

Richard Franklin Patterson *Appellant*;

and

Her Majesty the Queen *Respondent*.

1969: October 29; 1970: January 27.

Present: Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT
OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Criminal law—Preliminary inquiry—Intent to procure a miscarriage—Written statement to police given by complainant—Magistrate refused production of statement—Whether ruling correct—Whether ruling reviewable on certiorari—Criminal Code, 1953-54 (Can.), c. 51, ss. 237(1), 453(1)(a)—Canada Evidence Act, R.S.C. 1952, c. 307, s. 10(1).

The appellant was charged under s. 237(1) of the *Criminal Code* with using an instrument with intent to procure a miscarriage. During the cross-examination, at the preliminary hearing, of the woman mentioned in the charge, it appeared that she had given a written statement to the police. The Crown refused the production of that statement and the magistrate ruled that he could not order it to be produced. Defence counsel then closed his cross-examination of the witness. The same course was followed with another witness. The appellant did not make a statement nor call evidence, and he was committed for trial. On a motion by way of *certiorari*, it was ordered that the preliminary inquiry and the committal for trial be quashed. By a majority judgment, the Appellate Division restored the committal. The appellant was granted leave to appeal to this Court.

Held (Spence J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abbott, Martland, Judson, Ritchie and Pigeon JJ.: Production of the statements could not be compelled at that stage of the proceedings and the refusal was not reviewable on *certiorari*. Lack of jurisdiction is the only ground on which a committal for trial can be reviewed. The refusal by the magistrate did not go to the question of jurisdiction. The power given explicitly by s. 10(1) of the *Canada Evidence Act* to a judge "at any time during the trial" to require the production of a statement in writing given by a witness, is not given to a magistrate

Richard Franklin Patterson *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1969: le 29 octobre; 1970: le 27 janvier.

Présents: Les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence et Pigeon.

EN APPEL DE LA CHAMBRE D'APPEL
DE LA COUR SUPRÊME D'ALBERTA

Droit criminel—Enquête préliminaire—Intention de procurer un avortement—Dénonciatrice ayant fait une déclaration écrite à la police—Demande de production refusée par le magistrat—S'agit-il d'une bonne décision—Décision peut-elle donner lieu à révision par voie de certiorari—Code criminel, 1953-54 (Can.), c. 51, art. 237(1), 453(1)(a)—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1952, c. 307, art. 10(1).

L'appelant a été accusé, en vertu de l'art. 237(1) du *Code criminel*, d'avoir employé un instrument avec l'intention de procurer un avortement. A l'enquête préliminaire, la femme nommée dans l'accusation a révélé en contre-interrogatoire qu'elle avait fait une déclaration écrite à la police. La Couronne a refusé la demande de production de cette déclaration et le magistrat a statué qu'il ne pouvait pas en ordonner la production. L'avocat de la défense a alors mis fin au contre-interrogatoire de ce témoin. La même chose s'est produite pour un autre témoin. L'appelant n'a fait aucune déclaration ni présenté aucune preuve, et il a été renvoyé à son procès. Par suite d'une requête en *certiorari*, l'enquête préliminaire et le renvoi à procès ont été annulés. La Chambre d'appel, à la majorité, a rétabli le renvoi de l'appelant à son procès. L'appelant a obtenu la permission d'en appeler à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être rejeté, le Juge Spence étant dissident.

Les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie et Pigeon: La défense ne pouvait exiger la production des déclarations à ce stade des procédures et le refus ne pouvait donner lieu à révision par voie de *certiorari*. Le défaut de compétence est le seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès. Le refus du magistrat ne touche pas à la question de compétence. La faculté accordée par l'art. 10(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* à un juge «en tout temps au cours du procès» d'exiger la production d'une déclaration écrite d'un témoin, n'est pas donnée

during the conduct of a preliminary hearing. The preliminary inquiry is not a trial and should not be allowed to become a trial.

Even if the magistrate was in error, there was no jurisdictional defect. It would be no more than error in the exercise of jurisdiction.

Per Hall J.: On the record, it does not appear that counsel for the appellant was actually deprived of his lawful right to cross-examine the two witnesses given by s. 453(1)(a) of the *Criminal Code*. If production of a statement made by a witness then under cross-examination at a preliminary hearing is shown to be essential to the full exercise of the right to cross-examine, then a refusal to order production could result in a denial of natural justice, and such a denial would be a failure in the observance of the law in the course of exercising jurisdiction. But that was not the situation here.

Per Spence J., dissenting: Failure to permit the right of cross-examination conferred by s. 453(1)(a) of the Code is a failure to accord the accused an important right granted him by the *Criminal Code* and a denial of jurisdiction by the magistrate. *Certiorari* should be granted to bring the record before the Supreme Court and to quash the preliminary hearing. *Certiorari* does lie to quash a magistrate's committal for trial when he has exceeded his jurisdiction or when he has refused to exercise his jurisdiction. When the magistrate refused to require the production of the statements so the counsel for the accused could use it in cross-examination, he not merely made an error in the exercise of his jurisdiction but he declined jurisdiction.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, restoring the committal for trial which had been quashed on a motion by way of *certiorari*. Appeal dismissed, Spence J. dissenting.

M. I. Shannon, Q.C., for the appellant.

B. A. Crane, for the respondent.

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

JUDSON J.—The issues in this appeal are, first, whether, at a preliminary hearing, counsel for

au magistrat au cours d'une enquête préliminaire. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un.

Même si le magistrat s'est trompé, il n'y a pas eu vice de compétence. Ce ne serait rien d'autre qu'une erreur dans l'exercice de la compétence.

Le Juge Hall: Il ressort du dossier que l'avocat de l'appellant n'a pas été, de fait, privé du droit que lui accorde l'art. 453(1)(a) du *Code criminel*, de contre-interroger les deux témoins en question. Si la production d'une déclaration d'un témoin de la poursuite qui subit un contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire, s'avère essentielle à l'exercice du droit de procéder à un contre-interrogatoire complet, le refus d'ordonner la production pourrait constituer un déni de justice. Un tel déni de justice serait un défaut d'observer la loi dans l'exercice de sa compétence; mais tel n'est pas le cas ici.

Le Juge Spence, dissident: Refuser de permettre le droit de contre-interroger qu'accorde l'art. 453(1)(a) du Code, c'est priver le prévenu d'un droit important que les dispositions du *Code criminel* lui donnent, et cela constitue un refus du magistrat d'exercer sa compétence. Il faut accorder le *certiorari* pour transmettre le dossier à la Cour suprême et casser l'enquête préliminaire. Il y a lieu à *certiorari* en vue de casser le renvoi du prévenu à son procès quand le magistrat a outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer. Lorsque le magistrat a refusé d'ordonner la production des déclarations afin de permettre à l'avocat du prévenu de s'en servir pour contre-interroger, il n'a pas simplement commis une erreur dans l'exercice de sa jurisdiction, il a refusé de l'exercer.

APPEL d'un jugement de la Chambre d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹, rétablissant le renvoi de l'appellant à son procès qui avait été annulé par suite d'une requête en *certiorari*. Appel rejeté, le Juge Spence étant dissident.

M. I. Shannon, c.r., pour l'appellant.

B. A. Crane, pour l'intimée.

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

LE JUGE JUDSON—Les points en litige dans le présent pourvoi sont, premièrement, de savoir si,

¹ (1969), 67 W.W.R. 483.

¹ (1969), 67 W.W.R. 483.

the defence may require production of a statement given to the police by a witness for the prosecution, and second, whether a ruling on this point adverse to the defence is reviewable on *certiorari*. My opinion is that production of such a statement cannot be compelled at this stage of the proceedings and that a refusal of production is not reviewable on *certiorari*.

The accused was charged under s. 237(1) of the *Criminal Code* with using an instrument with intent to procure a miscarriage. During the cross-examination of the woman mentioned in the charge, it appeared that she had given a written statement to the police. There was an immediate request for its production. It was refused and the magistrate said that he could not order it to be produced "at this time." Defence counsel then closed his cross-examination of this witness. The same course was followed with another witness. After the Crown witnesses had given their evidence, the accused did not make a statement nor call evidence. The magistrate then committed him for trial. He did not in any way limit or restrict the cross-examination. Counsel made no attempt to cross-examine on the contents of the two statements or the recollection of the witness of those contents. He simply said that he had no further questions.

On a motion by way of *certiorari*, Milvain J. ordered that the preliminary inquiry and committal for trial be quashed. The Appellate Division¹, by a majority, reversed this order and restored the committal. The appeal is here with leave of this Court.

I intend to confine these reasons within the very narrow issues raised by the case and to repeat what has been emphasized so often that if it is sought to review a committal for trial, there is only one ground for action by the reviewing Court and that is lack of jurisdiction. The refusal by the magistrate, on this hearing, to order production of these statements does not

à l'enquête préliminaire, l'avocat de la défense peut exiger la production d'une déclaration faite à la police par un témoin de la poursuite et, deuxièmement, de savoir si une décision défavorable à la défense sur cette question peut donner lieu à révision par voie de *certiorari*. Je suis d'avis que la défense ne peut exiger la production d'une telle déclaration à ce stade des procédures et que le refus de la produire ne peut donner lieu à révision par voie de *certiorari*.

Le prévenu a été accusé, en vertu de l'art. 237(1) du *Code criminel*, d'avoir employé un instrument avec l'intention de procurer un avortement. La femme nommée dans l'accusation a révélé en contre-interrogatoire qu'elle avait fait une déclaration écrite à la police. Une demande de production de cette déclaration a immédiatement suivi, demande qui a été refusée. Le magistrat a dit qu'il ne pouvait pas en ordonner la production «à ce moment-là». L'avocat de la défense a alors mis fin au contre-interrogatoire de ce témoin. La même chose s'est produite pour un autre témoin. Après que les témoins de la poursuite eurent terminé leurs dépositions, le prévenu n'a fait aucune déclaration ni présenté aucune preuve. Le magistrat a alors renvoyé le prévenu à son procès. Il n'a ni limité ni restreint le contre-interrogatoire. L'avocat n'a pas cherché à contre-interroger sur le contenu des deux déclarations ni sur ce que les témoins se souvenaient de leur teneur. Il a simplement dit qu'il n'avait pas d'autres questions à poser.

Par suite d'une requête en *certiorari*, le Juge Milvain a annulé l'enquête préliminaire et le renvoi à procès. La Chambre d'appel¹, à la majorité, a infirmé cette décision et rétabli le renvoi du prévenu à son procès. Le présent pourvoi est pris avec la permission de cette Cour.

J'ai l'intention de limiter les présents motifs aux seuls points précis que soulève cette affaire, et de répéter ce sur quoi on a si souvent insisté, savoir qu'il n'y a qu'un seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès, c'est le défaut de compétence. Le refus du magistrat, à l'enquête préliminaire, d'ordonner la production de ces déclarations ne touche pas à la question de compé-

¹ (1969), 67 W.W.R. 483.

¹ (1969), 67 W.W.R. 483.

go to the question of jurisdiction. In the first place, I think that his ruling was correct and, further, even if it was in error that there would still be no problem of jurisdiction.

The reason for the quashing of the committal by Mailvain J. was that the refusal to order production constituted a denial of the right "of full cross-examination and consequently of natural justice." The right to cross-examine is given by s. 453(1) of the *Criminal Code* in these terms:

453. (1) When the accused is before a justice holding a preliminary inquiry, the justice shall

(a) take the evidence under oath, in the presence of the accused, of the witnesses called on the part of the prosecution and allow the accused or his counsel to cross-examine them.

By s. 10(1) of the *Canada Evidence Act*, the judge, "at any time during the trial", may require the production of a statement in writing given by a witness. The section reads:

10. (1) Upon any trial a witness may be cross-examined as to previous statements made by him in writing, or reduced to writing, relative to the subject-matter of the case, without such writing being shown to him; but, if it is intended to contradict the witness by the writing, his attention must, before such contradictory proof can be given, be called to those parts of the writing that are to be used for the purpose of so contradicting him; the judge, at any time during the trial, may require the production of the writing for his inspection, and thereupon make such use of it for the purposes of the trial as he thinks fit.

This power is given explicitly to a judge "at any time during the trial." It is not given to a magistrate during the conduct of a preliminary hearing. There is a real distinction here. The purpose of a preliminary inquiry is clearly defined by the *Criminal Code*—to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. It is not a trial and should not be allowed to become a trial. We are not concerned here with the power of a trial judge to compel production during the trial nor with the extent to which the prosecution, in fairness to an accused person, ought to make production after the preliminary hearing and before trial.

tence. D'abord, je crois que sa décision était bonne mais, même s'il s'était trompé, il n'y en aurait pas plus un problème de compétence.

Le Juge Milvain a annulé le renvoi du prévenu à son procès parce que, d'après lui, le refus d'ordonner la production des déclarations constituait une négation du droit à un contre-interrogatoire complet et par conséquent un déni de justice naturelle. L'art. 453(1) du *Code criminel* donne dans les termes suivants le droit de contre-interroger:

453. (1) Lorsque le prévenu est devant un juge de paix qui tient une enquête préliminaire, ce juge doit

(a) recueillir, en présence du prévenu, les dépositions sous serment des témoins appelés de la part de la poursuite et permettre au prévenu ou à son conseil de les contre-interroger.

En vertu de l'art. 10(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge peut «en tout temps au cours du procès» exiger la production d'une déclaration écrite d'un témoin. L'article se lit:

10. (1) Lors de tout procès, un témoin peut être interrogé contradictoirement au sujet des déclarations antérieures qu'il a faites par écrit, relativement au sujet de la cause, sans lui exhiber cet écrit; mais si l'on entend mettre le témoin en contradiction avec lui-même au moyen de cet écrit, l'on doit, avant de pouvoir établir cette preuve contradictoire, appeler son attention sur les parties de l'écrit qui doivent servir à le mettre ainsi en contradiction; et le juge peut en tout temps, au cours du procès, exiger l'écrit dans le but de l'examiner et en faire, dans la poursuite de la cause, l'usage qu'il croit convenable.

Cette faculté est accordée au juge «en tout temps, au cours du procès». Elle n'est pas donnée au magistrat au cours d'une enquête préliminaire. Il y a une vraie distinction à faire ici. Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un. Il ne s'agit pas ici de la faculté qu'a le juge du procès d'exiger la production de pièces au cours du procès, ni de la mesure où la poursuite, par loyauté envers le prévenu, doit la faire entre l'enquête préliminaire et le procès. Ce dernier sujet a fait

This is a subject which received some comment in the British Columbia Court of Appeal in *Reg. v. Lantos*², and Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 37th ed., para. 1393.

Even if the magistrate, on a preliminary inquiry, had the power to order production and failed to exercise it on request in a case where an appellate tribunal thinks that he ought to have exercised it, I would still hold that there was no jurisdictional defect. It would be no more than error in the exercise of jurisdiction.

I would dismiss the appeal.

HALL J.—The definitive statement relating to *certiorari* was made by Lord Sumner in *Rex v. Nat Bell Liquors, Limited*³, where at p. 156 he said:

That the superior Court should be bound by the record is inherent in the nature of the case. Its jurisdiction is to see that the inferior Court has not exceeded its own, and for that very reason it is bound not to interfere in what has been done within that jurisdiction, for in so doing it would itself, in turn, transgress the limits within which its own jurisdiction of supervision, not of review, is confined. *That supervision goes on two points: one is the area of the inferior jurisdiction and the qualifications and conditions of its exercise; the other is the observance of the law in the course of its exercise.* (Emphasis added)

Applying this statement to the instant case requires a consideration of whether on the record it appears that learned counsel for the appellant was actually deprived of his lawful right to cross-examine the two witnesses in question given by s. 453(1)(a) of the *Criminal Code*. If that was what happened, I would agree with my brother Spence that the committal for trial should be quashed. However, on the record I am unable to come to such a conclusion. What the record shows is as stated by my brother Judson that when the magistrate said he could not order production of the statement which counsel had asked for, counsel closed his cross-examination

l'objet d'observations de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Reg. v. Lantos*² et d'Archbold dans *Criminal Pleadings Evidence and Practice*, 37^e éd., par. 1393.

Même si le magistrat avait, à l'enquête préliminaire, la faculté d'exiger la production et qu'il ait manqué d'exercer cette faculté dans une situation où le tribunal d'appel juge qu'il aurait dû le faire, je penserais quand même qu'il n'y a pas eu vice de compétence. Ce ne serait rien d'autre qu'une erreur dans l'exercice de la compétence.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE HALL—La règle définitive en matière de *certiorari* a été énoncée par Lord Sumner dans l'affaire *Rex v. Nat Bell Liquors, Limited*³, quand il a dit à la p. 156:

[TRADUCTION] Que le Tribunal supérieur soit lié par ce qui se trouve au dossier est inhérent à la nature même de l'affaire. Sa compétence consiste à s'assurer que le tribunal inférieur n'a pas outrepassé la sienne. Pour ce motif, il se doit de ne pas toucher à ce que le tribunal inférieur a fait dans les limites de sa propre compétence, parce que s'il le faisait il se trouverait à outrepasser les limites du droit de regard qu'il possède, lequel n'est pas un droit de revision. *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.*

(Les italiques sont de moi.)

L'application de cette règle à la présente affaire exige que l'on détermine s'il ressort du dossier que la savant avocat de l'appelant a été, de fait, privé du droit que lui accorde l'art. 453(1)(a) du *Code criminel*, de contre-interroger les deux témoins en question. Si tel était le cas, je serais d'accord avec mon collègue le Juge Spence que le renvoi à procès devrait être cassé. Toutefois, d'après le dossier, je ne puis conclure que tel est le cas. Ce qui ressort du dossier, comme le signale mon collègue le Juge Judson, c'est que, lorsque le Magistrat a dit qu'il ne pouvait pas exiger la production des déclarations que réclamait l'avocat, ce dernier a mis fin au contre-interrogatoire

² (1963), 45 W.W.R. 409, 42 C.R. 273, [1964] 2 C.C.C. 52.

³ [1922] 2 A.C. 128, 37 C.C.C. 129, [1922] 2 W.W.R. 30, 65 D.L.R. 1.

² (1963), 45 W.W.R. 409, 42 C.R. 273, [1964] 2 C.C.C. 52.

³ [1922] 2 A.C. 128, 37 C.C.C. 129, [1922] 2 W.W.R. 30, 65 D.L.R. 1.

of the first witness. The same procedure was followed with the second witness. Counsel made no attempt to elicit from the witnesses what the statements given by them contained or whether the evidence then being given was at variance with what was contained in the statements. Had counsel pursued the cross-examinations further he might well have made out a case for the immediate production of the statements.

I am unable to accede to the view that an accused or counsel for an accused at a preliminary hearing is under no circumstances entitled to production of statements given by witnesses for the prosecution who are then being cross-examined. It is my view that if production of a statement made by a witness then under cross-examination at a preliminary hearing is shown to be essential to the full exercise of the right to cross-examine, then a refusal to order production could result in a denial of natural justice, and such a denial would, within the language of Lord Sumner quoted above, be a failure in the observance of the law in the course of exercising jurisdiction, but that was not the situation here.

I agree with my brother Judson that s. 10(1) of the *Canada Evidence Act* has no application to the situation under review here. It has nothing to do with the right to production generally or as to the time when a witness' statement in the hands of the prosecution should be made available to the defence.

I would dismiss the appeal.

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta⁴ pronounced on February 14, 1969. In that judgment the Appellate Division, by a majority, granted an appeal from the order of Mr. Justice Milvain (as he then was) pronounced on December 3, 1968. By the latter order, Milvain J. had quashed the committal for trial of the appellant. I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother, Mr. Justice Judson, and I therefore shall not repeat references to the facts except where some extension is required

du premier témoin. Il a fait de même avec le second témoin. L'avocat n'a pas tenté de faire dire aux témoins ce que contenaient les déclarations qu'ils avaient faites, ni de savoir si leurs témoignages à l'enquête différaient du contenu de leurs déclarations. Si l'avocat avait continué les contre-interrogatoires, il aurait probablement établi son droit d'obtenir la production immédiate des déclarations.

Je ne puis me ranger à l'avis que le prévenu, ou son avocat, n'a jamais droit, à l'enquête préliminaire, d'exiger, lors du contre-interrogatoire de témoins de la poursuite, la production de déclarations qu'ils ont faites. Je suis d'avis que si la production d'une déclaration d'un témoin de la poursuite qui subit un contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire, s'avère essentielle à l'exercice du droit de procéder à un contre-interrogatoire complet, le refus d'ordonner la production pourrait constituer un déni de justice. Un tel déni de justice serait, d'après les termes dont s'est servi Lord Sumner et que j'ai cités plus haut, un défaut d'observer la loi dans l'exercice de sa compétence; mais tel n'est pas le cas ici.

Je suis d'accord avec mon collègue le Juge Judson que l'art. 10(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'applique pas à l'affaire qui nous occupe. Il n'a rien à voir au droit d'exiger la production de pièces en général, ni au moment où il faut mettre à la disposition de la défense une déclaration d'un témoin qui se trouve en possession de la poursuite.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE SPENCE (*dissent*)—Le pourvoi est à l'encontre d'un jugement de la Chambre d'appel de la Cour Suprême d'Alberta⁴ rendu le 14 décembre 1969. Par cette décision, la Chambre d'appel a accueilli, à la majorité, l'appel à l'encontre d'une ordonnance du Juge Milvain (alors juge puîné) rendue le 3 décembre 1968. Par cette ordonnance, le juge Milvain avait cassé le renvoi de l'appellant à son procès. J'ai eu le privilège de lire les motifs de jugement de mon collègue, le Juge Judson; je ne répéterai donc pas l'énoncé des faits, sauf s'il est nécessaire de les détailler quelque peu en vue d'exposer les présents motifs.

⁴ (1969), 67, W.W.R. 483.

⁴ (1969), 67 W.W.R. 483.

for the purpose of these reasons. With all deference, I must, however, differ from his opinion that the appeal should be dismissed.

It is not my intention to consider the effect of s. 10(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1952, c. 307, as that section is, by its express words, confined to a trial, and what is here in issue is the conduct of the preliminary hearing. Nor am I concerned with the provisions of s. 512 of the *Criminal Code* dealing with material which the accused is entitled to inspect after he has been committed for trial. In my opinion, the appellant's case is based solely on the provisions of s. 453(1)(a) of the *Criminal Code*, which reads:

453. (1) When the accused is before a justice holding a preliminary inquiry, the justice shall

(a) take the evidence under oath, in the presence of the accused, of the witnesses called on the part of the prosecution and allow the accused or his counsel to cross-examine them.

(The underlining is my own.)

*Mahadeo v. R.*⁵ is concerned with the conduct of the trial but the pronouncement made by Sir Sidney Rowlatt at pp. 816 and 817 in reference to the right of cross-examination and the production of documents for that purpose are relevant. There the learned Law Lord said:

There is no question but that they ought to have been produced, and their Lordships can find no impropriety in the letter asking for their production. It is true that upon cross-examination without the statements Sukraj admitted that he had at first put forward a story of suicide. But it is obvious that counsel defending the appellant was entitled to the benefit of whatever points he could make out of a comparison of the two documents *in extenso* with the oral evidence given and an examination of the circumstances under which the statements of the witnesses changed their purport.

Again, in *Regina v. Churchman and Durham*⁶, Label J. at p. 93, said:

At a preliminary hearing an accused person is always entitled to cross-examine for the purpose of

En toute déférence, je ne puis toutefois partager son opinion, à savoir que le pourvoi devrait être rejeté.

Je n'ai pas l'intention d'étudier la portée de l'art. 10(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1952, c. 307, puisque cet article, par ses termes mêmes, s'applique uniquement au procès et qu'il s'agit ici de la conduite de l'enquête préliminaire. Je ne m'arrête pas non plus à l'art. 512 du *Code criminel* qui traite des pièces et procédures que l'accusé a le droit d'examiner après avoir été renvoyé à son procès. A mon avis, la cause de l'appelant se fonde seulement sur l'art. 453(1)(a) du *Code criminel*, qui se lit comme il suit:

453. (1) Lorsque le prévenu est devant un juge de paix qui tient une enquête préliminaire, ce juge doit

(a) recueillir, en présence du prévenu, les dépositions sous serment des témoins appelés de la part de la poursuite et permettre au prévenu au à son conseil de les contre-interroger; et . . .

(Les soulignés sont de moi.)

L'affaire *Mahadeo v. R.*⁵ se rapporte à la tenue du procès, mais l'énoncé qu'y fait sir Sidney Rowlatt aux pp. 816 et 817 au sujet du droit de contre-interroger et de faire produire des documents à cette fin est pertinent. Le savant Lord juge dit:

[TRADUCTION] Il n'y a nul doute qu'elles auraient dû être produites et leurs Seigneuries ne trouvent aucune inconvenance à la lettre qui en demandait la production. Il est vrai qu'en contre-interrogatoire même sans les déclarations, Sukraj a admis avoir d'abord prétendu qu'il s'agissait d'un suicide. Il est cependant clair que l'avocat qui défendait l'appelant avait le droit de profiter de tous les avantages qu'il pouvait tirer de la comparaison des deux déclarations au long avec les témoignages oraux et de l'examen des circonstances entourant la modification de la teneur des déclarations des témoins.

Dans l'affaire *Regina v. Churchman and Durham*⁶, le Juge Label dit à la p. 93:

[TRADUCTION] A l'enquête préliminaire, le prévenu a toujours le droit de contre-interroger dans le but de

⁵ [1936] 2 All. E.R. 813.

⁶ [1955] O.W.N. 90, 20 C.R. 137, 110 C.C.C. 382.

⁵ [1936] 2 All E.R. 813.

⁶ [1955] O.W.N. 90, 20 C.R. 137, 110 C.C.C. 382.

demolishing the Crown's case then and there if he can, or, as more frequently happens, for the purpose of demolishing it later at the trial, and where the defence is misidentification he is entitled to the widest latitude in delving into the circumstances of the alleged identification.

I should point out that the issue of identification is an issue in the prosecution of this appellant.

I take it as firmly established and need cite no further authority that the right of cross-examination conferred by s. 453(1)(a) is a right to full, detailed and careful cross-examination, and, as pointed out in the two cases which I have cited, a failure to permit that cross-examination is a failure to accord the accused an important right granted him by the provisions of the *Criminal Code* and, as I wish to extend hereafter, a denial of jurisdiction by the magistrate. That right could not be exercised when the Crown refused to permit counsel for the accused to peruse and use in his cross-examination of the complainant and the second witness the statements in writing which they had previously signed.

The question, therefore, in my view is resolved into whether or not *certiorari* should be granted to bring the record before the Supreme Court and to quash the preliminary hearing. Preliminary hearings, despite the authorities to which I shall refer hereafter, have been quashed in Canada. *Regina v. Churchman and Durham*, *supra*, is only one example. In *Re Shumiatcher*⁷, the Saskatchewan Court of Appeal were called upon to consider an application for *certiorari* to quash not only the committal for trial but the indictment of an accused person. Culliton J.A., giving reasons for the Court, refused to quash an indictment holding that the Court of Queen's Bench, before whom the indictment had been laid, was a Court of co-ordinate jurisdiction and that, therefore, *certiorari* did not lie to that court. But in his reasons he made it quite plain that if the application had been taken immediately after the committal for trial by the magistrate where the court would have been

démolir la preuve de la poursuite immédiatement ou, ce qui est plus fréquent, dans le but de la démolir au procès. Si sa défense est une erreur d'identification, il jouit de la plus grande latitude possible dans la recherche des circonstances de la prétendue identification.

Je dois faire observer que l'identification de l'appelant est en cause dans cette poursuite.

Je considère comme certain, sans avoir à citer d'autres précédents, que le droit de contre-interroger qu'accorde l'art. 453(1) (a) est celui de faire un contre-interrogatoire complet, détaillé et minutieux. Comme le mentionnent les deux jugements que je viens de citer, refuser de permettre un tel contre-interrogatoire c'est priver le prévenu d'un droit important que les dispositions du *Code criminel* lui donnent et, comme je le dirai plus loin, cela constitue un refus du Magistrat d'exercer sa compétence. Ce droit, le prévenu n'a pu en jouir quand la poursuite a refusé à l'avocat le droit de prendre connaissance des déclarations écrites qu'avaient déjà faites la dénonciatrice et l'autre témoin et de les utiliser en contre-interrogatoire.

Le problème se résume donc, à mon avis à savoir s'il faut accorder le *certiorari* pour transmettre le dossier à la Cour suprême et casser l'enquête préliminaire. En dépit des précédents que je citerai plus loin, il y a déjà eu des enquêtes préliminaires qui ont été cassées au Canada. L'affaire *Regina v. Churchman and Durham*, précitée, en est un exemple. Dans l'affaire *Re Shumiatcher*⁷, la Cour d'appel de la Saskatchewan avait à se prononcer sur une demande de *certiorari* pour annuler non seulement le renvoi du prévenu à son procès mais également l'acte d'accusation. Le Juge d'appel Culliton, en donnant les motifs de la Cour, a refusé d'annuler l'acte d'accusation, jugeant que la Cour du Banc de la Reine, où l'accusation avait été portée, était un tribunal de compétence égale à la Cour d'appel et qu'en conséquence il ne pouvait y avoir lieu à *certiorari* devant la Cour d'appel. Dans ses motifs, il dit clairement cependant, que si l'on avait présenté la demande

⁷ (1961), 131 C.C.C. 112, 36 C.R. 322, (1961-62), 36 W.W.R. 301.

⁷ (1961), 131 C.C.C. 112, 36 C.R. 322, (1961-62), 36 W.W.R. 301.

concerned with the committal only and not with an indictment, the court would have considered such an application, and, further, that the court upon such a consideration would have had a right to consider the evidence given upon a preliminary hearing.

In the present case the application for *certiorari* was made by virtue of Rule 865 of the Consolidated Rules of Court of the Supreme Court of Alberta, which provides in subs. (1):

Upon receiving the notice so endorsed the magistrate, justice or justices, coroner, officer or clerk, shall return forthwith to the office mentioned therein the conviction, order, warrant, or inquisition, together with the information and evidence, if any, and all things touching the matter and the notice served upon him

(The underlining is my own.)

Culliton J.A., in so deciding, quoted and accepted the judgment of Williams C.J.Q.B., in *R. v. Schellenberg*⁸, where the learned Chief Justice said at p. 134:

I have examined all the cases that were cited to me, together with a great many others, and I have come to the conclusion that this is a case in which *certiorari* will lie and that I have a right and indeed, a duty, to look at the evidence taken before the committing Magistrate.

The view that *certiorari* should not be granted to quash a committal for trial relies on the authority of the *Queen v. The Justices of the County of Roscommon*⁹, and particularly on the judgments of Sir Peter O'Brien C.J., at p. 173:

The granting of the writ now sought for would, in my opinion, be fraught with inconvenience and mischief. It would cause great delay and embarrassment in the administration of the law . . . considerations of hardship are far more than counterbalanced by consideration of convenience. The decision of the magistrate is not in such cases final.

immédiatement après que le Magistrat eut renvoyé le prévenu à son procès, alors la Cour aurait eu à considérer un renvoi à procès seulement et non un acte d'accusation. Elle aurait alors pu recevoir la demande et étudier la preuve présentée à l'enquête préliminaire.

Dans la présente affaire, la demande de *certiorari* se fonde sur la règle n° 865 des Règles de pratique codifiées de la Cour Suprême de l'Alberta, dont le par. (1) prévoit:

[TRADUCTION] Sur réception de l'avis avec la mention prescrite, le magistrat, le ou les juges, le coroner, le fonctionnaire ou le greffier doit transmettre immédiatement au greffe y mentionné, la déclaration de culpabilité, l'ordonnance, le mandat, ou le rapport avec la dénonciation et *la preuve*, si preuve il y a, et toutes choses relatives à l'affaire avec l'avis qui lui a été signifié . . .

(Les italiques sont de moi.)

En adoptant cette solution, le Juge d'appel Culliton cite et suit la décision du Juge en chef Williams de la Cour du Banc de la Reine dans l'affaire *R. v. Schellenberg*⁸, où le savant Juge en chef dit à la p. 134:

[TRADUCTION] J'ai étudié toutes les causes qu'on m'a citées et beaucoup d'autres; j'en arrive à la conclusion qu'il y a lieu ici à *certiorari* et que j'ai le droit, et bien plus, le devoir d'examiner la preuve soumise au magistrat qui a renvoyé le prévenu à son procès.

L'opinion que l'on ne devrait pas annuler par *certiorari* le renvoi d'un prévenu à son procès s'appuie sur l'affaire *The Queen v. The Justices of the County of Roscommon*⁹, spécialement sur les motifs du Juge en chef sir Peter O'Brien à la p. 173:

[TRADUCTION] Accorder le bref qu'on nous demande serait, à mon avis, la source d'inconvénients et d'embarras. Cela entraînerait beaucoup de retard et de confusion dans l'administration de la justice . . . Les inconvénients à prévoir l'emportent de beaucoup sur les tracas à éviter. La décision du magistrat dans les affaires de ce genre n'est pas définitive.

⁸ (1958), 122 C.C.C. 132, 66 Man. R. 305, 29 C.R. 158, 26 W.W.R. 374.

⁹ [1894] 2 I.R. 158.

⁸ (1958), 122 C.C.C. 132, 66 Man. R. 305, 29 C.R. 158, 26 W.W.R. 374.

⁹ [1894] 2 I.R. 158.

And of O'Brien J. at p. 176:

It is perfectly alarming to think of the consequence, if in the common tendency, out of a desire to meet a case of flagrant wrong or injustice, to push the law into new and unknown applications, such a fatal invasion of it were allowed. The precedent, as the learned Attorney-General could not but foresee, would be applied to other and different cases. Other people would come here. It is needless, in a law-abiding country, to specify a class who would be frequent in their attention to the Queen's Bench. But in the case of a powerful or wealthy offender he would have a thousand chances against justice. All that money and influence, and power and false art could do under the urgency of the strongest of human motives—the desperation of a struggle for reputation, liberty, or life—would be brought to bear, to the last extremity, to avert, or postpone, or prejudice prosecutions, until, in fact, the criminal law was choked in the fountain.

I am doubtful of the persuasive effect of a judgment given in Ireland in the troubled times of 1894 to guide the administration of the criminal law in Canada in 1968-69, but, in addition, would point out that Ruttan J. in *Re Popoff*¹⁰, regarded the statements therein only as dicta and that view was quoted with approval by Culliton J.A., in *Re Shumiatcher, supra*, at p. 117. Harvey C.J.A., in *Rex v. Solloway and Mills*¹¹, spoke of the importance to the accused of a complete preliminary inquiry:

It is true that a preliminary inquiry is not a trial and the outcome not being necessarily final is not as serious as a trial but it may be a final disposition if no case is made out and the defence ought to be given a fair chance by cross-examination of Crown witnesses or production of evidence to show, if it can, that what might otherwise appear to be a *prima facie* case of guilt should have an innocent construction placed upon it. As Mr. McGillivray has said, under our system of jurisprudence guilt is never presumed but the Crown authorities after months of investigation of the defendants' records have found something, which to them, furnishes evidence of guilt and which, without explanation,

Le Juge O'Brien dit à la p. 176:

[TRADUCTION] On devient extrêmement inquiet en songeant aux conséquences de cette fatale illégalité si, cédant à une tendance fréquente, on allait, dans le dessein d'éviter une injustice flagrante, entraîner la justice dans des voies nouvelles et inconnues. Ce précédent, comme le savant procureur-général n'a pu manquer de le prévoir, s'appliquerait à des affaires d'une autre sorte. D'autres personnes se présenteraient ici. Il est inutile, dans une société respectueuse des lois, de préciser quelle classe de citoyens s'adresserait souvent à la Cour du Banc de la Reine. Le criminel riche ou puissant aurait mille chances de triompher de la justice. Tout ce que la richesse, l'influence, le pouvoir et l'artifice peuvent faire sous l'impulsion du motif le plus fort, l'angoisse de la lutte pour l'honneur, la liberté ou la vie, serait mis en œuvre jusqu'à la dernière extrémité pour faire échouer les poursuites, les retarder ou les entraver, jusqu'à ce que la justice soit étranglée à sa source.

Je mets en doute la valeur d'un jugement rendu en Irlande, à l'époque troublée en 1894, comme règle d'administration de la justice pénale au Canada en 1968 et 1969. Je ferai remarquer, de plus, que le Juge Ruttan, dans l'affaire *Re Popoff*¹⁰, n'a considéré ces énoncés que comme *obiter dicta*, et que le Juge d'appel Culliton a repris cette opinion dans l'affaire *Re Shumiatcher* précitée (à la p. 117). Le Juge en chef Harvey, de la Chambre d'appel, dans l'affaire *Rex v. Solloway and Mills*¹¹, a traité de l'importance pour l'accusé d'une enquête préliminaire complète:

[TRADUCTION] Il est vrai qu'une enquête préliminaire n'est pas un procès; son résultat n'étant pas nécessairement définitif, elle n'est pas aussi grave qu'un procès. Cependant son résultat peut être définitif s'il y a absence de preuve. La défense doit avoir une occasion raisonnable de démontrer, soit par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite, soit par une preuve contraire, que ce qui est à première vue une indication de culpabilité doit s'interpréter en faveur du prévenu. Comme M. McGillivray l'a dit, dans notre système juridique il n'y a jamais de présomption de culpabilité, mais après des mois d'étude des dossiers des prévenus la poursuite a trouvé ce qui, d'après elle, prouve leur

¹⁰ (1959), 124 C.C.C. 115, 30 C.R. 354, 28 W.W.R. 317.

¹¹ (1930), 53 C.C.C. 180 at 181, 24 Alta. L.R. 404, [1930] 1 W.W.R. 486.

¹⁰ (1959), 124 C.C.C. 115, 30 C.R. 354, 28 W.W.R. 317.

¹¹ (1930), 53 C.C.C. 180 à 181, 24 Alta. L.R. 404, [1930] 1 W.W.R. 486.

might justify the sending of the defendants to a higher Court. If upon a trial later, they were found "not guilty" they would have suffered, for which they would have no redress, not merely the great expense involved in their defence, and perhaps other financial loss and the injury to their reputation temporary, if not even permanent, but also the mental anxiety of which there can be no monetary measure.

I agree that *certiorari* will not lie merely to correct errors made by a magistrate in the performance of his duties, nor to permit a review of the exercise of the magistrate's discretion as to whether or not the accused should be committed for trial. I am, however, of the view that *certiorari* does lie to quash a magistrate's committal for trial when he has exceeded his jurisdiction or when he has refused to exercise his jurisdiction. In the *Queen v. Marsham*¹², Lord Halsbury said, at p. 375:

The Divisional Court refused to grant a rule for a mandamus upon the ground that, whether the magistrate was right or wrong, all he did (upon the hypothesis of his being wrong) was improperly to reject evidence, and that the proper remedy being by appeal, the Court could not interfere by mandamus. No doubt a magistrate may improperly reject evidence, and the Court may be unable to set him right, and the question is, whether this case comes within that category. I think that it does not; the act of the magistrate was not a mere rejection of evidence, but amounted to a declining to enter upon an inquiry on which he was bound to enter; he has not merely rejected evidence, but has declined jurisdiction, and, therefore, the right of the applicants to call upon him to exercise his jurisdiction is enforceable by mandamus.

In that case the magistrate had refused to hear defence evidence that part of the sum which the Lewisham District Board of Works claimed from the defendant as a proportionate part of the expenses for paving a new street were not in fact such expenses. Lord Esher, M.R., said at p. 378:

Now, the form in which he is said to have declined jurisdiction is, that he refused to hear certain evidence which was tendered before him, and it is suggested on behalf of the board that such refusal,

culpabilité, et qui si le fait n'est pas expliqué peut justifier le renvoi des prévenus devant un tribunal supérieur. Si plus tard, au procès, ils sont acquittés, ils auront subi sans recours possible non seulement les frais onéreux de leur défense mais possiblement d'autres pertes financières, une atteinte à leur réputation, temporaire ou même permanente, en outre de l'angoisse morale qui ne s'évalue pas en argent.

Je conviens qu'il n'y a pas lieu à *certiorari* s'il s'agit simplement de corriger des erreurs du magistrat dans l'exercice de ses fonctions ou pour permettre de reviser l'exercice par le magistrat de son pouvoir discrétionnaire de renvoyer ou non le prévenu à son procès. Je suis cependant d'avis qu'il y a lieu à *certiorari* en vue de casser le renvoi du prévenu à son procès quand le magistrat a outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer. Dans l'affaire *The Queen v. Marsham*¹², Lord Halsbury dit à la p. 375:

[TRADUCTION] La *Divisional Court* a refusé un *mandamus* sous prétexte que, peu importe que le magistrat ait eu tort ou raison, tout ce qu'il a fait, en supposant qu'il ait eu tort, c'est de refuser erronément une preuve; étant donné que le recours indiqué est l'appel, la Cour ne peut pas agir par *mandamus*. Il n'y a pas de doute qu'un magistrat peut refuser à tort une preuve et que la Cour peut être dans l'impossibilité de le corriger, mais la question est de savoir si cette affaire-ci tombe dans cette catégorie-là. Je ne le crois pas. La conduite du magistrat n'est pas seulement un refus d'admettre une preuve, mais elle équivaut au refus de procéder à une enquête qu'il avait le devoir de faire; il n'a pas simplement refusé de recevoir une preuve, il a refusé d'exercer sa juridiction. Par conséquent, les demandeurs ont droit au *mandamus* pour exiger de lui qu'il l'exerce.

Dans cette affaire-là, le magistrat avait refusé d'entendre la preuve de la défense à l'effet que le montant réclamé du défendeur par le Lewisham District Board of Works, comme sa part dans la répartition des frais de pavage d'une nouvelle rue, représentait en partie une somme qui n'avait pas de fait été utilisée à cette fin. Lord Esher, Maître des rôles, dit à la p. 378:

[TRADUCTION] Maintenant, la manière dont il aurait, dit-on, refusé d'exercer sa juridiction aurait consisté à refuser d'entendre une preuve qu'on voulait faire. Les représentants de la Commission prétendent que

¹² [1892] 1 Q.B. 371, 61 L.J.M.C. 52, 65 L.T. 778.

¹² [1892] 1 Q.B. 371, 61 L.J.M.C. 52, 65 L.T. 778.

at the most, only amounted to a wrongful refusal to receive evidence, and not to a declining of jurisdiction. The distinction between the two is sometimes rather nice; but it is plain that a judge may wrongly refuse to hear evidence upon either of two grounds: one, that even if received the evidence would not prove the subject-matter which the judge was bound to inquire into; the other, that whether the evidence would prove the subject-matter or not, the subject-matter itself was one into which he had no jurisdiction to inquire. In the former case the judge would be wrongly refusing to receive evidence, but would not be refusing jurisdiction, as he would in the latter. Here the magistrate does not say that the evidence tendered would not prove the fact that the claim of the board included matters outside the statute; he has refused to hear the evidence, even though it would prove that fact; he has, therefore declined jurisdiction.

Those statements were accepted in this Court in *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Company*¹³. Applying them to the present case I am of the opinion that when the magistrate refused to require the production of the statements made by the complainant and her witness so the counsel for the accused, the present appellant, could use them in cross-examination of such witnesses, he not merely made an error in the exercise of his jurisdiction but he declined jurisdiction. The present Chief Justice in this Court said in *Smith v. The Queen*¹⁴:

As to the suggestion that the writ of *certiorari* should be refused in this case as a matter of discretion, in my opinion the rule by which the Court should be guided is accurately stated in the following passage in Halsbury's Laws of England, 3rd ed., vol. 11, p. 140:

Although the order is not of course it will though discretionary nevertheless be granted *ex debito justitiae*, to quash proceedings which the Court has power to quash, where it is shown that the Court below has acted without jurisdiction or in excess of jurisdiction, if the application is made by an aggrieved party and not merely by one of the public and if the conduct of the party applying has not been such as to disentitle him to relief; . . .

ce refus n'est tout au plus qu'un refus erroné de recevoir une preuve et non un refus d'exercer sa juridiction. La distinction entre les deux est plutôt subtile, mais il est certain qu'il peut arriver qu'un juge refuse à tort d'entendre une preuve pour l'un ou l'autre des motifs suivants: soit que la preuve, s'il la permettait, n'établirait pas ce sur quoi le juge doit enquêter, soit que peu importe que la preuve soit concluante ou non, elle porte sur une question dont le juge n'a pas juridiction de connaître. Dans le premier cas, le juge refuse à tort d'entendre la preuve, mais il ne refuse pas d'exercer sa juridiction tandis qu'il le fait dans le second cas. Ici le magistrat ne dit pas que la preuve qu'on voulait présenter n'aurait pas démontré que la réclamation de la Commission portait sur des dépenses que la Loi n'autorisait pas. Il a refusé d'entendre la preuve même si elle devait être concluante. Il a donc refusé d'exercer sa juridiction.

Cette Cour a suivi ces principes dans l'affaire *Toronto Newspaper Guild c. Globe Printing Company*¹³. Les appliquant à la présente affaire, je suis d'avis que lorsqu'il a refusé d'ordonner la production des déclarations de la dénonciatrice et de son témoin afin de permettre à l'avocat du prévenu, l'appelant en cette Cour, de s'en servir pour contre-interroger ces témoins, le Magistrat n'a pas simplement commis une erreur dans l'exercice de sa juridiction, il a refusé de l'exercer. Le Juge en chef actuel de cette Cour a dit, dans l'affaire *Smith c. la Reine*¹⁴:

[TRADUCTION] Quant à la prétention qu'il faut refuser le bref de *certiorari* dans la présente affaire parce qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, Halsbury donne exactement, à mon avis, la règle qui doit guider la Cour dans le passage suivant de *Laws of England*, 3^e éd., vol. 11, p. 140:

[TRADUCTION] Bien que le bref ne soit pas accordé de plein droit, il sera, quoique discrétionnaire, accordé *ex debito justitiae*, pour annuler des procédures que la Cour a le droit d'annuler, s'il appert que le tribunal inférieur a agi sans juridiction ou outrepassé sa juridiction, quand la demande en est faite par une partie lésée et non un demandeur quelconque et que la conduite du demandeur lui-même ne le prive pas de recours . . .

¹³ [1953] 2 S.C.R. 18, 106, C.C.C. 225, [1953] 3 D.L.R. 561.

¹⁴ [1959] S.C.R. 638 at 651, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.

¹³ [1953] 2 R.C.S. 18, 106 C.C.C. 225, [1953] 3 D.L.R. 561.

¹⁴ [1959] R.C.S. 638 à 651, 30 C.R. 230, 124 C.C.C. 71, 22 D.L.R. (2d) 129.