a lawful conviction against a person who was unlawfully convicted once the time for the limited right of appeal under Part XXIV of the *Code* has passed.

³¹ (1922), 38 C.C.C. 121 at 122, 123, 3 W.W.R. 138, 68 D.L.R. 392.

³² (1960-61), 33 W.W.R. 617.

³³ (1969), 67 W.W.R. 449, 6 C.R.N.S. 62, [1969] 3 C.C.C. 293.

³⁴ [1921] 2 A.C. 299, 90 L.J.K.B. 1160.

par des magistrats dont la commission avait pris fin ou avait été révoquée. On a également vu des magistrats dont la compétence territoriale était limitée et qui ont prétendu condamner des prévenus pour une infraction commise hors du territoire où ils avaient juridiction. On trouve facilement d'autres exemples, entre autres des cas où la déclaration de culpabilité ne révèle aucune infraction connue en droit. Il ne fait pas de doute qu'une prétendue condamnation qui ne porte sur aucune infraction au sens de la loi est un acte nul: *Rex v. Perron*³¹, *Regina v. Jones*³² et la cause très récente *Regina v. Vallee*³³, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé qu'il y avait lieu à *certiorari*, en dépit de l'art. 682, même après que la personne déclarée coupable en eut appelé, sans succès, à la Cour de comté en vertu de la Partie XXIV du *Code* du fait qu'il y avait eu «condamnation» sur une «infraction» inexistante en droit.

La cause *Crane v. Director of Public Prosecutions*³⁴ est intéressante quant à la valeur de procédures qui sont nulles bien qu'elles aient été faites devant une cour qui avait manifestement compétence en l'espèce. Dans cette cause, la Chambre des lords a décidé qu'un procès tenu devant la cour des *Quarter Sessions* de Leicester était nul parce que deux prisonniers accusés séparément avaient été jugés ensemble devant un même jury. Le fait que les inculpés n'avaient pas été mis en accusation conjointement n'avait pas été porté à l'attention du «recorder», ni à celle des avocats comparaisant dans cette cause. Lord Parmoor dit des procédures devant le «recorder»:

[TRADUCTION] «... Il n'y a eu qu'un prétendu procès qui est nul *ab initio* . . . » et que «dans un procès nul, il ne peut y avoir ni condamnation, ni verdict, ni jugement». Cependant, si l'on retient l'interprétation donnée dans l'affaire *Kennedy*, tel que recommandé par mon collègue, le Juge Martland, il en découle qu'on prétend que le Parlement a édicté qu'une procédure nulle aux yeux de la loi, une chose invalide *ab initio*, devra être considérée pour toujours comme une déclaration de culpabilité valide à l'encontre

³¹ (1922), 38 C.C.C. 121 à 122, 123, 3 W.W.R. 138, 68 D.L.R. 392.

³² (1960-61), 33 W.W.R. 617.

³³ (1969), 67 W.W.R. 449, 6 C.R.N.S. 62, [1969] 3 C.C.C. 293.

³⁴ [1921] 2 A.C. 299, 90 L.J.K.B. 1160.

Crane is not a *certiorari* case because the Court of first instance there was sitting as a Court of Oyer and Terminer to try prisoners on indictment and was not an inferior court nor was the Court in *R. v. Chairman, County of London Quarter Sessions*. The same observation applies to the cases of *The King v. Justices of the Central Criminal Court*³⁵ and *Reg. v. Boaler*³⁶, the Central Criminal Court being a superior court whose proceedings and decisions are not subject to review by *certiorari*. Therefore, the fact that *certiorari* was not available in *Crane* and the other three cases just mentioned is not relevant. No enactment similar to s. 682 entered into the consideration of these cases.

When Parliament enacted s. 682, it was not done to prescribe or establish a remedy for declaring some void procedure a nullity. Instead Parliament was purporting to deprive a citizen of his ancient right to have that which is in law a nullity or made without or in excess of jurisdiction so declared by recourse to the prerogative writ of *certiorari*, a right which did not originate with Parliament. Accordingly, if Parliament is to extinguish that right, it must do so by explicit language, and it said explicitly that s. 682 is only to be applied where "the defendant appeared and pleaded and the merits were tried". Section 682 did not grant a remedy, but purported to extinguish a right.

All of which impels me to say that I must refuse to impute such an intention to Parliament adopting the language of Lord Kenyon in *Fowler v. Padget*³⁷, where he said:

I would adopt any construction of the statute that the words will bear, in order to avoid such monstrous consequences as would manifestly ensue from the construction contended for . . .

I would, accordingly, allow the appeal as directed by the Chief Justice.

d'une personne illégalement condamnée, dès que le délai d'appel limité prévu dans la Partie XXIV du *Code* aura expiré. La cause *Crane* ne donne pas lieu au *certiorari* parce que la Cour de première instance y siégeait comme *Court of Oyer and Terminer* pour juger les prévenus sur acte d'accusation. Elle ne constituait pas un tribunal inférieur, non plus que dans *R. v. Chairman, County of London Quarter Sessions*. Les mêmes observations s'appliquent aux causes *The King v. Justices of the Central Criminal Court*³⁵ et *Reg. v. Boaler*³⁶, la *Central Criminal Court* constituant une cour supérieure dont les procédures et les décisions n'étaient pas sujettes à révision par *certiorari*. En conséquence, le fait qu'il n'y ait pas eu lieu à *certiorari* dans l'affaire *Crane*, et les autres citées plus haut, n'a aucun rapport avec ce qui nous préoccupe ici. Il n'y avait en cause alors aucune disposition similaire à celle de l'art. 682.

Le Parlement, en édictant l'art. 682, n'avait pas l'intention d'établir ou de donner un moyen de faire déclarer non avenues des procédures nulles en elles-mêmes. Il entendait plutôt priver une personne de son droit très ancien de faire annuler, en recourant au bref de prérogative qu'est le *certiorari* (un droit qui ne trouve pas son origine au Parlement), ce qui est déjà nul en droit ou ce qui a été fait sans compétence ou par abus de compétence. Aussi, si le Parlement veut abolir ce droit, il doit le faire en termes très explicites, et il est clairement édicté que l'art. 682 ne doit s'appliquer que lorsque «le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond». L'art. 682 n'établit pas un recours mais entend abolir un droit.

Tout cela m'incline à dire que je dois refuser de prêter une pareille intention au législateur, en empruntant pour ce faire les mots de lord Kenyon dans la cause *Fowler v. Padget*³⁷:

[TRADUCTION] J'adopterais n'importe quelle interprétation que les termes de la loi peuvent permettre pour éviter les conséquences monstrueuses qui découleraient nécessairement de l'interprétation qu'on veut lui donner . . .

En conséquence, j'accueillerais l'appel aux fins précisées par le Juge en chef.

³⁵ [1925] 2 K.B. 43, 27 Cox C.C. 734.

³⁶ (1892), 67 L.T. 354, 17 Cox C.C. 569.

³⁷ (1798), 4 Term. Rep. 509, 101 E.R. 1103.

³⁵ [1925] 2 K.B. 43, 27 Cox C.C. 734.

³⁶ (1892), 67 L.T. 354, 17 Cox C.C. 569.

³⁷ (1798), 4 Term. Rep. 509, 101 E.R. 1103.

PIGEON J. (*dissenting*)—On March 6, 1958, appellant pleaded guilty to a charge of gross indecency. Then on April 22, considering two similar previous convictions, he was sentenced to preventive detention in addition to the sentence of two years imprisonment for the last offence. He did not have counsel, did not appeal, but, on the contrary signed, as authorized by s. 49 of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1952, c. 206, a waiver of his right of appeal. Only after more than five years of imprisonment did he embark upon the numerous proceedings mentioned by my brethren. This appeal is from a judgment affirming the dismissal of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid.

I must say at the outset, that, in my opinion, proceedings leading to a sentence of preventive detention constitute a separate issue distinct from the charge following which they are instituted, while, on the contrary, the sentence imposed following a conviction is part of the issue arising out of the charge. The character of being a separate issue appears from a consideration of the provisions of the *Criminal Code* respecting preventive detention (Part XXI) as a whole and especially from s. 667 concerning the right of appeal in such cases. The decisions of our Court allowing appeals from such judgments by special leave under s. 41 of the *Supreme Court Act* notwithstanding the exception of any judgment "acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence", necessarily imply that a sentence of preventive detention is pronounced in an issue separate from that in which the conviction arises (*Poole v. The Queen*³⁸).

It should be noted here that when Parliament, in 1947, (c. 55, s. 18) first enacted provisions for preventive detention, no amendment to the *Criminal Code* was made concerning remedies other than the right of appeal. Whereas in respect of those new proceedings a right of appeal

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—Le 6 mars 1958, l'appelant a fait un aveu de culpabilité sur une inculpation de grossière indécence. Ensuite le 22 avril, vu deux semblables condamnations antérieures, une sentence de détention préventive lui a été imposée en outre d'une condamnation à deux ans de détention pour la dernière infraction. Il n'avait pas d'avocat et loin d'interjeter appel il signa comme le permet l'art. 49 de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1952, c. 206, une renonciation au droit d'appel. Ce n'est qu'après plus de cinq ans de détention qu'il entreprit les multiples procédures relatées par mes collègues. Le présent pourvoi est à l'encontre d'un arrêt confirmant le rejet d'une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire.

Je dois dire tout d'abord qu'à mon avis les procédures relatives à une sentence de détention préventive constituent une instance distincte de l'inculpation à la suite de laquelle on les intente, alors qu'au contraire la sentence prononcée à la suite d'une déclaration de culpabilité est partie intégrante de l'instance introduite par l'inculpation. Ce caractère d'instance distincte ressort de l'ensemble des dispositions du *Code criminel* touchant la sentence de détention préventive (Partie XXI) et spécialement de l'art. 667 sur le droit d'appel en ce cas. La jurisprudence de notre Cour qui, à l'égard d'une telle sentence, admet le pourvoi sur permission spéciale en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* malgré l'exception visant tout jugement «acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement d'un acte criminel», implique nécessairement que le jugement prononçant une sentence de détention préventive est rendu dans une instance distincte de celle qui donne naissance à la déclaration de culpabilité (*Poole c. Sa Majesté la Reine*³⁸).

Il faut maintenant noter que lorsque le Parlement a en 1947 (c. 55, art. 18) établi en premier lieu les dispositions visant la détention préventive, aucune modification n'a été apportée au *Code criminel* touchant les recours autres que l'appel. Tandis que pour cette nouvelle sorte

³⁸ [1968] S.C.R. 381, 3 C.R.N.S. 213, [1968] 3 C.C.C. 257.

³⁸ [1968] R.C.S. 381, 3 C.R.N.S. 213, [1968] 3 C.C.C. 257.

from the sentence was explicitly provided for, no amendment was made to Part XXII, *Extraordinary Remedies*. The new *Criminal Code* brought no change in that regard and nothing is to be found in it referring specifically to such proceedings under the heading *Extraordinary Remedies* (Part XXIII). In particular, Section 682 reads as follows:

682. No conviction or order shall be removed by *certiorari*

- (a) where an appeal was taken, whether or not the appeal has been carried to a conclusion, or
- (b) where the defendant appeared and pleaded and the merits were tried, and an appeal might have been taken, but the defendant did not appeal.

How is subsection (b) above to be applied to a sentence of preventive detention when the procedure on an application for such a sentence does not provide for a plea by the accused? Are we to say that because he is only called upon to appear, it will suffice that he did appear and did not appeal, to deprive him of any remedy by *certiorari*? In a criminal matter, this does not seem possible. The deprivation of a right can only result from an explicit enactment. If the provisions found in the *Code* do not apply exactly because one of the conditions cannot be met, the same conclusion must be reached as under s. 41 of the *Supreme Court Act*: the privative provision not being literally applicable to a sentence of preventive detention, it cannot be applied thereto by analogy or by extension, such a construction of a privative clause as s. 682 of the *Criminal Code* would be, I think, without precedent in British jurisprudence.

The special provisions enacted for the right of appeal show that when Parliament introduced preventive detention into our criminal law, the necessity of providing explicitly for the right of appeal *mutatis mutandis* was seen, the ordinary provisions concerning appeals on proceedings by indictment not being literally applicable to this

d'instances on prévoyait explicitement un droit d'appel de la sentence, aucune modification n'était apportée au titre des recours extraordinaires (Partie XXII). Le nouveau *Code criminel* n'a pas modifié la situation sous ce rapport et au titre des recours extraordinaires (Partie XXIII), on ne trouve rien qui vise spécialement ce genre d'instances. En particulier, l'art. 682 se lit comme suit:

682. Aucune condamnation ou ordonnance ne doit être écartée par *certiorari*

- (a) lorsqu'un appel a été interjeté, que l'appel ait été ou non poursuivi jusqu'à sa conclusion; ou
- (b) lorsque le défendeur a comparu et plaidé, que l'affaire a été jugée au fond, et qu'un appel aurait pu être interjeté, mais que le défendeur ne l'a pas interjeté.

Comment doit-on appliquer l'alinéa (b) de ce texte à une sentence de détention préventive alors que la procédure sur la demande d'une telle sentence ne prévoit pas que l'inculpé soit appelé à plaider? Faut-il dire que puisqu'il est seulement appelé à comparaître, il suffit qu'il ait comparu et n'ait pas interjeté appel pour être privé du recours par voie de *certiorari*? En matière pénale, cela ne semble pas possible. La privation d'un droit ne peut résulter que d'un texte formel. Si celui que l'on trouve dans le code ne s'applique pas exactement parce que l'une des conditions ne peut pas être remplie, il faut décider comme on l'a fait pour l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*: la disposition privative ne s'appliquant pas exactement à la sentence de détention préventive, on ne peut l'y appliquer par analogie ou par extension. Une interprétation extensive d'une clause privative comme l'art. 682 du *Code criminel* serait une décision sans précédent en jurisprudence britannique.

Les dispositions spéciales établies pour le droit d'appel démontrent qu'en introduisant dans notre droit pénal l'instance en condamnation à la détention préventive, le Parlement a vu la nécessité de prévoir explicitement le droit d'appel *mutatis mutandis*, les dispositions ordinaires touchant les instances par inculpation d'acte

new kind of proceeding. Until similar provisions concerning extraordinary remedies are laid down, we cannot do otherwise than to apply the law as it reads. For this reason, I am of the opinion that the appellant is in the same situation as in *Smith v. The Queen*³⁹, he has not pleaded.

Having concluded that appellant is entitled to *certiorari*, I must now say that, in my opinion, the record shows that it was not proved before Magistrate Hunter that seven clear days' notice was given as required imperatively by s. 662 of the *Criminal Code*. The record indicates that at the hearing before the Magistrate, instead of proving service of the notice by the testimony of the officer who served it, a voluntary statement before the Court by the accused was resorted to. The transcript supplied by the Court reporter is as follows:

CROWN: Your Worship, you will recall in this matter, the previous hearing, I made application under Section 661(1) of the Criminal Code and Notice has been served upon the Accused and the Accused is prepared to admit it, to avoid the necessity of proof.

MAGISTRATE: Now, Mr. Saunders, you have been served with a copy of this Notice?

MR. SAUNDERS: Right.

MAGISTRATE: And this is your signature on the bottom, admitting it?

MR. SAUNDERS: Yes.

MAGISTRATE: That is a copy of what I have here now?

MR. SAUNDERS: Yes, that is correct.

EXHIBIT 1, NOTICE.

Unfortunately, the exhibit is lost; in the record, there is only the copy which was served upon the accused and that he recently filed with one of his affidavits.

³⁹ [1959] S.C.R. 638, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.

criminel n'étant pas textuellement applicables à ce nouveau genre d'instances. Tant qu'il n'arrêtera pas des dispositions analogues au sujet des recours extraordinaires, nous ne pourrons faire autrement que les appliquer comme elles se lisent. Pour ce motif, je suis d'avis que l'appellant est dans la même situation que dans *Smith c. Sa Majesté la Reine*³⁹, il n'a pas plaidé.

Ayant conclu que l'appellant a droit au *certiorari*, je dois dire ensuite qu'à mon avis le dossier démontre que, devant le magistrat Hunter on n'a pas prouvé qu'un avis de sept jours francs lui avait été donné comme l'exige impérativement l'art. 662 du *Code criminel*. Le dossier fait voir qu'à l'audition devant le magistrat, au lieu de faire la preuve de l'avis par le témoignage du constable qui l'a signifié, on y a procédé au moyen d'une déclaration faite volontairement devant le tribunal par l'accusé. Le texte fourni par le sténographe officiel est comme suit:

[TRADUCTION] LE SUBSTITUT: Votre Honneur, vous vous souviendrez qu'en cette affaire à l'audition précédente j'ai fait une demande en vertu du paragraphe 1 de l'article 661 du Code criminel, un avis a été signifié à l'accusé et il est disposé à l'admettre pour éviter la nécessité d'en faire la preuve.

LE MAGISTRAT: Alors, M. Sanders, on vous a signifié une copie de cet avis?

M. SANDERS: C'est exact.

LE MAGISTRAT: Et, au bas, c'est votre signature par laquelle vous l'admettez?

M. SANDERS: Oui.

LE MAGISTRAT: C'est une copie de ce que j'ai en main ici présentement?

M. SANDERS: Oui, c'est exact.

PIÈCE N° 1, AVIS.

La pièce a malheureusement été perdue; il n'y a au dossier que la copie qui a été signifiée à l'accusé et que ce dernier a produite récemment avec une de ses déclarations sous serment.

³⁹ [1959] R.C.S. 638, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.

It will be noticed that appellant's admission covers only the service of the notice. No reference whatsoever is made to the date of the service, nor to the prescribed interval between the day of service and that of the hearing. In a civil case, such an admission might be sufficient due to the rule that the parties are bound by the manner in which the proceedings were conducted. In my opinion, it cannot be so in a criminal case, in face of an imperative requirement of the law and especially where the accused did not have the assistance of counsel. The principle to be followed is that which applies where no objection is made to illegal evidence; in a criminal matter, this omission does not necessarily cover the illegality.

Moreover, I doubt that the appellant could validly admit having received the notice required by Section 662. The last subsection is as follows:

(3) For the purposes of section 660, where the accused admits the allegations contained in the notice referred to in paragraph (b) of subsection (1), no proof of those allegations is required.

(Even if the amendment was only made the following year (1959, c. 71, s. 30), one must obviously read paragraph (a) and not paragraph (b) in view of the reference to the purposes of Section 660).

To say that "for the purposes of Section 660" (habitual criminals), it is not necessary to prove the allegations contained in the notice if the accused admits them, undoubtedly implies that it is always necessary to prove the facts required to be established for the purposes of s. 661 (criminal sexual psychopaths), otherwise the provision would be entirely useless. Here, we are concerned with the application of s. 661: it is therefore clear that the accused could not dispense from proving the facts by admitting them. Without expressing a firm opinion on this point, I fail to see how it can be held that this rule

On remarquera que la déclaration faite par l'appelant porte seulement sur la signification de l'avis. On n'y trouve pas la moindre allusion à la date de cette signification, ni à l'intervalle prescrit entre le jour de la signification et celui de l'audition. En matière civile, cette déclaration serait sans doute suffisante vu la règle que les parties sont liées par la façon dont les procédures ont été conduites. A mon avis, en matière criminelle, il ne saurait en être ainsi en face d'une exigence impérieuse de la loi et spécialement lorsque l'accusé n'avait pas l'assistance d'un avocat. Le principe à suivre est celui que l'on applique quand il n'y a pas eu objection à une preuve illégale; en matière pénale, cette omission ne couvre pas nécessairement l'illégalité.

D'ailleurs on peut se demander si l'appelant pouvait valablement admettre avoir reçu l'avis prescrit par l'art. 662. En effet, le dernier paragraphe se lit comme suit:

(3) Aux fins de l'article 660, lorsque l'accusé admet les allégations contenues dans l'avis mentionné à l'alinéa (b) du paragraphe (1), il n'est pas nécessaire de prouver ces allégations.

(Même si la correction n'a été faite que l'année suivante (1959, ch. 71, a. 30), il faut évidemment lire l'alinéa (a) et non l'alinéa (b) puisqu'il s'agit des fins de l'article 660.)

Si l'on a pris la peine de dire qu'«aux fins de l'article 660» (repris de justice), il n'est pas nécessaire de faire la preuve des allégations contenues dans l'avis si l'accusé les admet, cela implique certainement qu'il est toujours nécessaire de prouver les faits requis pour les fins de l'art. 661 (psychopathie sexuelle criminelle), autrement la disposition serait totalement inutile. Or ici, c'est bien de l'application de l'art. 661 qu'il s'agit: il est donc clair que l'accusé ne pouvait pas en les admettant dispenser de la preuve des faits. Sans exprimer d'opinion ferme sur ce point, je vois mal comment on peut sou-

does not apply to the proof of a fact as essential to the validity of such proceedings as the service of a seven clear days' notice, without which Parliament expressly forbids the hearing to take place.

It must now be observed that nothing shows that there was on the exhibit that was lost a date of service showing that the required time had been allowed. There is no such date on the copy filed by the appellant. It is true that he himself does not enlighten us on this point, but legally it cannot be held against him. He does not have to rebut evidence that is not in the record. He needs only point out its absence.

I do not think that it should be presumed that the lost exhibit did show that the required interval of seven clear days had been observed. The sentence having been pronounced by an inferior court, the observance of the prescribed formalities cannot be presumed. Because the exhibit was lost, proof by affidavits could no doubt have been made that this did appear on the document. It was not done.

In his affidavit, the Magistrate merely states that at the hearing it was proved to his satisfaction that the appellant received a notice of seven clear days. In saying this, he only repeated his finding on that point. However, it is well established that an inferior court judge cannot give himself jurisdiction by making without sufficient evidence a finding of fact on which his jurisdiction depends. As we have seen, the admission made by the appellant at the hearing was incomplete and did not show that an essential requirement had been complied with, namely seven clear days' notice. In the absence of any other evidence that this fact was proven otherwise, the only proper legal conclusion is that the Magistrate misapprehended the admission made by appellant at the hearing. He undoubtedly believed that appellant had implicitly admitted that the prescribed time had been allowed, while the actual wording does not warrant such a conclusion.

tenir que cette règle ne s'applique pas à la preuve d'un fait aussi essentiel à la validité de cette procédure que la signification d'un avis de sept jours francs, sans laquelle le législateur défend expressément de procéder à l'audition.

Il faut maintenant observer que rien ne fait voir que sur le document perdu il y avait une date de signification démontrant que le délai prescrit avait été observé. On n'en trouve aucune sur la copie produite par l'appelant. Il est vrai que lui-même ne nous renseigne pas sur ce point mais juridiquement on ne peut pas le lui reprocher. Il n'a pas à contredire une preuve que l'on ne trouve pas au dossier. Il lui suffit d'en signaler l'absence.

Je ne crois pas que l'on puisse présumer que la pièce perdue démontrait que le délai de sept jours avait été respecté. La condamnation ayant été prononcée par un tribunal inférieur, l'accomplissement des formalités prescrites ne se présume pas. Comme la pièce a été perdue, on aurait sans doute pu prouver par des déclarations sous serment que cette mention s'y trouvait. On ne l'a pas fait.

Dans sa déclaration sous serment, le magistrat se contente d'affirmer qu'à l'audition on a prouvé à sa satisfaction que l'appelant avait reçu un avis de sept jours francs. En disant cela il ne fait que réitérer sa conclusion sur ce point-là. Or, c'est un principe incontestable qu'un tribunal inférieur ne peut pas se donner juridiction en concluant sans preuve suffisante à l'existence d'un fait dont sa juridiction dépend. Comme nous l'avons vu, la déclaration faite à l'audience par l'appelant était incomplète et ne démontrait pas qu'une exigence essentielle avait été remplie, savoir le délai de sept jours francs. En l'absence de toute autre preuve que ce fait-là était démontré autrement, la seule conclusion juridiquement possible c'est que le magistrat s'est mépris sur la portée de la déclaration faite à l'audience par l'appelant. Il a sans doute cru que l'appelant avait admis implicitement que le délai prescrit avait été respecté alors que le texte ne justifie pas une telle conclusion.

As to the Crown prosecutor's affidavit, it is sufficient to say that it adds nothing to that of the Magistrate.

There remains the affidavit of the police officer. He also did not swear that the date of service was entered on the lost exhibit and that that date was at least seven clear days prior to the date of the hearing. All he says is that he believes he complied with the legal requirements because he remembers looking up the requirements of the *Code*. On the other hand, he also says that he effected service of the notice at Cloverdale. But, after March 31, which is the date of the notice according to the copy filed in the record, the authenticity of which is not disputed, appellant was at Cloverdale only on April 15 and on April 22, the day of the hearing. It is therefore impossible for the requirements as to notice to have been met by service at the place named by the police officer.

Appellant's affidavit concerning the dates of his attendance at Cloverdale is not questioned. Furthermore, as he was a prisoner, the Crown must have been able to verify its accuracy. As no evidence was submitted to contradict that statement, this fact must now be considered as proven. The conclusion is that the officer must have been mistaken as to the required time and that the notice was not of seven clear days. Even if he did carefully read Section 662, he did not necessarily understand the meaning of "seven clear days", nor correctly make the computation and he does not swear that such is the case. Since he served the notice at Cloverdale, it must have been on April 15.

On the whole, in my view, the police officer's affidavit does not remedy the defect in the record and it does not show that proper notice was given. This is no doubt an omission which could have been easily remedied if the accused had raised the point instead of admitting without protest what he was asked to admit. Once again, in a civil case this would no doubt amount to a waiver but, in my view, it cannot be so in a criminal case as against an imperative require-

Pour ce qui est de la déclaration du substitut, il suffit de dire qu'elle n'ajoute rien à celle du magistrat.

Il reste celle du constable. Lui non plus ne dit aucunement que sur la pièce perdue la date de la signification était inscrite et que cette date était d'au moins sept jours francs antérieure à celle de l'audition. Tout ce qu'il affirme c'est qu'il croit avoir respecté le délai parce qu'il se rappelle avoir vérifié les exigences du *Code*. D'un autre côté, il déclare avoir fait la signification à Cloverdale. Or, après la date du 31 mars qui est celle de l'avis d'après la copie versée au dossier et dont l'authenticité n'est pas contestée, l'appelant n'a été à Cloverdale que le 15 avril et le 22 avril, jour de l'audition. Il est donc impossible que le délai ait été respecté en signifiant à l'endroit indiqué par le constable.

La déclaration sous serment de l'appelant quant aux dates où il a été à Cloverdale n'est pas contestée. De plus, comme il était prisonnier, le ministère public devait être en mesure d'en vérifier l'exactitude et puisqu'il n'a pas apporté de preuve à l'encontre de cette affirmation, ce fait doit être aujourd'hui tenu pour prouvé. La conclusion c'est que le constable a dû faire erreur quant au délai et que l'avis n'a pas été de sept jours francs. Même s'il a soigneusement lu l'art. 662 il n'a pas nécessairement bien compris ce que signifie «sept jours francs» ni correctement fait le calcul et il ne l'affirme pas. Puisqu'il a signifié à Cloverdale, ce doit être le 15 avril.

En définitive, à mon avis, il faut dire que la déclaration sous serment du constable ne supplée pas à l'insuffisance du dossier et ne démontre pas que le délai prescrit ait été respecté. Il est sûr que c'est une omission à laquelle on aurait pu facilement remédier si l'accusé l'avait signalée au lieu d'admettre sans protester ce qu'on lui demandait d'admettre. En matière civile, je le répète, cela constituerait sûrement une fin de non recevoir mais, à mon avis, il ne saurait en être

ment of the law especially with regard to an accused who was not assisted by counsel.

Having reached the conclusion that the Magistrate proceeded without adequate proof of a notice served in accordance with the requirements of the law, I must now, in view of the provisions of subs. (1) of s. 683 of the *Criminal Code*, consider whether the defect deprived the Magistrate of his jurisdiction. The provision requiring the notice cannot be more explicit:

An application under subsection (1) of section 661 shall not be heard unless seven clear days' notice has been given to the accused by the prosecutor . . .

I have underlined the words "shall not be heard" because to me they necessarily imply that the Magistrate does not have authority to hear the application unless the notice has really been given. The law does not say that proof must be produced to the satisfaction of the Magistrate that the notice was given. It forbids proceeding without notice. I find it impossible to see in that subsection a provision the observance whereof Parliament intended the Magistrate to be the judge. On the contrary, Parliament seems to have clearly intended to make it a condition of jurisdiction.

In *L'Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. La Commission des Relations ouvrières*⁴⁰, this Court held that the respondent acted without jurisdiction in cancelling a certificate without notice to the appellant. In *Regina v. County of London Quarter Sessions Appeals Committee, Ex parte Rossi*⁴¹, the English Court of Appeal, on an application for *certiorari*, considered an inferior court as having acted without jurisdiction for having erroneously considered as sufficient notice a registered letter which had not been delivered to the respondent. Finally, in *Dennis v. The Queen*⁴², in the reasons for the

ainsi en droit criminel à l'encontre d'une exigence impérative de la loi surtout à l'égard d'un inculpé qui n'était pas assisté d'un avocat.

En étant venu à la conclusion que le magistrat a procédé sans preuve complète d'un avis signifié conformément aux exigences de la loi, il me faut maintenant, vu les dispositions du par. 1 de l'art. 683 du *Code criminel*, rechercher si le défaut dont il s'agit a eu pour effet de priver le magistrat de sa juridiction. Le texte qui prescrit l'avis est on ne peut plus explicite:

Une demande selon le paragraphe (1) de l'article 661 ne peut pas être entendue à moins que le poursuivant n'en ait donné à l'accusé un avis de sept jours francs . . .

J'ai souligné les mots «ne peut pas être entendue» parce qu'ils me semblent impliquer nécessairement que le magistrat n'a pas le pouvoir d'entendre la demande à moins que l'avis ait été réellement donné. Le texte ne dit pas qu'il faut prouver à la satisfaction du magistrat que l'avis a été donné. Il défend de procéder en l'absence d'avis. Il me paraît impossible de voir dans le texte une disposition dont le Parlement a voulu que le magistrat soit juge. Il semble bien au contraire avoir voulu clairement en faire une condition de l'exercice valable de la juridiction.

Dans *L'Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. La Commission des Relations ouvrières*⁴⁰, cette Cour a statué que l'intimée avait agi sans juridiction en prononçant sans avis à l'appelante l'annulation d'un certificat. Dans *Regina v. County of London Quarter Sessions Appeals Committee, Ex parte Rossi*⁴¹, la Cour d'appel d'Angleterre, sur une demande de *certiorari*, a considéré un tribunal inférieur comme ayant agi sans juridiction pour avoir erronément traité comme suffisant un avis donné par une lettre recommandée qui n'avait pas été livrée à l'intimé. Enfin, dans *Dennis c. La Reine*⁴², les

⁴⁰ [1953] 2 S.C.R. 140, 107 C.C.C. 183.

⁴¹ [1956] 1 Q.B. 682, [1956] 1 All E.R. 670.

⁴² [1958] S.C.R. 473, 28 C.R. 173, 121 C.C.C. 129.

⁴⁰ [1953] 2 R.C.S. 140, 107 C.C.C. 183.

⁴¹ [1956] 1 Q.B. 682, [1956] 1 All E.R. 670.

⁴² [1958] R.C.S. 473, 28 C.R. 173, 121 C.C.C. 129.

majority, it was expressly held that, on an appeal from a summary conviction, a County Court judge was right in deciding that he had no jurisdiction because the appellant had not served the notice of appeal upon the person specified in s. 722 of the *Criminal Code*. All the Justices of Appeal who sat in this case have expressed the opinion that if the required notice had not in fact been served in accordance with the requirements of the *Code*, the Magistrate acted without jurisdiction. This is the proper conclusion. We are not dealing here with a fact to be found by the Magistrate, in which case an error cannot go to jurisdiction. On the contrary, this is a condition precedent to jurisdiction. This condition must be met before he can act validly.

For the above reasons, I agree with the conclusions of the Chief Justice, including that pertaining to an order pursuant to s. 689 of the *Criminal Code* protecting the Magistrate and officers.

Appeal dismissed, CARTWRIGHT C.J. and HALL, SPENCE and PIGEON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: C. R. Kennedy, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Boyd, King & Toy, Vancouver.

motifs de la majorité expriment formellement l'avis qu'un juge de la Cour de comté, saisi d'un appel d'une déclaration sommaire de culpabilité, avait à bon droit décidé qu'il n'avait pas juridiction parce que l'appellant n'avait pas signifié l'avis d'appel à la personne prescrite par l'art. 722 du *Code criminel*. Je note au surplus que tous les juges qui ont rendu l'arrêt en Cour d'appel dans la présente cause ont exprimé l'opinion que si l'avis prescrit n'avait pas réellement été donné d'une façon conforme aux exigences du Code, le magistrat agissait sans juridiction. C'est la conclusion à laquelle il faut en venir. Il ne s'agit pas d'un fait sur lequel devait porter son enquête et où le mal-jugé ne peut constituer un vice de compétence. Il s'agit au contraire d'une condition préalable de l'exercice valable de la juridiction. Il faut que cette condition soit remplie pour qu'il puisse agir valablement.

Pour les motifs ci-dessus, je suis d'accord avec les conclusions du juge en chef, y compris celle qui a trait à l'ordre prévu à l'art. 689 du Code criminel pour la protection du magistrat et des agents de la paix.

Appel rejeté, LE JUGE EN CHEF CARTWRIGHT et LES JUGES HALL, SPENCE et PIGEON étant dissidents.

Procureur de l'appellant: C. R. Kennedy, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Boyd, King & Toy, Vancouver.