

Dale Stuart Elliott *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: May 3; 1977: December 20.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Accused charged with conspiring to traffic in MDA, trafficking in MDA and having MDA in possession for purpose of trafficking — Appeal by Crown against acquittals on first and third counts and appeal by accused against conviction on second count — Conspiracy appeal dismissed — Conviction of accused set aside and acquittal entered because evidence disclosed accused trafficked in salt of MDA but not in MDA itself — Application to amend third count to charge possession of a salt of MDA for purpose of trafficking — Amendment allowed and new trial ordered on third count as amended — Whether Court of Appeal erred in amending third count — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529, 610, 613(8).

The appellant and another were tried on an indictment containing three counts, namely, (1) conspiring to traffic in a restricted drug, methylenedioxyamphetamine (MDA); (2) trafficking in MDA, and (3) having MDA in possession for the purpose of trafficking. They were both acquitted of the conspiracy charge, the appellant alone was convicted on the second charge of trafficking but he was subsequently acquitted on the third charge of possession for the purpose of trafficking, the acquittal being based on the application by the trial judge of *res judicata* and of the principle in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. Proceedings against his co-accused on the third count were stayed.

The Crown appealed the acquittals on counts 1 and 3, and the accused appealed his conviction on count 2. The conspiracy appeal was dismissed. On the appellant's appeal from his conviction of trafficking in MDA, the conviction was set aside and an acquittal entered because the evidence disclosed that the accused trafficked in a salt of MDA but not in MDA itself. The Court concluded that since the Crown had charged the

Dale Stuart Elliott *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: 3 mai; 1977: 20 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Droit criminel — Accusé inculpé d'avoir comploté en vue de faire le trafic de MDA, d'avoir fait le trafic de MDA et d'avoir eu en sa possession du MDA pour en faire le trafic — Appel du ministère public des acquittements prononcés sur les premier et troisième chefs et appel de l'accusé de sa déclaration de culpabilité sur le deuxième chef — Appel portant sur l'accusation de complot rejeté — Déclaration de culpabilité de l'accusé annulée et acquittement prononcé parce que la preuve établit que l'accusé a fait le trafic de sel de MDA et non de MDA proprement dit — Demande de modification du troisième chef afin d'inculper l'appellant de possession de sel de MDA pour en faire le trafic — Modification autorisée et nouveau procès ordonné sur le troisième chef ainsi modifié — La Cour d'appel a-t-elle erré en modifiant le troisième chef? — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 529, 610, 613(8).

L'appellant et une autre personne ont été jugés sur un acte d'accusation contenant trois chefs d'accusations, à savoir, (1) d'avoir comploté en vue de faire le trafic d'une drogue d'usage restreint, la méthylendioxyamphetamine (MDA); (2) d'avoir fait le trafic de MDA et (3) d'avoir eu en leur possession du MDA pour en faire le trafic. Ils ont tous deux été acquittés de l'accusation de complot; seul l'appellant a été déclaré coupable d'avoir fait le trafic, sur le deuxième chef, mais il a été acquitté, sur le troisième chef, de l'accusation de possession aux fins de faire le trafic; pour l'acquitter le juge du procès a appliqué le principe de chose jugée et le principe énoncé dans *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Les procédures intentées contre son co-accusé sur le troisième chef ont été suspendues.

Le ministère public a interjeté appel des acquittements prononcés sur les chefs 1 et 3, et l'accusé de sa déclaration de culpabilité sur le 2^e chef. L'appel contre l'accusation de complot a été rejeté. L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité d'avoir fait le trafic de MDA; la Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement au motif que la preuve établissait que l'accusé avait fait le trafic de sel

appellant with trafficking in a specific drug, MDA, proof of MDA was an essential element of the offence. The Court rejected the contention that the relevant provisions of the statute, the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, listing among the restricted drugs "MDA or any salt thereof" embraced any salt of MDA in a charge that specified MDA only. McIntyre J.A., speaking for the majority of the Court, considered that an amendment to the indictment, even after the hearing of the appeal, would have been appropriate. However, an amendment was not sought and the Court decided that an acquittal had to be entered.

When the Crown's appeal from the acquittal of the appellant on the third count of possession for the purpose of trafficking came on for hearing the Court was differently constituted. The Crown, on the appeal, applied to amend the third count to charge possession of a salt of MDA for the purpose of trafficking. The Court allowed the amendment, allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and directed a new trial on the third count as amended. From that judgment the appellant appealed to this Court.

Held (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: The only issue before this Court on the present appeal was whether the Court of Appeal exceeded its powers when it amended the third count of the indictment in such fashion as to conform to the evidence by adding a particular which had not been included in that count as originally drawn, upon which the appellant had been acquitted. Having regard to the extensive activities which the appellant was found to have been conducting in the manufacture of MDA hydrochloride, it could not be suggested that the appellant was in any way misled by the fact that that salt was not mentioned in the particulars. He knew in any event that he was being charged with possession of a restricted drug for the purpose of trafficking.

In directing a new trial, MacLean J.A. incorporated the amendment to the information in his order as he felt that the ends of justice required him to do. In granting this order the Court of Appeal was acting pursuant to the provisions of s. 613(4)(b) and (8) of the *Criminal Code*. The appellant's contention that the order for a new trial could not have been made unless the amendment had been granted and that the amendment was therefore not an order "in addition" to the exercise of

de MDA et non de MDA proprement dit. La Cour a jugé que, puisque le ministère public accusait l'appellant d'avoir fait le trafic d'une drogue précise, la MDA, cette drogue était un élément essentiel de l'infraction. La Cour a rejeté la prétention voulant que les dispositions pertinentes de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, qui inclut la «MDA ou tout sel de cette substance» parmi les drogues d'usage restreint, englobent tout sel de MDA dans une accusation qui ne mentionne que la MDA. Parlant au nom de la majorité de la Cour, le juge McIntyre a dit que la modification de l'acte d'accusation, même après l'audition de l'appel, aurait été appropriée. Cependant, puisqu'aucune demande n'avait été faite, la Cour a conclu qu'il fallait inscrire un acquittement.

Lorsque l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittal de l'appellant sur le troisième chef d'avoir fait le trafic a été entendu, la composition de la Cour était différente. En appel, le ministère public a demandé l'autorisation de modifier le troisième chef afin d'inculper l'appellant de possession de sel de MDA aux fins d'en faire le trafic. La Cour a autorisé la modification, accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittal et ordonné un nouveau procès sur le troisième chef ainsi modifié. L'appellant a interjeté appel de cette décision devant la présente Cour.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Le seul point en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a outrepassé ses pouvoirs en autorisant la modification du troisième chef de l'acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve en ajoutant un détail qui ne figurait pas dans le texte initial sur lequel l'appellant avait été acquitté. En raison de la participation active de l'appellant à la fabrication de chlorhydrate de MDA, on ne peut dire que l'appellant a pu être induit en erreur parce que ce sel n'était pas mentionné dans les détails de l'acte d'accusation. Il savait de toute façon qu'il était accusé de possession d'une drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic.

En ordonnant un nouveau procès, le juge MacLean a inséré dans son ordonnance la modification de la dénonciation parce qu'il était d'avis que les fins de la justice l'exigeaient. La Cour d'appel a rendu cette ordonnance en se fondant sur les dispositions des par. 613(4)(b) et (8) du *Code criminel*. L'appellant prétend qu'à défaut d'autoriser la modification, il aurait été impossible d'ordonner un nouveau procès et que la modification ne constitue donc pas une ordonnance que la Cour pouvait

the court's power under subs. (4)(b)(i), but rather that it was a prerequisite to the granting of a new trial, was not accepted. When Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial, to "make any order, in addition, which justice requires" it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not.

Since, in view of the evidence, the ends of justice required the amendment which was here granted, it followed that it was unnecessary to express any view as to the submission that the authority of the Court of Appeal to grant an amendment stems from the provisions of s. 610(3) of the *Code* which authorize the court to exercise powers "that may be exercised by the court on appeals in civil matters . . .".

As to s. 529 of the *Code*, which bears the heading "Amending defective indictment or count", the only mandatory language in that section is contained in subs. (1) which provides for "an objection to an indictment or to a count in an indictment for a defect apparent on the face thereof" and requires such objection to be taken before plea or thereafter by leave of the court or a judge. In the present case there was no defect apparent on the face of the indictment and this subsection accordingly had no application to the present circumstances. There was no other language in the section which could be read as curtailing the power of the Court of Appeal to make an order under s. 613(8) which has the effect of amending the indictment so as to conform to the evidence where the ends of justice require it.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ., dissenting: Three issues were raised by the order of the Court of Appeal in this case: (i) whether a Court of Appeal has power to amend an indictment; (ii) if so, whether that power can be exercised so as to provide a basis for ordering a new trial; and (iii) whether a Court of Appeal has power to substitute a charge different from the one laid and upon which the appeal has proceeded. There was nothing in the case law, and certainly nothing in the applicable legislation to authorize a court of appeal to do what the British Columbia Court of Appeal did in this case, namely, substitute a charge of a different offence, something which the trial judge himself could not do under the wide amending powers given to him under s. 529 of the *Criminal Code*.

The view that s. 610(3) of the *Code* confers power upon a court of appeal to amend an indictment could not be accepted. That section takes its context from the preceding provisions of s. 610 which concern evidentiary

rendre «en outre», dans l'exercice des pouvoirs conférés par le sous-al. (4)(b)(i), mais plutôt un préalable au nouveau procès. Cette prétention a été rejetée. Lorsque le Parlement a autorisé la Cour d'appel, dans l'exercice de ses pouvoirs, à ordonner un nouveau procès et «en outre [à] rendre toute ordonnance que la justice exige», il voulait l'autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance additionnelle.

Puisque, selon la preuve, les fins de la justice exigeaient la modification accordée, il n'est pas nécessaire d'exprimer d'opinion sur l'allégation que le pouvoir de la Cour d'appel d'autoriser une telle modification vient des dispositions du par. 610(3) du *Code* qui autorise la cour à exercer tout pouvoir «qui peut être exercé par la cour lors d'appels en matière civile . . .».

Les seuls termes impératifs de l'art. 529 du *Code*, traitant de la «Modification d'un acte ou d'un chef d'accusation défectueux», se trouvent au par. (1) qui prévoit «une objection à un acte ou chef d'accusation, pour un vice apparent à sa face même» et qui exige que cette objection soit présentée avant la plaidoirie et, par la suite, seulement sur permission de la cour ou d'un juge. En l'espèce, il n'y a pas de vice apparent à la face même de l'acte d'accusation; en conséquence, ce paragraphe ne s'applique pas. Rien dans cet article ne peut être interprété comme restreignant le pouvoir de la Cour d'appel de rendre, en vertu du par. 613(8), une ordonnance qui a pour effet d'autoriser la modification d'un acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve, lorsque les fins de la justice l'exigent.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, dissidents: Le jugement de la Cour d'appel soulève trois questions: (i) la Cour d'appel a-t-elle le pouvoir de modifier un acte d'accusation?; (ii) si elle l'a, peut-elle s'en prévaloir pour ordonner un nouveau procès? et (iii) la Cour d'appel a-t-elle le pouvoir de remplacer l'accusation formulée dans l'acte d'accusation et sur laquelle portait l'appel par une autre accusation? Rien dans la jurisprudence ni dans la législation applicable n'autorise une cour d'appel à faire ce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait en l'espèce, c'est-à-dire remplacer l'accusation initiale par une accusation portant sur une infraction différente, ce que le juge du procès ne pouvait faire si large que soit le pouvoir qui lui est conféré par l'art. 529 du *Code criminel*.

L'opinion que le par. 610(3) confère à une cour d'appel le pouvoir de modifier un acte d'accusation ne peut être admise. Ce paragraphe doit être situé dans le contexte des autres paragraphes de l'art. 610 qui traitent

questions. The opening words of s. 610(3) show its limited range; they provide that "a court of appeal may exercise . . . any powers not mentioned in subsection (1) that may be exercised . . . on appeals in civil matters". The subsection cannot, therefore, be read as if it was a detached and separate provision. Still less can s. 610(3) be relied upon to authorize a court of appeal to substitute a different charge from the one on which the case came before it.

As to s. 613(8), the provision for "any order, in addition, that justice requires" is sequential to the exercise of the power to order a new trial under s. 613(4). It does not enable a court of appeal to make an order upon which to found a direction for a new trial; and certainly not when that order does not relate to the charge on which the accused has been acquitted and to an error of law in respect of that charge. This is obvious when reference is had, as it must be, to s. 605(1)(a) upon which the Crown must base its right to appeal an acquittal. Assuming, however, that s. 613(8) gives a court of appeal a wider power than that which its terms appear to confer when considered alongside s. 613(4) and s. 605(1)(a), the relevant question here was whether the words "make any order, in addition, that justice requires" empower the Court of Appeal to direct a new trial on a different offence from that on which the appeal was taken.

There was here a usurpation of the function of the Attorney-General and of the Crown. It is for them to decide, the existing charge not being proved, whether to lay the different charge which the Court felt should have been brought against the accused. It is not for a Court to take an *ad hominem* view in a case like the present one and to do violence to the separate functions of Court and Crown lest a person guilty of an offence, but not the one charged, escape punishment.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia granting leave to amend the indictment and allowing the Crown's appeal against the appellant's acquittal, and ordering a new trial on the indictment as amended, on a charge of unlawfully having in his possession a restricted drug for the purpose of trafficking. Appeal dismissed, the Chief Justice, Spence, and Dickson JJ. dissenting.

P. C. P. Thompson and J. A. D. Bohun, for the appellant.

de questions relatives à la preuve. Les premiers mots du par. 610(3) en font ressortir la portée limitée: «une cour d'appel peut exercer . . . tout pouvoir non mentionné au paragraphe (1) qui peut être exercé . . . lors d'appels en matière civile». Le paragraphe ne peut donc être interprété comme une disposition autonome et isolée. On peut encore moins invoquer le par. 610(3) pour autoriser une cour d'appel à substituer une accusation différente à celle qui lui a été soumise.

La disposition du par. 613(8) prévoyant que la Cour d'appel peut rendre «en outre toute ordonnance que la justice exige» présuppose qu'elle a exercé son pouvoir d'ordonner un nouveau procès en vertu du par. 613(4). Elle ne permet pas à une cour d'appel de rendre une ordonnance sur laquelle fonder une ordonnance de nouveau procès; et surtout lorsque cette ordonnance ne se rapporte pas à l'accusation sur laquelle l'accusé a été acquitté ni à une erreur de droit relative à cette accusation. Cela est particulièrement évident si l'on se reporte, comme il se doit, à l'al. 605(1)a) sur lequel le ministère public doit se fonder pour interjeter appel d'un acquittement. A supposer, cependant, que le par. 613(8) confère à une cour d'appel un pouvoir plus étendu que la lecture des art. 613(4) et 605(1)a) ne semble révéler, il reste à déterminer si l'expression «en outre rendre toute ordonnance que la justice exige» autorise une cour d'appel à ordonner un nouveau procès portant sur une infraction différente de celle sur laquelle porte l'appel.

Il s'agit donc d'une usurpation des fonctions du procureur général et du ministère public. C'est à eux de décider, face à une accusation qui n'a pas été prouvée, de porter une autre accusation qui, selon la Cour, aurait dû être portée contre l'accusé. Ce n'est pas à la Cour d'adopter, dans un cas comme celui-ci, un point de vue *ad hominem* et de faire violence aux fonctions distinctes du tribunal et du ministère public, de crainte qu'une personne coupable d'une infraction différente échappe au châtement.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a autorisé la modification d'un acte d'accusation, accueilli l'appel du ministère public de l'acquiescement de l'appelant et ordonné un nouveau procès selon l'acte d'accusation modifié, sur l'accusation d'avoir illégalement été en possession d'une drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté, le Juge en chef et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

P. C. P. Thompson et J. A. D. Bohun, pour l'appelant.

S. M. Froomkin, Q.C., and R. Leclaire, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This case raises an important issue in the administration of the criminal law. The issue, briefly stated, is whether a court, in particular an appellate court, has the power to raise a charge against an accused and to direct that he be tried on that charge, not being the one laid or sought to be laid by the Crown and not being an included offence in that respect. I should have thought that the answer must be emphatically “no”, but the British Columbia Court of Appeal resolved the issue in the affirmative under what, in my view, was a misconception of the problem that it faced. A recital of the facts makes this clear.

The appellant and another were tried on an indictment containing three counts, namely, (1) conspiring to traffic in a restricted drug, methylenedioxyamphetamine, more conveniently called MDA; (2) trafficking in MDA, and (3) having MDA in possession for the purpose of trafficking. They were both acquitted of the conspiracy charge, the appellant alone was convicted on the second charge of trafficking but he was subsequently acquitted on the third charge of possession for the purpose of trafficking, the acquittal being based on an application by the trial judge of *res judicata* and of the principle in *Kienapple v. The Queen*¹. Proceedings against his co-accused on the third count were stayed.

The Crown appealed the acquittals on counts 1 and 3, and the accused appealed his conviction on count 2. The conspiracy appeal was dismissed by the British Columbia Court of Appeal on November 26, 1975, and is of no concern here. The appellant's appeal from his conviction of trafficking in MDA was heard on February 4 to 6, 1976, by a Bench composed of Maclean, Seaton and

¹ [1975] 1 S.C.R. 729.

S. M. Froomkin, c.r., et R. Leclaire, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Ce pourvoi souève une importante question touchant l'administration du droit criminel. Brièvement, il s'agit de savoir si une cour, en particulier une cour d'appel, a le pouvoir de formuler une accusation contre un inculpé et d'ordonner qu'il soit jugé à cet égard alors que ce n'est pas l'accusation que le ministère public a portée ou a voulu porter et qu'il ne s'agit pas d'une infraction incluse. Il me semble que la réponse à cette question doit être carrément négative, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique y a répondu affirmativement en se fondant, à mon avis, sur une conception erronée du problème auquel elle était confrontée comme un exposé des faits l'indique clairement.

L'appellant et une autre personne ont été jugés sur un acte d'accusation contenant les trois chefs suivants: (1) avoir comploté en vue de faire le trafic d'une drogue d'usage restreint, la méthylendioxyamphétamine, plus commodément appelée MDA; (2) avoir fait le trafic de MDA et (3) avoir eu en leur possession de la MDA aux fins d'en faire le trafic. Ils ont tous deux été acquittés de l'accusation de complot; seul l'appellant a été déclaré coupable d'avoir fait le trafic, sur le deuxième chef, mais il a subséquemment été acquitté de l'accusation de possession aux fins de faire le trafic sur le troisième chef; pour l'acquitter, le juge du procès s'est fondé sur l'application de la défense de chose jugée et du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*¹. Les procédures intentées contre son coaccusé sur le troisième chef ont été suspendues.

Le ministère public a interjeté appel des acquittements prononcés sur les chefs 1 et 3, et l'accusé de sa déclaration de culpabilité sur le 2^e chef. Le 26 novembre 1975, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel portant sur l'accusation de complot, ce qui n'influe pas sur la présente espèce. L'appel interjeté par l'appellant contre sa condamnation pour avoir fait le trafic de

¹ [1975] 1 R.C.S. 729.

McIntyre J.J.A. The latter delivered the principal judgment of the Court² on March 26, 1976, whereby the conviction was set aside and an acquittal entered because the evidence disclosed that the accused trafficked in a salt of MDA but not in MDA itself. The Court concluded that since the Crown had charged the appellant with trafficking in a specific drug, MDA, proof of MDA was an essential element of the offence. The Court rejected the contention that the relevant provisions of the statute, the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, listing among the restricted drugs "MDA or any salt thereof", embraced any salt of MDA in a charge that specified MDA only. In its opinion, the trial judge had erred in making interchangeable references to MDA and salt of MDA.

McIntyre J.A. concluded his reasons for judgment as follows:

This is a case where in my view an amendment to the indictment, even after the hearing of the appeal, would have been appropriate. Had the Crown sought an amendment I would have been disposed to allow it. However, no application having been made I feel obliged for the reasons given above to consider that this appeal should be allowed and an acquittal entered.

Seaton J.A., who wrote brief concurring reasons, noted that although the expert evidence was to the effect that MDA and salt of MDA were the same drug, a view accepted by the trial judge, the question was one of law turning on the interpretation of the relevant provisions of the *Food and Drugs Act*, and particularly Schedule H. Under the Act they were not the same drug, and since the Crown did not seek an amendment, an acquittal had to be entered.

The issue now before this Court arises from the disposition by the British Columbia Court of Appeal of the Crown's appeal against the acquittal of the appellant on the third count, namely, possession for the purpose of trafficking. In approaching

MDA a été entendu du 4 au 6 février 1976 par les juges Maclean, Seaton et McIntyre. Le 26 mars 1976, ce dernier a prononcé le jugement principal de la Cour²; il a annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement parce que la preuve établissait que l'accusé avait fait le trafic de sel de MDA et non de MDA proprement dit. La Cour a jugé que, puisque le ministère public accusait l'appelant d'avoir fait le trafic d'une drogue précise, la MDA, cette drogue était un élément essentiel de l'infraction. La Cour a rejeté la prétention voulant que les dispositions pertinentes de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, qui inclut la «MDA ou tout sel de cette substance» parmi les drogues d'usage restreint, englobent tout sel de MDA dans une accusation qui ne mentionne que la MDA. A son avis, le juge du procès avait erré en faisant indifféremment mention de MDA et de sel de MDA.

Le juge McIntyre a conclu ses motifs de jugement en ces termes:

[TRADUCTION] Il s'agit d'un cas où, à mon avis, la modification de l'acte d'accusation, même après l'audition de l'appel, aurait été appropriée. Si le ministère public en avait fait la demande, je la lui aurais accordée. Cependant, puisque aucune demande n'a été faite, je m'estime obligé, pour les motifs mentionnés précédemment, de conclure qu'il faut accueillir le présent appel et inscrire un acquittement.

Le juge Seaton, qui a rédigé de brefs motifs concordants, a fait remarquer que, même si un expert a témoigné que la MDA et le sel de MDA sont la même drogue, opinion qu'a adoptée le juge du procès, il s'agit d'une question de droit touchant l'interprétation des dispositions pertinentes de la *Loi des aliments et drogues* et particulièrement de l'annexe H. Aux termes de cette loi, il ne s'agit pas de la même drogue et, puisque le ministère public n'a pas cherché à obtenir la modification de l'acte d'accusation, il fallait inscrire un acquittement sur ce chef.

Le présent pourvoi résulte de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique lorsqu'elle a entendu l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittal de l'appelant sur le troisième chef, savoir, possession aux fins de trafic.

² [1976] 4 W.W.R. 285.

² [1976] 4 W.W.R. 285.

the issue, I take no position on the correctness of the decision of the Court of Appeal that the *Narcotic Control Act* created two distinct offences, one relating to MDA and the other to a salt of MDA. That differentiation must stand for present purposes. The appeal by the Crown from the acquittal of the appellant on the third count of possession for the purpose of trafficking came on for hearing on May 12, 1976, some six weeks after the provincial Court of Appeal had disposed of the appellant's appeal on the second count favourably to him. The Court was differently constituted, consisting of Maclean, McFarlane and Branca J.J.A. The Crown, on the appeal, applied to "amend" the third count to charge possession of a salt of MDA for the purpose of trafficking. In short reasons with which the other members of the Court agreed, Maclean J.A. allowed the "amendment", allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and directed a new trial on the third count as amended. He said only this:

In my view the ends of justice require that the amendment in this case be granted and in my view no substantial wrong would be suffered thereby by the accused person.

It is thus clear that judges of the British Columbia Court of Appeal who made up the different Benches that heard the appeals on the second and third counts were in no doubt of the Court's power to "amend" an indictment so as to charge a different offence from the one on which the accused was tried. This is not the view of my brother Ritchie, whose reasons in this appeal I have had the advantage of reading, because he speaks not of an "amendment" to charge a different offence but of an amendment "to conform to the evidence by adding a particular which had not been included in [the third] count as originally drawn". Since for the purposes of this case, as I have already noted, it must be taken that the specification of a particular drug in the charge made proof thereof an essential element of the offence, the substitution in the wording of the charge of another drug amounts to a charge of a different offence, even though the other essential elements, namely, possession for the purpose of

J'aborderai la question sans me prononcer sur la validité de la décision de la Cour d'appel selon laquelle la *Loi sur les stupéfiants* a créé deux infractions distinctes, l'une afférente à la MDA et l'autre au sel de MDA. Aux fins du présent pourvoi, cette distinction doit subsister. L'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'appelant sur l'accusation de possession aux fins de trafic a été entendu le 12 mai 1976, six semaines après que la Cour d'appel provinciale eut accueilli l'appel interjeté par l'appelant à l'égard du second chef d'accusation. La composition de la Cour était différente: elle était constituée des juges Maclean, McFarlane et Branca. En appel, le ministère public a demandé l'autorisation de «modifier» le troisième chef afin d'inculper l'appelant de possession de sel de MDA aux fins d'en faire le trafic. Dans ses brefs motifs de jugement, auxquels ont souscrit les autres membres de la Cour, le juge Maclean a autorisé la «modification», accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès sur le troisième chef ainsi modifié. Il dit simplement ceci:

[TRADUCTION] Les fins de la justice exigent que la modification soit autorisée en l'espèce et, à mon avis, l'accusé ne subira de ce fait aucun tort important.

Ainsi, il est clair que les juges qui ont composé les différents bancs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et ont entendu les appels sur les deuxième et troisième chefs, étaient certains d'avoir le pouvoir d'autoriser la «modification» d'un acte d'accusation de façon que l'accusé soit inculpé d'une infraction différente de celle pour laquelle il avait subi son procès. Mon collègue le juge Ritchie, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, ne partage pas ce point de vue: il ne parle pas d'une «modification» permettant de porter une accusation différente, mais d'une modification afin de «rendre [l'acte] conforme à la preuve en ajoutant un détail qui ne figurait pas dans le texte initial de ce [troisième] chef d'accusation». J'ai déjà fait remarquer qu'aux fins du présent pourvoi, il faut tenir pour acquis que la spécification d'une drogue dans l'accusation constitue un élément essentiel de l'infraction. Ainsi, la substitution d'une drogue à une autre, dans le texte de l'accusation, équivaut à une accusation pour une infraction

trafficking, are the same in either situation. Indeed, counsel for the Crown conceded that in this case he must accept as a fact that different offences were involved in the indictment as laid and as altered by the Court of Appeal.

Does then a court of appeal have the power to order an accused to be retried on a different charge from that originally laid and different from that on which he was originally tried? It is one thing to amend, so as to rectify an imperfect charge or indictment of an offence where the charge or indictment is not itself a nullity; it is another thing to substitute a charge of a different offence. Supplying an omitted essential averment of a charge which is clearly indicated is one thing; changing a charge to allege a different offence is something else.

II

Three issues are raised by the order of the court of appeal in the present case. They are, first, whether a court of appeal has power to amend an indictment; second, if so, whether that power can be exercised so as to provide a basis for ordering a new trial; and third, whether a court of appeal has power to substitute a charge different from the one laid and upon which the appeal has proceeded. I think it relevant to these issues to begin with a consideration of the powers of a trial judge to amend an indictment.

Those powers are now set out in s. 529 of the *Criminal Code*. It is unnecessary in this case to trace its history, other than to note that it goes back not only to the original *Criminal Code* of 1892 (see s. 723) but beyond that *Code* to the *Criminal Procedure Act*, 1869 (Can.), c. 29, s. 70. Although there was originally some doubt whether the power to amend extended beyond the amendment of formal defects, statutory clarification and ensuing judicial decisions settled that question in favour of an extended power, including a power to supply an essential averment of the offence charged as well as power to make changes in the assertions of the charge to conform with the evi-

différente, même si l'autre élément essentiel, savoir, la possession aux fins de trafic, est le même. L'avocat du ministère public a d'ailleurs admis qu'en l'espèce, il est manifeste que l'acte d'accusation initial et l'acte modifié par la Cour d'appel visent des infractions différentes.

La Cour d'appel a-t-elle le pouvoir d'ordonner qu'un accusé subisse un nouveau procès sur une accusation différente de celle formulée à l'origine et différente de celle pour laquelle il a déjà été jugé? Une modification permettant de corriger un chef ou un acte d'accusation imparfait qui n'est pas nul en lui-même est une chose; c'est autre chose de remplacer l'accusation initiale par une accusation portant sur une infraction différente. Fournir une allégation essentielle qui a été omise dans une accusation explicite par ailleurs est une chose; modifier une accusation pour alléguer une infraction différente en est une autre.

II

En l'espèce, le jugement de la Cour d'appel soulève trois questions. Premièrement, la Cour d'appel a-t-elle le pouvoir de modifier un acte d'accusation? Deuxièmement, si elle l'a, peut-elle s'en prévaloir pour ordonner un nouveau procès? Et enfin la Cour d'appel a-t-elle le pouvoir de remplacer l'accusation formulée dans l'acte d'accusation et sur laquelle portait l'appel par une autre accusation? Pour répondre à ces questions, il convient d'examiner d'abord les pouvoirs du juge du procès quant à la modification d'un acte d'accusation.

Ces pouvoirs sont maintenant prévus à l'art. 529 du *Code criminel*. Il n'est pas nécessaire de faire l'historique de cet article; il suffit de signaler qu'il remonte non seulement au premier *Code criminel* de 1892 (voir l'art. 723) mais à la *Loi sur la procédure dans les causes criminelles*, 1869 (Can.), c. 29, art. 70. Bien qu'il ne fût pas certain au début que le pouvoir de modifier dépassait celui de corriger une erreur de forme, des clarifications législatives et des décisions judiciaires postérieures ont établi l'existence d'un pouvoir élargi, notamment celui de fournir une allégation essentielle à l'infraction imputée aussi bien que celui de modifier les affirmations contenues dans l'accusation

dence as to any such details: see *R. v. Lacelle*³; *R. v. Kerr*⁴; *Yanovitch v. The Queen*⁵. Wide as was the power to amend reposed in the trial judge, it did not extend to authorize him to substitute an offence different from the one charged. This was asserted more than fifty years ago in the *Kerr* case, *supra*, at p. 231, where Meredith C.J.O. said, referring to the provision for amendment of an indictment that "[it] does not, of course, authorize an amendment which substitutes a different offence for that intended to be charged or the addition of other offences". The same view was taken more recently by the Quebec Court of Appeal in *Dupont v. The Queen*⁶, at p. 390, and re-affirmed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Elliott*⁷, at p. 237. An earlier authority to the same effect is *R. v. Cohen*⁸.

I am not unmindful of s. 496 of the *Criminal Code* which relates to the preferring of an indictment by the Crown and to the inclusion of counts of offences disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, even if the accused was not committed for trial thereon. Although this provision does not touch the powers of the trial judge, it indicates that it is left to the prosecution to determine, in the defined circumstances, whether to add or substitute a charge other than that set out in the information. The farthest that the courts have gone in respect of the substitution of offences is to permit the Crown to ask for an amendment to that effect of an information upon which an accused has elected trial before a magistrate but in such case the accused must be allowed to re-elect: see *R. v. Hollman*⁹. I do not pass on the correctness of this view of a court's power. The substance of the matter appears to be a withdrawal of one information by the Crown and the laying of another, and

pour rendre ces détails conformes à la preuve: voir les arrêts *R. c. Lacelle*³; *R. v. Kerr*⁴; *Yanovitch v. The Queen*⁵. Si large que soit le pouvoir conféré au juge du procès, il ne l'autorise pas à substituer à l'infraction imputée une infraction différente. Le juge Meredith, juge en chef de l'Ontario, a affirmé ce principe il y a plus de cinquante ans dans l'arrêt *Kerr*, précité, à la p. 231, où il dit, au sujet de la disposition prévoyant la modification d'un acte d'accusation, qu'elle [TRADUCTION] «ne permet certainement pas une modification qui substitue une infraction différente à l'infraction initialement imputée ou qui ajoute d'autres infractions». Plus récemment, la Cour d'appel du Québec a énoncé la même opinion dans *Dupont c. La Reine*⁶, à la p. 390; celle-là a été confirmée à nouveau par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Elliott*⁷, à la p. 237. Un arrêt plus ancien, *R. c. Cohen*⁸, est au même effet.

Je n'oublie pas l'art. 496 du *Code criminel* qui se rapporte à la présentation d'un acte d'accusation par le ministère public et à l'inclusion de chefs portant sur des infractions révélées par les témoignages recueillis à l'enquête préliminaire, même s'il ne s'agit pas d'une infraction à l'égard de laquelle l'accusé a été renvoyé pour subir son procès. Bien que cette disposition ne touche pas les pouvoirs du juge du procès, elle montre qu'il revient à la poursuite de décider, dans des circonstances précises, si l'on doit ajouter une infraction à celle de la dénonciation ou la remplacer par une autre. Le plus loin que soient allés les tribunaux, en matière de substitution d'infractions, est de permettre au ministère public de demander pareille modification de la dénonciation pour laquelle l'accusé a choisi d'être jugé par un magistrat, mais, dans ce cas, on doit permettre à l'accusé d'effectuer un nouveau choix: voir l'arrêt *R. v. Hollman*⁹. Je ne me prononce pas sur la validité de

³ (1905), 10 C.C.C. 229.

⁴ (1922), 53 O.L.R. 228.

⁵ (1958), 28 C.R. 220.

⁶ (1958), 123 C.C.C. 386.

⁷ [1970] 3 C.C.C. 233.

⁸ (1912), 19 C.C.C. 428.

⁹ (1962), 132 C.C.C. 257.

³ (1905), 10 C.C.C. 229.

⁴ (1922), 53 O.L.R. 228.

⁵ (1958), 28 C.R. 220.

⁶ (1958), 123 C.C.C. 386.

⁷ [1970] 3 C.C.C. 233.

⁸ (1912), 19 C.C.C. 428.

⁹ (1962), 132 C.C.C. 257.

this is open to the Crown in respect of indictments.

Coming then to the powers of a court of appeal in respect of amendments or substitutions, I find no provision of the *Criminal Code* which gives a court of appeal greater powers in these respects than are given to a trial judge; and, indeed, there is no provision which expressly gives any power relating to indictments to a court of appeal. Neither Bench of the British Columbia Court of Appeal discussed or even referred to any provision of the *Criminal Code* which supported the power it asserted, but during the argument before this Court ss. 610 and 613(8) as well as s. 529 were brought to the fore.

I shall deal first with s. 610 which reads as follows:

610. (1) For the purposes of an appeal under this Part the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

(a) order the production of any writing, exhibit, or other thing connected with the proceedings;

(b) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

(c) admit, as evidence, an examination that is taken under subparagraph (b)(ii);

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

(e) order that any question arising on the appeal that

(i) involves prolonged examination of writings or accounts, or scientific or local investigation, and

(ii) cannot in the opinion of the court of appeal conveniently be inquired into before the court of appeal,

be referred for inquiry and report, in the manner provided by rules of court, to a special commissioner appointed by the court of appeal: and

ce point de vue. Il s'agit essentiellement du retrait d'une dénonciation présentée par le ministère public et du dépôt d'une autre, ce qu'il est habilité à faire à l'égard des actes d'accusation.

Examinons maintenant les pouvoirs de la cour d'appel en matière de modification ou de substitution; je ne trouve aucune disposition du *Code criminel* qui accorde plus de pouvoirs à cet égard à la cour d'appel qu'au juge du procès; en fait, aucune disposition n'accorde expressément à la cour d'appel des pouvoirs afférents aux actes d'accusation. Quelle que soit sa composition, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'a invoqué ni même mentionné de dispositions du *Code criminel* pour étayer le pouvoir qu'elle revendique en l'espèce. Toutefois, au cours des débats devant cette Cour, les art. 610, 613(8) et 529 ont été cités.

J'examinerai d'abord l'art. 610 que voici:

610. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente Partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice,

a) ordonner la production de tout écrit, toute pièce ou autre chose se rattachant aux procédures;

b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès,

(i) compareisse et soit interrogé devant la cour d'appel, ou

(ii) soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;

c) admettre, comme preuve, un interrogatoire recueilli aux termes du sous-alinéa b)(ii);

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appellant, qui est compétent pour témoigner mais non contraignable;

e) ordonner que toute question surgissant à l'occasion de l'appel et qui

(i) comporte un examen prolongé d'écrits ou comptes, ou des recherches scientifiques ou locales, et

(ii) ne peut, de l'avis de la cour d'appel, être examinée commodément devant la cour l'appel,

soit déferée pour enquête et rapport, de la manière prévue par les règles de cour, à un commissaire spécial nommé par la cour d'appel: et

(f) act upon the report of a commissioner who is appointed under paragraph (e) in so far as the court of appeal thinks fit to do so.

(2) In proceedings under this section the parties or their counsel are entitled to examine or cross-examine witnesses and, in an inquiry under paragraph (1)(e), are entitled to be present during the inquiry and to adduce evidence and to be heard.

(3) A court of appeal may exercise in relation to proceedings in the court any powers not mentioned in subsection (1) that may be exercised by the court on appeals in civil matters, and may issue any process that is necessary to enforce the orders or sentences of the court but no costs shall be allowed to the appellant or respondent on the hearing and determination of an appeal or on any proceedings preliminary or incidental thereto.

(4) Any process that is issued by the court of appeal under this section may be executed anywhere in Canada.

Although I have reproduced the entire section for context, the only terms thereof relevant here are the opening words of subs. (3), namely "A court of appeal may exercise in relation to proceedings in the court any powers not mentioned in subsection (1) that may be exercised by the court on appeals in civil matters . . .". Section 610 first appeared as s. 1021(1) of the *Criminal Code*, enacted by 1923 (Can.), c. 41, s. 9, and was taken from s. 9 of the *English Criminal Appeal Act*, 1907 (U.K.), c. 23. The concern of the English Courts with this provision does not appear to have gone beyond reliance on it to permit fresh evidence to be admitted on appeal: see *R. v. Robinson*¹⁰. A similar provision was at issue in the New South Wales case of *R. v. Burns*¹¹ to support the power of an appellate court to amend an indictment. In that case an indictment charged the accused with obtaining a travel document by a false pretence to one N with intent to defraud, but the evidence did not show a false pretence to N but rather to another, and it was held that the provision was not ample enough to empower an appellate court to make the amendment. Although dissenting on the ground that there was no substantial wrong or miscarriage of justice in the conviction of the accused, Chief

f) donner suite au rapport d'un commissaire nommé en vertu de l'alinéa e) dans la mesure où la cour d'appel estime opportun de le faire.

(2) Dans des procédures en vertu du présent article, les parties ou leurs avocats ont droit d'interroger ou de contre-interroger les témoins et, dans une enquête visée par l'alinéa (1)e), ont droit d'être présents à l'enquête, d'apporter des témoignages et d'être entendus.

(3) Une cour d'appel peut exercer, relativement aux procédures devant la cour, tout pouvoir non mentionné au paragraphe (1) qui peut être exercé par la cour lors d'appels en matière civile, et elle peut décerner tout acte judiciaire nécessaire pour l'exécution des ordonnances ou sentences de la cour, mais aucuns frais ne doivent être accordés à l'appelant ou à l'intimé sur l'audition et décision d'un appel, ou à l'occasion de procédures préliminaires ou accessoires à cet appel.

(4) Tout acte judiciaire décernée par la cour d'appel aux termes du présent article peut être exécuté à tout endroit au Canada.

Je reproduis intégralement cet article pour replacer dans leur contexte les seuls termes pertinents en l'espèce, soit le début du par. (3): «Une cour d'appel peut exercer, relativement aux procédures devant la cour, tout pouvoir non mentionné au paragraphe (1) qui peut être exercé par la cour lors d'appels en matière civile . . .». L'article 610 qui, lors de son adoption, était le par. 1021(1) du *Code criminel*, adopté par 1923 (Can.), c. 41, art. 9, provenait de l'art. 9 de l'*English Criminal Appeal Act*, 1907 (R.-U.), c. 23. Les cours anglaises semblent n'avoir eu recours à cet article que pour autoriser l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel: voir l'arrêt *R. v. Robinson*¹⁰. Une disposition semblable était invoquée dans l'arrêt *R. v. Burns*¹¹ en Nouvelle-Galles du Sud pour étayer le pouvoir d'une cour d'appel de modifier un acte d'accusation. Dans cette affaire, l'accusé était inculpé, selon l'acte d'accusation, d'avoir obtenu un document de voyage en donnant de faux renseignements à N, avec l'intention de frauder, mais la preuve établissait qu'il n'avait pas donné de faux renseignements à N, mais à une autre personne; on a jugé que la disposition susmentionnée n'était pas assez large pour permettre à une cour d'appel de faire la modification. Bien que dissident parce que

¹⁰ [1917] 2 K.B. 108.

¹¹ (1920), 20 S.R. (N.S.W.) 351.

¹⁰ [1917] 2 K.B. 108.

¹¹ (1920), 20 S.R. (N.S.W.) 351.

Justice Cullen was nonetheless of the same opinion as his colleagues in declaring that the provision comparable to our now s. 610(3) did not enable an appellate court to make an amendment to an indictment which had been finally dealt with by the trial judge; and he added (at p. 356): "so drastic a power, if it had been the intention of the Legislature to confer it, one would expect to have seen expressed in plain words".

Section 610(3) was considered in a series of British Columbia cases, which I wish to examine. *R. v. Danyleyko*¹² may be put to one side because there the British Columbia Court of Appeal sitting as the Yukon Territory Court of Appeal relied on s. 610(3) and on the provincial *Court of Appeal Act* to support its right to send a stated case back to a magistrate for amendment; it does not, therefore, touch the issue in question here. In *R. v. McNutt*¹³, an issue arose as to proof of the territorial jurisdiction of a magistrate under an indictment charging an assault in place H whereas it occurred in place W, both being within the territorial jurisdiction. No amendment was made or sought before the magistrate. A new trial was ordered by the majority in view of the course of the proceedings below (the dissenting judge concluded that territorial jurisdiction had not been proved) but Davey J.A. in *obiter* also adverted to what is now s. 610(3) as being broad enough to empower the Court of Appeal to make an amendment to prevent a miscarriage of justice. This statement was induced, however, by doubt whether the British Columbia Court of Appeal was right in an earlier case, *R. v. More and Melville*¹⁴ (Davey J.A. being a member of the Court), which held that an allegation of the commission of an offence at a defined place was an essential averment, and where the evidence showed its commission at a different place and no amendment was made at trial, the Court of Appeal could not itself amend but must quash the conviction. However, it was held that it was open to the Court to order a new

la déclaration de culpabilité de l'accusé ne causait aucun tort important et ne constituait pas un déni de justice, le juge en chef Cullen était néanmoins du même avis que ses collègues qui ont affirmé que l'équivalent de notre par. 610(3) n'autorise pas une cour d'appel à modifier un acte d'accusation sur lequel le juge du procès s'est prononcé; il a déclaré en outre (à la p. 356): [TRADUCTION] «si la législature avait eu l'intention d'accorder un pouvoir aussi large, on pourrait s'attendre à ce qu'il soit formulé en termes clairs».

Le paragraphe 610(3) a été examiné dans plusieurs affaires en Colombie-Britannique. L'arrêt *R. v. Danyleyko*¹² peut être écarté parce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, siégeant à titre de Cour d'appel des territoires du Yukon, a invoqué le par. 610(3) et la *Court of Appeal Act* provinciale pour appuyer son droit de renvoyer un exposé de cause à un magistrat pour modification; il n'a donc pas trait au point en litige en l'espèce. Dans l'affaire *R. v. McNutt*¹³, on a soulevé la question de la preuve de la compétence territoriale d'un magistrat aux termes d'un acte d'accusation inculquant l'accusé de s'être livré à des voies de fait au lieu H alors que l'incident s'était produit au lieu W, deux endroits dans les limites de sa compétence territoriale. Aucune modification n'avait été faite ni demandée au magistrat. La majorité de la Cour a ordonné un nouveau procès vu le déroulement des procédures devant les tribunaux inférieurs (le juge dissident a conclu que la compétence territoriale n'avait pas été prouvée); toutefois, en *obiter*, le juge Davey a également déclaré que le texte de ce qui est maintenant le par. 610(3) était assez large pour permettre à la Cour d'appel de faire une modification afin d'éviter un déni de justice. Toutefois cette déclaration est issue du doute soulevé par un arrêt antérieur de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. v. More and Melville*¹⁴ (le juge Davey était membre de la Cour). On y a décidé qu'une allégation quant au lieu précis d'une infraction constitue une allégation essentielle, de sorte que si la preuve montre que l'infraction a été commise à un autre endroit et qu'aucune modifica-

¹² (1962), 38 C.R. 175.

¹³ [1963] 3 C.C.C. 150.

¹⁴ (1959), 124 C.C.C. 140.

¹² (1962), 38 C.R. 175.

¹³ [1963] 3 C.C.C. 150.

¹⁴ (1959), 124 C.C.C. 140.

trial in the interests of justice, and it would be for the trial judge to decide whether an amendment was necessary and, if so, whether it should be made. In the *McNutt* case, Wilson J.A. was content to apply the *More and Melville* case in this respect while also agreeing with Davey J.A. that a new trial was warranted in *McNutt* because of the course of proceedings there.

Among the authorities relied on in the *More and Melville* case was *R. v. Austin*¹⁵ where the Ontario Court of Appeal held that on a charge of robbing a named person, proof that the person robbed was the one named was essential, and in the absence of an amendment at trial to make the indictment conform to the evidence the Court of Appeal could not remedy the defect because it had no power to amend, and consequently an acquittal must be entered. There was no such additional ground in the *Austin* case as there was in the *More and Melville* case to warrant a new trial; there was simply failure of proof at trial of an essential averment, and the Court of Appeal did not think it should enter the lists and do for the Crown what it was open to it to do and what it failed to do for itself, namely, seek an amendment at trial.

This brings me to the later judgment of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Wixalbrown and Schmidt*¹⁶, in which the force of *R. v. More and Melville* was eroded and in which the majority of the five-man Bench concluded that (to use the words of Davey J.A. at p. 39) "this Court may in appropriate cases exercise the powers of amendment conferred by the *Code* upon trial Judges" but it was a power to be exercised with greatest care. Davey J.A. did not himself indicate the provisions of the *Criminal Code* giving this asserted power to a court of appeal. It is clear from his words that he was purporting to exercise the

tion n'a été faite au procès, la Cour d'appel ne peut procéder d'elle-même à la modification, mais doit annuler la déclaration de culpabilité. Cependant, on a jugé que la Cour peut ordonner un nouveau procès dans intérêt de la justice et qu'il revient au juge du procès de décider si une modification est nécessaire et, dans l'affirmative, si elle doit être faite. Dans l'arrêt *McNutt*, le juge Wilson s'est contenté d'appliquer l'arrêt *More and Melville* à cet égard, tout en partageant l'opinion du juge Davey que la tenue d'un nouveau procès était justifiée en l'espèce vu le déroulement des procédures.

L'arrêt *More and Melville* s'appuie, entre autres, sur l'arrêt *R. v. Austin*¹⁵, où la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'à l'égard d'une accusation de vol, la preuve que la personne volée est bien celle qui est nommée est essentielle. En conséquence, si aucune modification n'est faite au procès pour rendre l'acte d'accusation conforme à la preuve, la Cour d'appel ne peut remédier à ce vice parce qu'elle n'en a pas le pouvoir et elle doit donc prononcer un acquittement. Aucun motif supplémentaire n'a été invoqué dans l'arrêt *Austin*, à la différence de l'arrêt *More and Melville*, pour justifier un nouveau procès; une allégation essentielle n'avait pas été prouvée au procès et la Cour d'appel n'a pas jugé bon d'entrer en lice pour faire ce que le ministère public pouvait faire et n'avait pas fait lui-même, savoir, demander une modification du chef d'accusation au procès.

Ceci m'amène à un arrêt plus récent de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. v. Wixalbrown and Schmidt*¹⁶, qui a réduit la portée de l'arrêt *R. v. More and Melville*. La majorité du banc de cinq juges a conclu que (pour reprendre les mots du juge Davey, à la p. 39) [TRADUCTION] «la présente Cour peut exercer, dans certaines circonstances, les pouvoirs de modification conférés par le *Code* au juge du procès», mais qu'elle doit les exercer avec circonspection. Le juge Davey n'a pas indiqué quelles dispositions du *Code criminel* donnent ce pouvoir à une cour d'appel. Ses propos révèlent clairement qu'il prétendait exercer

¹⁵ (1955), 113 C.C.C. 95.

¹⁶ [1964] 1 C.C.C. 29.

¹⁵ (1955), 113 C.C.C. 95.

¹⁶ [1964] 1 C.C.C. 29.

powers of a trial court under what is now s. 529. At the same time, he based his conclusion on adoption of the reasons of Wilson J.A. who invoked what is now s. 610(3), pointing out that there was no reference to that provision in the *More and Melville* case, and holding that s. 529 did not extend to a court of appeal. I should say at this point that the decision in *Wixalbrown and Schmidt* cannot be justified by reliance on s. 529 which, by its own words, is restricted to matters at trial. It is included in Part XVII of the *Criminal Code—Procedure by Indictment*—while the powers of the Court of Appeal are set out in Part XVIII—*Appeals—Indictable Offences*—and there is no incorporating reference.

What Davey J.A. said on the question of a court of appeal's power to amend, speaking also for Bird and Tysoe J.J.A., with Sheppard J.A. dissenting on this point, was an alternative ground of decision, having regard to the facts of the case. The two accused were charged with breaking and entering certain premises at a specified time and committing an indictable offence, to wit, theft. The charge was laid under what is now s. 306(1)(b) (then s. 292(1)(b)) which concluded with the word "therein" in defining the offence but that word was not included in the indictment nor was objection taken to the omission at the trial which proceeded on the basis that the alleged theft was committed in the specified premises. The word "therein" had been included in the information upon which the preliminary inquiry was conducted which resulted in the committal for trial. On appeal from conviction, counsel for the accused took for the first time two objections; first, that there were no or no sufficient particulars of the alleged offence of theft, as was a requisite under s. 492, (now s. 510) and, second, that the omission of the word "therein" was an omission of an essential averment and hence the accused was convicted of an offence not known to the law.

Davey J.A. disposed of the first objection by agreeing that if theft alone had been charged the indictment would have been fatally defective (rely-

les pouvoirs conférés au tribunal de première instance en vertu de ce qui est maintenant l'art. 529. En même temps, il a fondé sa conclusion sur l'adoption des motifs du juge Wilson qui avait invoqué ce qui est maintenant le par. 610(3) et souligné que l'arrêt *More and Melville* ne fait aucune mention de cette disposition, pour conclure que l'art. 529 ne s'applique pas à une cour d'appel. Je dois dire dès maintenant qu'on ne peut appuyer l'arrêt *Wixalbrown and Schmidt* sur l'art. 529 qui ne traite expressément que de questions relatives au procès. Il s'insère dans la Partie XVII du *Code criminel—Procédure par acte d'accusation*—alors que les pouvoirs de la Cour d'appel sont définis à la Partie XVIII—*Appels—Actes criminels*—sans aucune incorporation par renvoi.

Cette définition des pouvoirs de modification d'une cour d'appel, donnée par le juge Davey, qui parlait au nom des juges Bird et Tysoe (le juge Sheppard était dissident sur ce point), constitue un motif subsidiaire de la décision, compte tenu des faits de l'espèce. Les deux prévenus étaient accusés de s'être introduits par effraction en un certain lieu, à un moment précis, et d'avoir commis un acte criminel, savoir, un vol. L'accusation était portée en vertu de ce qui est maintenant l'al. 306(1)(b) (alors l'al. 292(1)(b)) qui définit l'infraction en utilisant le mot «y». L'acte d'accusation ne contenait pas ce mot et aucune objection n'avait été soulevée sur ce point au procès qui s'est déroulé sur la base d'un vol commis dans les lieux mentionnés. Le mot «y» figurait dans la dénonciation en vertu de laquelle s'est tenue l'enquête préliminaire qui a entraîné le renvoi des accusés au procès. En appel de la déclaration de culpabilité, l'avocat des accusés a, pour la première fois, soulevé deux objections; la première, l'absence ou l'insuffisance de détails sur le vol imputé, aux termes de l'art. 492 (maintenant l'art. 510), et, la deuxième, l'omission du mot «y» qui, selon lui, constituait une omission d'une allégation essentielle; il a prétendu qu'en conséquence, les accusés avaient été déclarés coupables d'une infraction inexistante en droit.

Le juge Davey a statué sur la première objection en admettant que l'acte d'accusation aurait été fatalement vicié si l'accusé avait été uniquement

ing on *Brodie v. The King*¹⁷, at p. 199), but theft being alleged as part of a compound offence and there being sufficient particularity to enable the accused to meet the charge, the objection failed. As to the second objection, the omission of the word "therein" from the indictment, Davey J.A. took alternative positions. He held, first, that as a matter of context (purporting to distinguish this Court's judgment in *McNeil v. The King*¹⁸, with, in my opinion, questionable success) there was not an omission of an essential averment but rather an imperfect allegation of such an averment which caused no substantial wrong or miscarriage of justice. His alternative position, agreeing for this purpose that there was omission of an essential averment, was that in principle (to quote him, at p. 39),

...no person ought to stand convicted or be imprisoned on a charge that totally omits an essential averment required to constitute an offence known to the law. That in itself is a substantial wrong. I can see no difference in principle between a conviction for a charge that lacks one averment necessary to constitute a crime, and a conviction for one that is totally unknown to the law. To allow the former to stand would open the door to grave abuses, the end of which cannot be foreseen.

He went on to say, however, that "that objection can be met by amendment if we have the power". He concluded, as I have already noted, that a court of appeal "may in appropriate cases exercise the powers of amendment conferred by the *Code* upon trial Judges". He did not say whence comes this power—it could only be given by statute—and I can only infer from Davey J.A.'s reliance on Wilson J.A.'s reasons that in Davey J.A.'s view it derived from what is now s. 610(3) of the *Criminal Code*. However, s. 610(3) speaks of the power of a court of appeal in civil matters and it is impossible to find authorization in it for the exercise of powers conferred by the *Criminal Code* upon trial judges.

¹⁷ [1936] S.C.R. 188.

¹⁸ [1931] S.C.R. 505.

inculpé de vol (selon l'arrêt *Brodie c. Le Roi*¹⁷, à la p. 199), mais puisque le vol imputé faisait partie d'une infraction complexe et qu'il y avait suffisamment de détails pour permettre à l'accusé de répondre à l'accusation, cette objection était irrecevable. Quant à la deuxième objection (l'omission du mot «y» dans l'acte d'accusation), le juge Davey y a répondu de deux façons. Il a d'abord jugé que, compte tenu du contexte (pour tenter de faire une distinction avec la décision de cette Cour rendue dans l'affaire *McNeil c. Le Roi*¹⁸, avec, selon moi, plus ou moins de bonheur), il ne s'agissait pas de l'omission d'une allégation essentielle, mais plutôt de la formulation imparfaite de cette allégation qui n'avait entraîné aucun tort important ni déni de justice. Puis, admettant pour les besoins de la cause qu'il y avait eu omission d'une allégation essentielle, il a déclaré en second lieu qu'en principe (je cite, à la p. 39),

[TRADUCTION] ... nul ne doit être déclaré coupable ni être emprisonné sur une accusation qui omet une allégation essentielle nécessaire à l'existence d'une infraction en droit. Ceci constitue en soi un tort important. Je ne vois aucune différence de principe entre une condamnation prononcée sur une accusation où il manque une allégation nécessaire à l'existence d'un crime et une condamnation prononcée pour une infraction inexistante en droit. Reconnaître la validité de la première ouvrirait la porte à de graves abus sans fin.

Il a cependant ajouté que [TRADUCTION] «nous pourrions répondre à cette objection par une modification, si nous en avons le pouvoir». Il a conclu, comme je l'ai déjà dit, qu'une cour d'appel «peut exercer, dans certaines circonstances, les pouvoirs de modification conférés par le *Code* aux juges du procès». Il n'a pas indiqué la source de ce pouvoir, que seule une loi peut conférer. Tout ce que je peux déduire du fait que le juge Davey s'est appuyé sur les motifs du juge Wilson, c'est que d'après le juge Davey, ce pouvoir est tiré de ce qui est maintenant le par. 610(3) du *Code criminel*. Cependant, le par. 610(3) parle des pouvoirs d'une cour d'appel en matière civile et il n'autorise aucunement une cour d'appel à exercer les pouvoirs conférés au juge du procès par le *Code criminel*.

¹⁷ [1936] R.C.S. 188.

¹⁸ [1931] R.C.S. 505.

Sheppard J.A. met the issue of the omission of an essential averment, to which no objection was taken at trial, by invoking the principle laid down in *R. v. Leclair*¹⁹, namely, that when an accused has failed to move to quash before pleading to an indictment and has failed as well to object during the trial, the Court of Appeal may refuse to allow him to raise the matter there unless it is of opinion that the accused has been in some way prejudiced or misled. In *Leclair*, although an essential averment was omitted, the section of the *Code* under which the offence was charged was referred to, and this, it seems to me, must have some bearing on the statement of principle which, otherwise, would appear to contradict Davey J.A.'s opinion, quoted above, that omission of an essential averment itself is a substantial wrong. I do not need, however, to dwell on this point here but pass to Sheppard J.A.'s observation on whether there is a power in a court of appeal to amend an indictment. He said this on the point (at p. 44):

The Court of Appeal has not power to make the amendment of the indictment and conviction by adding the word "therein" as requested by the Crown. By reason that Parliament has expressly conferred on the trial Court the power to amend indictments subject to certain restrictions (s. 510) [now s. 529] there is difficulty in construing other sections of the *Code* as impliedly conferring upon another Court, such as the Court of Appeal, the power to amend the indictment and conviction, either subject to the same restrictions on the trial Court or without any restriction. Moreover, the primary question for the Court of Appeal is whether or not substantial wrong or miscarriage of justice has occurred (s. 592(1)(b)(iii)) [now s. 613(1)(b)(iii)]; if not the appeal would be dismissed and the matter thereby ended. If substantial wrong or miscarriage of justice has occurred the appeal would be allowed and the conviction quashed, with the direction of an acquittal, or of a new trial (s. 592(2)) [now s. 613(2)]. Only in the event of a new trial would any amendment be required and the power to make such amendment has been given to the trial Court where the accused would have an opportunity to plead thereto and to meet the issue raised thereby. It would follow that the Court of Appeal has not the power to amend the indictment and conviction as requested for the Crown.

¹⁹ (1956), 115 C.C.C. 297.

Pour régler la question de l'omission d'une allégation essentielle, qui n'a soulevé aucune objection au procès, le juge Sheppard a invoqué le principe établi dans l'arrêt *R. v. Leclair*¹⁹: lorsqu'un accusé ne demande pas, avant sa plaidoirie, l'annulation de l'acte d'accusation et ne soulève pas d'objection au cours du procès, la Cour d'appel peut s'opposer à ce qu'il soulève la question devant elle, à moins qu'elle soit d'avis que l'accusé a été lésé ou induit en erreur. Dans l'affaire *Leclair*, une allégation essentielle avait été omise, mais l'article du *Code* pertinent à l'infraction imputée était mentionné. A mon avis, ceci doit avoir une incidence sur l'énoncé de principe qui, autrement, semblerait contredire l'opinion du juge Davey, citée précédemment, selon laquelle l'omission d'une allégation essentielle constitue en soi un tort important. Il n'est pas nécessaire, cependant, d'insister sur ce point. Je passe donc maintenant à ce qu'a dit le juge Sheppard sur la question de savoir si la Cour d'appel a le pouvoir de modifier un acte d'accusation (à la p. 44):

[TRADUCTION] La Cour d'appel n'a pas le pouvoir de modifier l'acte d'accusation et la déclaration de culpabilité en ajoutant le mot «y» comme le demande le ministère public. Puisque, sous réserve de certaines conditions, le Parlement a expressément conféré au tribunal de première instance le pouvoir de modifier les actes d'accusation (art. 510) [maintenant l'art. 529], on peut difficilement interpréter les autres articles du *Code* comme conférant implicitement à une autre cour, telle la Cour d'appel, le pouvoir de modifier un acte d'accusation ou une déclaration de culpabilité, que ce soit sous réserve des conditions imposées au tribunal de première instance ou sans aucune restriction. D'ailleurs, la première question que doit se poser la Cour d'appel est celle de savoir s'il y a eu tort important ou déni de justice (sous-al. 592(1)(b)(iii)) [maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii)]; si ce n'est pas le cas, l'appel doit être rejeté et le litige prend fin. Par contre, dans l'affirmative, l'appel doit être accueilli et la déclaration de culpabilité annulée et la Cour doit prononcer un acquittement ou ordonner un nouveau procès (par. 592(2)) [maintenant le par. 613(2)]. Une modification ne sera nécessaire qu'en cas de nouveau procès et le tribunal de première instance est habilité à procéder à cette modification ce qui permet à l'accusé de plaider en fonction de celle-ci. La Cour d'appel n'a donc pas le pouvoir de modifier l'acte d'accusation ni la déclaration de culpabilité, comme le demande le ministère public.

¹⁹ (1956), 115 C.C.C. 297.

I have reviewed the *Wixalbrown and Schmidt* case at some length because it has spawned other decisions to the same effect on the power to amend. Certain observations must be made about it. In the first place, and central to the present case, it does not deal with the substitution of a charge of a different offence from that sought to be alleged. Second, Wilson J.A. did not say what Davey J.A. said he did. Wilson J.A. noted that a court of appeal could not find a power to amend an indictment on the now s. 529, that provision being limited to trial judges, but it could be founded on the now s. 610(3) as giving the same power to amend as the Court of Appeal had in civil cases.

I am unable to accept the view that s. 610(3) confers any power upon a court of appeal to amend an indictment. That subsection takes its context from the preceding provisions of s. 610 which concern evidentiary questions. The opening words of s. 610(3) show its limited range; they provide that "A court of appeal may exercise . . . any powers not mentioned in subsection (1) that may be exercised . . . on appeals in civil matters". The subsection cannot, therefore, be read as if it was a detached and separate provision. Although Wilson J.A. purported to find support for his view in this Court's judgment in *Kissick v. The King*²⁰, that case was concerned with an issue as to admissibility of evidence and thus related to the very subject-matter of s. 610. Still less can s. 610(3) be relied upon to authorize a court of appeal to substitute a different charge from the one on which the case came before it.

Wixalbrown and Schmidt was invoked by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Breland and George*²¹, where essential averments were omitted from a charge but no objection was taken at trial. The majority judgment proceeded on alternative bases, relying, first, on the principle of *R. v. Leclair, supra*, that where no objection is taken at trial the accused will not be allowed to take it on appeal unless he has been misled or prejudiced; and, second, on the principle allegedly

J'ai examiné à fond l'arrêt *Wixalbrown and Schmidt* parce qu'il a été suivi dans d'autres décisions sur le pouvoir de modification. Certaines remarques s'imposent. Tout d'abord cet arrêt ne traite pas de la substitution d'une nouvelle accusation à l'accusation initialement portée, aspect crucial en l'espèce. Ensuite, le juge Wilson n'a pas dit ce que le juge Davey lui fait dire. Le juge Wilson souligne qu'une cour d'appel ne peut se fonder sur l'actuel art. 529 pour modifier un acte d'accusation puisque cet article ne s'applique qu'au juge du procès, mais qu'elle peut se fonder sur l'actuel par. 610(3) qui lui donne un pouvoir de modification semblable à celui que possède une cour d'appel en matière civile.

Je ne puis admettre que le par. 610(3) confère à une cour d'appel le pouvoir de modifier un acte d'accusation. On doit situer ce paragraphe dans le contexte des autres paragraphes de l'art. 610 qui traitent de questions relatives à la preuve. Les premiers mots du par. 610(3) en font ressortir la portée limitée: «Une cour d'appel peut exercer . . . tout pouvoir non mentionné au paragraphe (1) qui peut être exercé . . . lors d'appels en matière civile». On ne peut donc interpréter le paragraphe comme une disposition autonome et isolée. Le juge Wilson a tenté d'appuyer son point de vue sur l'arrêt *Kissick c. Le Roi*²⁰, prononcé par cette Cour, mais cet arrêt portait sur l'admissibilité d'une preuve et avait donc trait à l'objet même de l'art. 610. On peut encore moins invoquer le par. 610(3) pour autoriser une cour d'appel à substituer une accusation différente à celle qui lui a été soumise.

L'arrêt *Wixalbrown and Schmidt* a été invoqué par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Breland and George*²¹, où des allégations essentielles ne figuraient pas dans l'accusation sans qu'aucune objection n'ait été soulevée au procès. Le jugement de la majorité reposait sur d'autres motifs. Le premier est le principe établi dans l'arrêt *R. v. Leclair*, précité, selon lequel, si l'accusé n'a soulevé aucune objection au procès, il ne peut le faire en appel à moins qu'il

²⁰ [1952] 1 S.C.R. 343.

²¹ [1964] 3 C.C.C. 370.

²⁰ [1952] 1 R.C.S. 343.

²¹ [1964] 3 C.C.C. 370.

derived from the judgment of Davey J.A. in *Wixalbrown and Schmidt* that even if the accused has been misled or prejudiced, the Court of Appeal may amend and affirm the conviction under s. 529 of the *Criminal Code* if there has been no substantial wrong or miscarriage of justice. I have doubts whether *Wixalbrown and Schmidt* goes this far (and the dissenting judgment of Whittaker J.A. supports my doubt), since Davey J.A. was mistaken as to what Wilson J.A. said in that case but, in any event, I need not pursue this because we are not dealing in the *Breland and George* case with the substitution of a different charge but only with the perfection of an imperfect one.

There is another line of cases represented by *Morin and Morin v. The Queen*²² and by *R. v. Pearson*²³ which take a strict approach against the Crown where an essential particular of a charge is not proved and no application to amend is made by the Crown to the trial judge. In the *Morin* case, there was a charge of illegal possession of goods on a stated date but the evidence showed possession at a later date. The Crown did not move to amend but a conviction was entered at trial. The Quebec Court of Appeal held that the offence charged was not proved and that it had no power to rectify the matter, citing *R. v. Volaine*²⁴. This class of case differs from those where an essential averment or some particular is omitted; the charge is good in all respects but, as in the *Volaine* case, it alleges an offence committed on a specific date and the evidence does not show any of the prohibited acts to have been committed on that date. No rectification having been effected at the trial, it was held in *Volaine* that the Court of Appeal had no power to rectify the mistake, with the result that a conviction on the charge could not stand and an acquittal had to be ordered.

n'ait été lésé ou induit en erreur; le deuxième est le principe apparemment tiré des motifs du juge Davey dans l'arrêt *Wixalbrown and Schmidt* selon lequel, même si l'accusé a été lésé ou induit en erreur, la Cour d'appel peut modifier et confirmer la déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 529 du *Code criminel* s'il n'y a eu aucun tort important ni déni de justice. Je doute que cet arrêt aille aussi loin (et le jugement dissident du juge Whittaker renforce mon doute) puisqu'en l'instance, le juge Davey s'est mépris sur les propos du juge Wilson. Quoi qu'il en soit, je n'ai pas à approfondir ce point parce que l'affaire *Breland and George* ne porte pas sur la substitution d'une accusation différente mais simplement sur la correction d'un acte d'accusation imparfait.

Il existe un autre courant jurisprudentiel représenté par les arrêts *Morin et Morin c. La Reine*²² et *R. v. Pearson*²³, qui adopte une attitude stricte face au ministère public lorsque ce dernier n'a pas prouvé un détail essentiel d'une accusation et qu'il n'a pas demandé de modification au juge du procès. Dans l'affaire *Morin*, il s'agissait d'une accusation de possession illégale de marchandises à une date déterminée alors que la preuve établissait qu'il y avait eu possession à une date ultérieure. Le ministère public n'a pas demandé la modification de l'acte d'accusation, mais le tribunal a prononcé un verdict de culpabilité. La Cour d'appel du Québec a jugé que l'infraction imputée n'avait pas été prouvée et qu'elle n'avait pas le pouvoir de faire les corrections nécessaires, citant l'arrêt *R. v. Volaine*²⁴. Ce genre d'affaires est différent des cas d'omission d'allégations essentielles ou de détails; l'accusation est en tout point valable mais, comme dans l'affaire *Volaine*, on allègue la perpétration d'une infraction à une date déterminée alors que la preuve ne montre pas qu'un des actes prohibés a été commis ce jour-là. Comme aucune correction n'avait été faite au cours du procès, on a jugé dans l'affaire *Volaine* que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de corriger l'erreur; la déclaration de culpabilité n'était donc pas valide et il fallait ordonner l'acquittement.

²² (1966), 48 C.R. 303.

²³ (1972), 6 C.C.C. (2d) 17.

²⁴ [1951] O.W.N. 582.

²² (1966), 48 C.R. 303.

²³ (1972), 6 C.C.C. (2d) 17.

²⁴ [1951] O.W.N. 582.

In the *Pearson* case, *supra*, there was a variance as to the place of commission of an offence between the statement in the charge and the evidence that was adduced but no application was made to amend. On appeal, a majority of the Quebec Court of Appeal held that the conviction must be quashed and an acquittal entered because the Court of Appeal had no power to amend the charge to conform to the evidence. Owen J.A. dissented in an extensive review of the authorities, preferring to follow and to apply, in respect of a variance as to the place of commission of an offence, a line of cases, having their source in English case law, holding that a variance as to date was not fatal to a conviction because the place, like the date, was not an essential averment, and since the accused was not misled or prejudiced the conviction should stand. He added this (at p. 26):

In view of this conclusion, I do not deem it necessary to discuss whether this Court, in the present case, had the power to amend the indictment so as to conform with the proof.

One further point may be noted, arising from the judgment of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Christiansen*²⁵. That Court was unanimous in holding that a charge of trafficking in narcotics by distributing was not supported by the evidence and further that an attempt to commit the offence was not established. However, it divided on the consequences of its holding. Since it appeared that the evidence supported a finding of trafficking by giving, the question was whether the trial judge should have amended the indictment *suo motu* and whether, not having done so, this was a reversible error. Hughes C.J.N.B. held on the authorities that there was no duty on the trial judge to amend the indictment to conform to the evidence when the Crown did not seek an amendment and hence would dismiss the Crown's appeal against an acquittal. Ryan J.A. was content to dismiss the appeal on the ground that the offence charged was not proved. Only Limerick J.A., who dissented, viewed s. 610(3) as giving the Court of Appeal power to amend the indictment

Dans l'arrêt *Pearson* (précité), il y avait une divergence quant au lieu de l'infraction entre l'accusation et la preuve produite, mais aucune demande de modification n'avait été présentée. En appel, la majorité de la Cour d'appel du Québec a jugé que la déclaration de culpabilité devait être annulée et un acquittement prononcé parce que la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de modifier l'accusation afin de la rendre conforme à la preuve. Le juge Owen a appuyé sa dissidence sur un examen approfondi de la jurisprudence. Il a préféré suivre, quant à la divergence sur le lieu de l'infraction, le courant jurisprudentiel issu d'arrêts anglais selon lequel une divergence sur la date n'est pas fatale à la condamnation, car ni le lieu ni la date ne constitue une allégation essentielle. La condamnation devait donc être maintenue puisque l'accusé n'avait pas été lésé ni induit en erreur. Il a déclaré en outre (à la p. 26):

[TRADUCTION] Etant donné cette conclusion, j'estime inutile de décider si la présente Cour a, en l'espèce, le pouvoir de modifier l'acte d'accusation afin de le rendre conforme à la preuve.

L'arrêt *R. v. Christiansen*²⁵, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, soulève un autre point. Cette Cour-là a unanimement jugé que la preuve ne permettait pas d'étayer une accusation de trafic de stupéfiants en en faisant la distribution et qu'une tentative de commettre l'infraction n'était pas établie. Cependant elle était partagée quant aux conséquences de cette décision. Comme la preuve pouvait étayer une accusation de trafic de stupéfiants en les donnant, la question était de savoir si le juge de première instance aurait dû modifier d'office l'acte d'accusation et si, ne l'ayant pas fait, il avait commis une erreur pouvant donner lieu à cassation. Le juge en chef Hughes du Nouveau-Brunswick a statué que, vu la jurisprudence, le juge du procès n'était pas tenu de modifier l'acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve, car le ministère public ne l'avait pas demandé, et qu'il fallait donc rejeter l'appel de ce dernier contre l'acquiescement. Le juge Ryan s'est contenté de rejeter l'appel parce que l'infraction n'avait pas été prouvée. Seul le juge Limerick, qui

²⁵ (1973), 23 C.R.N.S. 229.

²⁵ (1973), 23 C.R.N.S. 229.

but, apparently, only by reason of the trial judge's error in law in failing to make the amendment. It followed in his view that a new trial should be directed on an amended indictment, invoking in this respect s. 613(8) of the *Criminal Code*.

I cannot subscribe to Limerick J.A.'s proposition that a trial judge has a duty to amend an indictment to conform to the evidence when the Crown has not sought an amendment and hence the basis on which he asserted an amending power in the Court of Appeal under s. 610(3) disappears. Indeed, if he is correct in imposing such a duty on a trial judge there is no need to invoke s. 610(3) since the issue then becomes merely one of correcting an error of law below. I do not find the *Christiansen* case of any assistance on the issues in the present case.

It is, of course, the fact that, with the power given to a trial judge to amend to add an omitted essential averment, the line between a charge which is a nullity and one which is merely imperfect has become more difficult to draw. *R. v. Hunt, Nadeau and Paquette*²⁶ is an illustration, the British Columbia Court of Appeal holding there that there was no offence disclosed in the charge, which was thus not amendable. In *R. v. Major*²⁷, which came to this Court (see 27 C.C.C. (2d) 239) MacKeigan C.J.N.S. considered both *R. v. Leclair* and *R. v. Wixalbrown and Schmidt* and, speaking for the majority, laid it down (at p. 65) that "the omission of what used to be considered an essential averment is not now sufficient to prevent a charge being cured by amendment, even at the Court of Appeal level, so long as the accused is reasonably informed and not misled, and especially where the offence is correctly identified by section number". The source of this power must have been s. 529 because MacKeigan C.J.N.S. said that he respect-

était dissident, a considéré que le par. 610(3) accorde à la Cour d'appel le pouvoir de modifier l'acte d'accusation mais, apparemment, uniquement parce que l'omission du juge du procès constituait une erreur de droit. Selon lui, il fallait ordonner un nouveau procès sur l'acte d'accusation modifié, invoquant à cet égard le par. 613(8) du *Code criminel*.

Je ne puis souscrire à l'avis du juge Limerick selon lequel il incombe au juge du procès de modifier un acte d'accusation afin de le rendre conforme à la preuve lorsque le ministère public ne l'a pas demandé et je rejette donc le principe sur lequel il se fonde pour soutenir que le par. 610(3) donne ce pouvoir à la Cour d'appel. En fait, si c'est à juste titre qu'il attribue ce devoir au juge du procès, il n'est pas nécessaire de recourir au par. 610(3) puisqu'il s'agit seulement de corriger une erreur de droit commise par un tribunal d'instance inférieure. Je conclus que l'arrêt *Christiansen* n'est d'aucune utilité en l'espèce.

C'est un fait qu'il est devenu plus difficile de faire la différence entre une accusation invalide et une accusation simplement imparfaite depuis que le juge du procès a le pouvoir de modifier l'acte d'accusation en y ajoutant une allégation essentielle omise. L'arrêt *R. v. Hunt, Nadeau and Paquette*²⁶, en est un exemple: la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé dans ce cas que l'accusation ne révélait aucune infraction et qu'elle ne pouvait donc pas être modifiée. Dans l'arrêt *R. v. Major*²⁷, qui a été soumis à cette Cour (voir 27 C.C.C. (2d) 239), le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a examiné les deux arrêts *R. v. Leclair* et *R. v. Wixalbrown and Schmidt* et, parlant au nom de la majorité, a déclaré (à la p. 65) que [TRADUCTION] «l'omission de ce que l'on considérait comme une allégation essentielle ne suffit plus pour empêcher la modification d'une accusation, même en cour d'appel, tant que l'accusé est raisonnablement informé et n'est pas lésé, surtout lorsque l'infraction est correctement identi-

²⁶ (1974), 16 C.C.C. (2d) 382.

²⁷ (1975), 25 C.C.C. (2d) 62.

²⁶ (1974), 16 C.C.C. (2d) 382.

²⁷ (1975), 25 C.C.C. (2d) 62.

fully agreed with Davey J.A. in *Wixalbrown and Schmidt*.

The issue for MacKeigan C.J.N.S. in the *Major* case was whether the charge was an unamendable nullity or was amendable despite its imperfection, and he concluded that it was amendable by supplying an omitted essential averment but that it was necessary to see if the matters covered by the missing averment were in fact proved in order to decide whether the amendment should be made and whether the accused should have been convicted. It was on the point of whether there was such evidence that Cooper J.A. dissented from the majority and would, unlike them, have allowed the amendment and affirmed the conviction which the majority quashed. In so far as the Nova Scotia Court's decision in the *Major* case stands for the proposition that a court of appeal may exercise the powers of a trial judge under s. 529 to amend a charge of an indictable offence to supply an essential averment it is, in my opinion, wrong in law and this is very clear from a mere reading of s. 529. The appeal to this Court was disposed of in short oral reasons at the conclusion of the hearing whereby Cooper J.A.'s assessment was preferred and the conviction was accordingly restored: see (1976), 27 C.C.C. (2d) 239.

The *Major* case was considered by this Court in its recent decision in *R. v. Côté*²⁸, which was a Crown appeal from acquittal on an information charging an offence under s. 235(2) of the *Criminal Code*, the information referring to the section but omitting from the particulars of the charge the words "without reasonable excuse". No objection was taken by the accused to the omission either at first instance or on the trial *de novo*, nor did he object in his notice of appeal that the charge did not disclose an offence. However, leave to amend the notice of appeal to raise this objection was given by the Saskatchewan Court of Appeal which, in the result, quashed the summary conviction on that ground. The case was brought here on

²⁸ (1977), 33 C.C.C. (2d) 353.

fiée par le numéro de l'article». Ce pouvoir doit tirer son origine de l'art. 529 parce que le juge en chef MacKeigan a déclaré souscrire à l'opinion du juge Davey dans l'arrêt *Wixalbrown and Schmidt*.

Pour le juge en chef MacKeigan, le point en litige dans l'arrêt *Major* était de savoir si l'accusation était entachée de nullité absolue et donc non-modifiable, ou si elle pouvait être modifiée malgré son imperfection. Il a conclu qu'elle pouvait l'être par l'addition d'une allégation essentielle qui avait été omise, mais qu'il était nécessaire de vérifier d'abord si le point touché par l'allégation manquante avait en fait été prouvé pour déterminer si l'accusation devait être modifiée et l'accusé déclaré coupable. C'est au sujet de l'existence de pareille preuve que le juge Cooper était dissident et, contrairement à la majorité de la Cour, il aurait autorisé la modification et confirmé la déclaration de culpabilité que la majorité a annulée. Dans la mesure où la décision de la Cour de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Major* vient déclarer qu'une cour d'appel peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance en vertu de l'art. 529, qui permet de modifier un acte d'accusation en y insérant une allégation essentielle, elle est, à mon avis, erronée en droit, ce qui ressort clairement à la simple lecture de l'art. 529. Cette Cour a rendu, en appel, de brefs motifs oraux par lesquels elle se rallie à l'opinion du juge Cooper et rétablit ainsi la déclaration de culpabilité: voir (1976), 27 C.C.C. (2d) 239.

Cette Cour a étudié l'arrêt *Major* dans une récente décision, *R. c. Côté*²⁸, où le ministère public a interjeté appel d'un acquittement prononcé sur une dénonciation portant une accusation aux termes du par. 235(2) du *Code criminel*; la dénonciation mentionne l'article, mais les mots «sans excuse raisonnable» n'y figurent pas. L'accusé n'a soulevé aucune objection relativement à cette omission, ni en première instance, ni au cours du procès *de novo*. Il n'a pas allégué non plus, dans son avis d'appel, que l'accusation ne révélait aucune infraction. Cependant, la Cour d'appel de la Saskatchewan a accordé l'autorisation de modifier l'avis d'appel pour soulever cette objection et a annulé la déclaration sommaire de culpabilité. Le

²⁸ (1977), 33 C.C.C. (2d) 353.

the question of the applicability of ss. 732(1), (3) and 755(4) (as it stood at that time) of the *Criminal Code*. Whether s. 732, which refers to the powers and position of a summary conviction court, has any relevance to an issue arising in an appellate court is, at best, doubtful, and I have grave doubt as well whether s. 755(4) has any application to a court of appeal since it is a provision referring to an "appeal court" defined in s. 747 as being the court for trials *de novo* whereas the further appeal to a court of appeal is dealt with in s. 771. However, neither s. 732(1), (3) nor s. 755(4) was necessary to the determination of the Crown's appeal (which was allowed in this Court) since both de Grandpré J. who wrote for the majority and Spence J. who wrote in concurrence were agreed that the information was sufficient and did not need amendment.

However, in deference to the arguments advanced by counsel on the question on which leave was given to bring the case to this Court, de Grandpré J. went on to discuss the *Major* case, pointing out (and in this Spence J. agreed) that we were concerned, on the appeal here, only with the question whether there was sufficient evidence to prove an element of the offence charged, and we supported the dissenting view of Cooper J.A. in the Nova Scotia Court of Appeal that there was such evidence. The further observation and conclusion of de Grandpré J. on the effect of ss. 732(1), (3) and 755(4) (and I have already indicated my doubt of their applicability to a court of appeal) that "it was an error on the part of the [Saskatchewan] Court of Appeal to fail to consider the application of the relevant provisions of s. 732 and s. 755 . . . in the circumstances of the case and to hold that the information did not disclose an offence known to the law" (at p. 358 of 33 C.C.C. (2d)) have no relevance for the issue under consideration in the present case.

This observation and conclusion was prefaced by the words (referring to the *Major* case) that "this recent decision of our Court settles the matter with the result that the question of law defined in the order granting leave [in the *Côté* case] must be

pourvoi interjeté devant cette Cour portait sur l'application des par. 732(1) et (3) et 755(4) (en vigueur à l'époque) du *Code criminel*. La question de savoir si l'art. 732, qui traite des pouvoirs et statut d'une cour des poursuites sommaires, est pertinent à l'égard d'une question soulevée en cour d'appel est, au mieux, discutable. Je doute également sérieusement de l'application du par. 755(4) à une cour d'appel puisqu'il fait état d'une «cour d'appel», définie à l'art. 747, en tant que tribunal où se tiennent les procès *de novo*, tandis que l'art. 771 vise les appels subséquents à une cour d'appel. Cependant, ni les par. 732(1) et (3), ni le par. 755(4) n'étaient nécessaires pour trancher le pourvoi du ministère public (qui a été accueilli par cette Cour), puisque le juge de Grandpré, qui parlait au nom de la majorité, et le juge Spence, qui a soumis des motifs concordants, ont convenu que le texte de la dénonciation était suffisant et ne nécessitait aucune modification.

Cependant, vu les moyens avancés par les avocats sur la question qui avait fait l'objet de l'autorisation d'appel, le juge de Grandpré a examiné l'arrêt *Major*. Il a fait remarquer, avec l'accord du juge Spence sur ce point, que le pourvoi portait uniquement sur la question de savoir si la preuve était suffisante pour établir un élément de l'infraction imputée et que la Cour partageait l'opinion dissidente du juge Cooper de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, qu'une telle preuve existait. Les remarques et les conclusions additionnelles du juge de Grandpré au sujet des par. 732(1) et (3) et 755(4) (j'ai déjà signalé que je doute qu'ils soient applicables à une cour d'appel), selon lesquelles «c'était une erreur de la part de la Cour d'appel de la Saskatchewan de ne pas examiner l'application des dispositions pertinentes des art. 732 et 755 . . . en l'espèce et de juger que la dénonciation ne révélait pas une infraction tombant sous le coup de la loi» (à la p. 358 du 33 C.C.C. (2d)) ne sont pas pertinentes en l'espèce.

Cette conclusion est précédée de la remarque suivante: «cette décision récente [l'arrêt *Major*] règle le problème. Il faut donc répondre par l'affirmative à la question de droit posée dans l'ordonnance autorisant le pourvoi [dans l'arrêt *Côté*].»

answered in the affirmative". Whatever be the view taken of our decision in the *Major* case, nothing in it touches the power of a court of appeal to substitute a charge of a different offence, and it must be assumed that Chief Justice MacKeigan's reference to the Court of Appeal's power to amend can only have been a reference to s. 529 although no *Criminal Code* provision was identified by him.

Since it is established—and a recent illustration is seen in *R. v. Vallée*²⁹—that a charge or an indictment which fails to disclose an offence, one which is a nullity, is not amendable by the trial judge even given the wide powers of amendment reposed in him by s. 529, and that no power to breathe life into a nullity rests in a court of appeal, it would be astonishing if on appeal a court of appeal could exercise power to substitute a different charge when a trial judge cannot do so. There is no express power to do so, indeed there is not even any express power in a court of appeal to amend, as there is in New Zealand under s. 392(1) of the *Crimes Act*, 1908 (N.Z.), No. 32, and it would seem that the proper course for the Court of Appeal to adopt, if it decides to order a new trial and not apply the *Leclair* doctrine to foreclose the accused on any objection to the indictment, is to leave it to the trial judge to decide whether an amendment should be made.

III

I turn now to s. 613(8) of the *Criminal Code* and, in order to provide a context for its consideration I reproduce as well s. 613(4) as that provision stood at the time of the proceedings in this case in the British Columbia Court of Appeal (it was amended and re-arranged by the *Criminal Law Amendment Act*, 1975, 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 75, effective July 26, 1976, but without any change in substance). The two subsections read as follows:

613. (4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

- (a) dismiss the appeal; or
- (b) allow the appeal, set aside the verdict and

²⁹ [1969] 3 C.C.C. 293.

Quelle que soit l'interprétation de l'arrêt *Major*, il ne vise en aucune façon le pouvoir d'une cour d'appel de remplacer une accusation par une autre portant sur une infraction différente. Il faut présumer que lorsque le juge en chef MacKeigan mentionne le pouvoir de modifier de la Cour d'appel, il ne peut faire allusion qu'à l'art. 529, bien qu'il n'ait indiqué aucune disposition du *Code criminel*.

Puisqu'il est établi—et l'arrêt *R. v. Vallée*²⁹, en est une illustration récente—qu'une accusation ou un acte d'accusation qui ne révèle pas d'infraction est entaché de nullité et ne peut être modifié par le juge du procès, malgré les vastes pouvoirs que lui confère l'art. 529, et qu'une cour d'appel ne peut rétablir un acte entaché de nullité, il serait surprenant qu'une cour d'appel puisse, en appel, substituer une accusation différente alors que le juge du procès lui-même ne peut le faire. Ce pouvoir ne lui est pas expressément accordé; en fait, une cour d'appel n'a pas expressément le pouvoir de faire des modifications, comme c'est le cas en Nouvelle-Zélande aux termes du par. 392(1) de la *Crimes Act*, 1908 (N.-Z.), n° 32. Il semble que si la Cour d'appel décide d'ordonner un nouveau procès plutôt que d'appliquer la doctrine de *Leclair* pour interdire à l'inculpé de s'opposer à l'acte d'accusation, elle devrait ordonner un nouveau procès et laisser le juge du procès décider de l'opportunité d'une modification.

III

Je passe maintenant au par. 613(8) du *Code criminel* et, pour le situer dans son contexte, je vais également citer le par. 613(4), en vigueur au moment de l'institution des présentes procédures devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (il a été modifié depuis par la *Loi de 1975 modifiant le droit pénal*, 1974-75-76 (Can.), c. 93, art. 75, entré en vigueur le 26 juillet 1976, mais sans modification de fond). Les deux paragraphes en cause se lisent ainsi:

613. (4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut

- a) rejeter l'appel; ou
- b) admettre l'appel, écarter le verdict et

²⁹ [1969] 3 C.C.C. 293.

- (i) enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or
- (ii) order a new trial.

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

I supplement these provisions to make the short point here that this Court's power to entertain the accused's appeal from the setting aside of his acquittal is found in s. 618(2)(a) which gives him a right of appeal in such circumstances on a question of law, here the question of the proper construction and application of s. 613(4), (8).

Grammatically and as a matter of common sense construction, a court of appeal, seized of a Crown appeal against an acquittal, looks to s. 613(4) for the powers it may exercise on such an appeal, and it is only where (in the words of s. 613(8)) "a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection . . . (4) [that] it may make any order, in addition [*to that exercise* (the italicized words are my own)] that justice requires". The provision in s. 613(8) for "any order, in addition, that justice requires" is sequential to the exercise of the power to order a new trial under s. 613(4). It does not, in my view, enable a court of appeal to make an order upon which to found a direction for a new trial; and certainly not when that order does not relate to the charge on which the accused has been acquitted and to an error of law in respect of that charge. This is, I think, rather obvious when reference is had, as it must be, to s. 605(1)(a) upon which the Crown must base its right to appeal an acquittal. There is a statutory framework, and only a statutory framework, for appeals, and the limitations which have been placed by Parliament on Crown appeals are clear. A court of appeal, limited to questions of law arising out of the indictment on which an accused has been tried and acquitted, cannot, so to speak, pull itself up by its own bootstraps to exercise its power to order a new trial but must find a basis for doing so in respect of the charge as laid and considered at trial. It is only that charge which an accused must be prepared to

- (i) consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit, ou
- (ii) ordonner un nouveau procès.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

J'ajoute à cela que le pouvoir de cette Cour d'entendre l'appel de l'accusé contre l'annulation de son acquittement est conféré par l'al. 618(2)a) qui accorde le droit d'interjeter appel, dans un tel cas, sur une question de droit, soit en l'espèce la question de l'interprétation et de l'application des par. 613(4) et (8).

Grammaticalement et selon le sens ordinaire de cette disposition, lorsque le ministère public interjette appel d'un acquittement, la cour d'appel trouve au par. 613(4) l'énumération des pouvoirs dont elle est alors investie et c'est seulement lorsque (aux termes du par. 613(8)) «une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe . . . (4) . . . [qu'] elle peut en outre [*de ce faire* (c'est moi qui ajoute les mots en italiques)] rendre toute ordonnance que la justice exige». La disposition du par. 613(8) prévoyant qu'elle peut rendre «en outre toute ordonnance que la justice exige» présuppose qu'elle a exercé son pouvoir d'ordonner un nouveau procès en vertu du par. 613(4). A mon avis, elle ne permet pas à une cour d'appel de rendre une ordonnance sur laquelle fonder une directive de nouveau procès, surtout lorsque cette ordonnance ne se rapporte pas à l'accusation sur laquelle l'accusé a été acquitté ni à une erreur de droit relative à cette accusation. Cela est particulièrement évident si l'on se reporte, comme il se doit, à l'al. 605(1)a) sur lequel le ministère public doit se fonder pour interjeter appel d'un acquittement. Les appels sont régis par la loi, et par la loi seulement, et les restrictions imposées par le Parlement aux appels interjetés par le ministère public sont claires. Une cour d'appel, dont les pouvoirs se limitent aux questions de droit soulevées par l'acte d'accusation en vertu duquel un accusé a été jugé et acquitté, ne peut utiliser son pouvoir d'ordonner un nouveau procès que si elle peut en fonder l'exercice sur l'accusation soumise et examinée au

defend (saving included offences) and fairness to him, which the *Criminal Code* purports to express in accordance with the fundamental conceptions residing in the presumption of innocence, dictates that he not be taken beyond the bounds of what the Crown has chosen to lay against him.

What is now s. 613(8) was considered by Fauteux J., as he then was, in *Welch v. The King*³⁰, where he spoke for the majority of the Court on an issue arising from a conviction on a charge of manslaughter upon a second trial of the accused who had first been charged with murder and convicted of manslaughter. The first verdict was set aside for misdirection and the Ontario Court of Appeal either failed or refused to order a new trial or to direct an acquittal, contenting itself with saying that although the conviction would be set aside the accused was not acquitted. The second trial followed. In the result, the majority of this Court allowed the accused's appeal, quashed the conviction on the second trial and ordered his discharge. What this Court was concerned with in the *Welch* case was the incomplete judgment of the Ontario Court of Appeal in the first proceeding and, hence, with the statutory powers of courts of appeal on appeals in criminal cases. The explanation of the Court of Appeal's unusual decision neither to convict nor acquit nor to order a new trial was the assumed impossibility under the *Criminal Code* of the Crown laying a second indictment for manslaughter where the accused had been acquitted on an indictment charging murder: see *R. v. Pascal*³¹.

In the course of his reasons, and adverting obviously to what is now s. 613(8), Fauteux J. said this (at p. 426):

... I fail, I must say with deference, to appreciate the alleged obstacles standing in the way of the Court of Appeal to exercise its authority if, as suggested, the

procès. L'accusé ne doit avoir à répondre qu'à cette accusation (abstraction faite des infractions incluses) et la justice à son égard, que le *Code criminel* tente d'exprimer conformément aux notions fondamentales que concrétise la présomption d'innocence, exige qu'il ne soit pas obligé de sortir des limites de ce que le ministère public a choisi de lui imputer.

Ce qui est maintenant le par. 613(8) a été étudié par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Welch c. Le Roi*³⁰, où il s'est prononcé, au nom de la majorité de la Cour, sur un litige résultant d'une déclaration de culpabilité sur une accusation d'homicide involontaire coupable, prononcée lors d'un second procès alors que l'accusé avait d'abord été inculpé de meurtre et déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Le premier verdict avait été annulé en raison de directives erronées et la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas ordonné de nouveau procès, ni prononcé d'acquiescement, ni refusé de le faire, se contentant de dire que l'accusé n'était pas acquitté même si la déclaration de culpabilité était annulée. Il y eut un second procès. En fin de compte, la majorité de cette Cour a accueilli le pourvoi de l'accusé, annulé la déclaration de culpabilité prononcée au deuxième procès et ordonné sa libération. Dans l'affaire *Welch*, cette Cour avait à examiner un jugement incomplet prononcé par la Cour d'appel de l'Ontario à l'égard du premier procès, et donc les pouvoirs statutaires des cours d'appel en matière d'appels au criminel. La décision inhabituelle de la Cour d'appel de ne pas prononcer de condamnation ou d'acquiescement, ni d'ordonner un nouveau procès, s'explique parce qu'aux termes du *Code criminel*, le ministère public se trouve supposément dans l'impossibilité de porter une deuxième accusation d'homicide involontaire coupable une fois l'accusé acquitté sur une accusation de meurtre: voir *R. v. Pascal*³¹.

Dans ses motifs, le juge Fauteux, faisant manifestement référence à ce qui est maintenant le par. 613(8), dit (à la p. 426):

[TRADUCTION] ... Avec égards, je ne vois pas ce qui empêchait la Cour d'appel d'exercer sa compétence si, comme on le laisse entendre, la majorité des juges

³⁰ [1950] S.C.R. 412.

³¹ (1949), 95 C.C.C. 288.

³⁰ [1950] R.C.S. 412.

³¹ (1949), 95 C.C.C. 288.

majority judges wanted to direct a new trial only on this sole undisposed of part of the indictment, that is, the lesser charge of manslaughter. Legal and sufficient it would have been to direct a new trial on the offence of manslaughter exclusively and to further order that the original indictment of murder be, to that end, amended. Thus, on this new trial, the accused could only be found guilty or not guilty of manslaughter. The language of the statute is broad enough to embrace the authority to make such "other order", if the justice of the case suggests no other. And I know of no principles of law which could have then been violated by such order. I must, therefore, conclude that the exercise of the statutory authority given to the Court of Appeal, under section 1014(3), to direct an acquittal to be entered or to direct a new trial and in either case, to make such other order as justice requires, is not permissive but mandatory.

This application of s. 613(8) does not touch the present case but it clearly gives sensible subject-matter to the provision in respect of the substitution of convictions for included offences or orders for a new trial in respect of such offences.

A reference to what is now s. 613(8) is also made in the dissenting reasons of Taschereau J., as he then was, Chief Justice Rinfret concurring. The dissent was on another point but as to s. 613(8), the learned justice said this (at p. 416):

I had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Fauteux, and I agree with him, that when the Court of Appeal allows an appeal against a conviction, in a case like the one at bar, it has only two alternatives. It may quash the conviction and direct a verdict of acquittal, or direct a new trial, and it is only when one of these two courses has been followed that it *may* make such other order as justice requires. It is however *imperative* and not only *permissive*, that there should be an acquittal or that a new trial should be directed.

I entertain no doubt that the Court of Appeal had power by virtue of section 1014(3) of the *Cr. C.*, after having quashed the conviction, to direct a new trial limited exclusively to the charge of manslaughter. This would have clearly been an order authorized by the concluding part of section 1014(3) *Cr. C.*

voulait ordonner un nouveau procès portant uniquement sur la partie de l'acte d'accusation qui n'avait pas été tranchée, soit l'accusation moindre d'homicide involontaire coupable. Il lui suffisait d'ordonner un nouveau procès sur l'infraction d'homicide involontaire coupable exclusivement et de modifier, à cette fin, le premier acte d'accusation de meurtre. Ils avaient le droit de le faire. De toute façon, au nouveau procès, l'accusé ne peut qu'être déclaré innocent ou coupable d'homicide involontaire coupable. Le texte de la Loi est assez large pour permettre de rendre une «autre ordonnance» de ce genre si, aux fins de la justice, il n'existe pas d'autre solution. A ma connaissance, une telle ordonnance n'aurait violé aucun principe de droit. Je dois en conséquence conclure que l'exercice du pouvoir, conféré à la Cour d'appel par le par. 1014(3), de prononcer un acquittement ou d'ordonner un nouveau procès et de rendre, dans chaque cas, toute autre ordonnance que la justice exige, n'est pas facultatif mais impératif.

Cette application particulière du par. 613(8) n'est pas pertinente en l'espèce, mais ce texte indique clairement le champ d'application de la disposition, c'est-à-dire la substitution de déclarations de culpabilité pour les infractions incluses ou les ordonnances de nouveaux procès concernant ces infractions.

Mention est également faite de ce qui est maintenant le par. 613(8) dans les motifs en dissidence du juge Taschereau, alors juge puîné, motifs auxquels a souscrit le juge en chef Rinfret. La dissidence portait sur un autre point mais le savant juge dit, au sujet du par. 613(8), (à la p. 416):

[TRADUCTION] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Fauteux, et je suis d'accord qu'une seule alternative est ouverte à la Cour d'appel lorsqu'elle accueille un appel contre une déclaration de culpabilité, comme c'est le cas en l'espèce. Elle peut annuler la déclaration de culpabilité et prononcer un verdict d'acquittal ou ordonner un nouveau procès et c'est uniquement lorsqu'elle a adopté une de ces options qu'elle *peut* rendre toute autre ordonnance que la justice exige. Il est cependant *impératif* et non seulement *facultatif* de prononcer un acquittement ou d'ordonner un nouveau procès.

Je suis certain que la Cour d'appel, après avoir annulé la déclaration de culpabilité, avait le pouvoir, aux termes du par. 1014(3) du *Code criminel*, d'ordonner un nouveau procès portant uniquement sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Cette ordonnance tombe clairement dans celles autorisées par la dernière partie du par. 1014(3) du *Code criminel*.

I subscribe fully to this view and would underline Taschereau J.'s words that "it is only when one of these two courses [direction of an acquittal or of a new trial] has been followed that [the Court of Appeal] *may* make such other order as justice requires". (The italics are those of Taschereau J.)

The *Welch* case appears to have been applied in *R. v. Kelso*³², where the accused on an indictment for rape was convicted of attempted rape, and in ordering a new trial because of misdirection the Court felt it could properly order the new trial to proceed on the charge of attempted rape, not a very surprising conclusion and, indeed, it may be doubted whether in the circumstances of the *Kelso* case there was any need to rely on s. 613(8): see also *R. v. Robertson*³³. However, such reliance in case of an included offence (as to which see *R. v. Popoff*³⁴) is a long way from the issue confronting this Court here.

Assuming, however, that s. 613(8) gives a court of appeal a wider power than that which I think its terms confer when considered alongside s. 613(4) and s. 605(1)(a), the relevant question here is whether the words "make any order, in addition, that justice requires" empower the court of appeal to direct a new trial on a different offence from that on which the appeal was taken. It would be incongruous to me if the Court of Appeal, under the relevant words of s. 613(8), could do what the trial judge could not do under the wide amending powers given him under s. 529. That aside, a consideration of the history of the words in question in their original setting and in their present one does not lead to the conclusion reached by the British Columbia Court of Appeal in this case.

I begin the historical canvass with a statute of pre-Confederation Canada, *An Act for the Further Amendment of the Administration of the Criminal Law*, (1851) (Can.), c. 13, providing for the reservation of questions of law arising in a criminal trial for the opinion of a superior court. The question or

Je souscris entièrement à cette opinion et j'aimerais insister sur cette remarque du juge Taschereau que «c'est uniquement lorsqu'elle a adopté une de ces deux options [acquiescement ou nouveau procès] que [la Cour d'appel] *peut* rendre toute autre ordonnance que la justice exige». (Les italiques sont du juge Taschereau.)

On semble avoir appliqué l'arrêt *Welch* dans l'arrêt *R. v. Kelso*³², où un accusé inculpé de viol a été déclaré coupable de tentative de viol. En ordonnant un nouveau procès à cause d'une directive erronée, la Cour a estimé avoir le pouvoir d'ordonner qu'il porte sur l'accusation de tentative de viol. Cette décision n'est pas surprenante et, en fait, on peut douter de la nécessité de s'appuyer, dans les circonstances de cette affaire-là, sur le par. 613(8): voir également l'arrêt *R. v. Robertson*³³. Cependant, ce recours au par. 613(8) dans le cas d'une infraction incluse (à ce sujet voir l'arrêt *R. v. Popoff*³⁴) nous éloigne de la question soumise en l'espèce à cette Cour.

A supposer, cependant, que le par. 613(8) confère à une cour d'appel un pouvoir plus étendu que la lecture du par. 613(4) et de l'al. 605(1)a) ne semble, à mon avis, révéler, il reste à déterminer si l'expression «en outre rendre toute ordonnance que la justice exige» autorise une cour d'appel à ordonner un nouveau procès portant sur une infraction différente de celle sur laquelle porte l'appel. Il me semblerait illogique qu'une cour d'appel puisse faire, en vertu des mots pertinents du par. 613(8), ce que le juge du procès ne peut faire en vertu des larges pouvoirs de modification qui lui sont conférés par l'art. 529. Cela mis à part, un examen de l'évolution historique des mots en cause, de la formulation originale à l'actuelle, ne mène pas à la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce.

J'entreprends l'étude de cet historique par une loi antérieure à la Confédération, l'*Acte pour amender ultérieurement la loi criminelle*, (1851) (Can.), c. 13, qui prévoyait que les questions de droit soulevées dans un procès criminel peuvent être réservées à la décision d'une cour supérieure.

³² [1953] O.R. 413.

³³ (1954), 107 C.C.C. 400.

³⁴ (1960), 129 C.C.C. 250.

³² [1953] O.R. 413.

³³ (1954), 107 C.C.C. 400.

³⁴ (1960), 129 C.C.C. 250.

questions of law were to be submitted by a stated case and

... the Justices of either of the said Superior Courts shall thereupon have full power and authority to hear and finally determine the said questions, and thereupon to reverse, affirm or amend any judgment which shall have been given on the indictment or inquisition on the trial whereof such question or questions have arisen, or to avoid such judgment, and to order an entry to be made on the record, that in the judgment of the said Justices the party convicted ought not to have been convicted, or to arrest the judgment, or order judgment to be given thereon at some other Session of Oyer and Terminer or Gaol Delivery, or other Sessions of the Peace, if no judgment shall have been before that time given, as they shall be advised, or to make such other order as justice may require; ...

This statute by its terms was in force only in Upper Canada.

Similar provision for stating a case on a reserved question of law is found in the Statutes of Lower Canada: see C.S.L.C. 1860, c. 77, s. 58. The Court of Queen's Bench was authorized to reverse, amend or affirm any judgment on the indictment in question, to avoid or arrest judgment or "to make such other order as justice requires". Section 3 of the Consolidated Statutes of Upper Canada 1859, c. 112, was in similar terms, and so was s. 101 of the Revised Statutes of Nova Scotia, 1864 (3rd series), c. 171, and to the same effect was s. 23 of the Revised Statutes of New Brunswick, 1854, c. 159. These provisions were virtually a reproduction of English legislation, 1848 (U.K.), c. 78, and were similarly entitled. When the statutes of Canada were first revised after Confederation, the foregoing common provisions were superseded by s. 261 of the *Criminal Procedure Act*, R.S.C. 1886, c. 174, which was as follows:

261. The justices of the court for Crown cases reserved, to which the case is transmitted, shall hear and finally determine such question, and reverse, affirm or amend any judgment given on the trial wherein such question arose, or shall avoid such judgment or order an entry to be made on the record, that in the judgment of such justices the person convicted ought not to have been convicted, or shall arrest the judgment, or if no judgment has been given, shall order judgment to be given thereon at some future session of the court before

La ou les questions de droit devaient être soumises par exposé de cause et

... les juges de l'une ou l'autre des dites cours supérieures auront plein pouvoir et autorité d'entendre et juger définitivement les dites questions, et renverser, confirmer ou modifier tout jugement qui aura été rendu sur l'acte d'accusation ou inquisition lors du procès dans lequel telles question ou questions se seront élevées, ou d'annuler le dit jugement, et ordonner une entrée sur le registre portant que le prévenu n'aurait pas dû être convaincu par le jugement des dits juges, ou de suspendre le jugement, ou d'ordonner que le jugement sera prononcé dans quelque autre session de la cour d'oyer et terminer, ou de délivrance générale, ou autres sessions de la paix, si jugement n'a pas déjà été prononcé, ou de donner tel autre ordre à cet égard, suivant la justice; ...

Cette loi n'était en vigueur que dans le Haut-Canada.

Les statuts du Bas-Canada contiennent une disposition similaire pour l'exposé de cause sur une question de droit réservée: voir S.B.-C. 1860, c. 77, art. 58. La Cour du Banc de la Reine était autorisée à infirmer, réformer ou confirmer tout jugement prononcé sur l'acte d'accusation, à annuler ou suspendre ce jugement ou «émettre tel autre ordre que la justice pourra requérir». L'article 3 des Consolidated Statutes of Upper Canada 1859, c. 112 est rédigé en termes semblables, de même que l'art. 101 des Revised Statutes of Nova Scotia, 1864 (3^e série), c. 171, et l'art. 23 des Revised Statutes of New-Brunswick, 1854, c. 159. Ces dispositions reproduisent en fait une loi anglaise, 1848 (R.-U.), c. 78 et ont le même titre. Lors de la première révision des lois du Canada après la Confédération, les dispositions générales précédentes ont été remplacées par l'art. 261 de l'*Acte de procédure criminelle*, S.R.C. 1886, c. 174 qui se lit ainsi:

261. Les juges de la cour des cas de la Couronne réservés ouïront et décideront définitivement la question, et infirmeront, confirmeront ou réformeront tout jugement prononcé au procès où cette question aura surgi, ou casseront ce jugement, ou ordonneront d'inscrire au dossier que, à leur avis, la personne déclarée coupable n'aurait pas dû l'être, ou suspendront le jugement, ou, si le jugement n'a pas été prononcé, ordonneront que jugement soit rendu sur la question à une session ultérieure du tribunal devant lequel l'accusé aura été déclaré

which the person was convicted, or shall make such other order as justice requires.

The new *Criminal Code* of 1892 retained provision for the reserving of questions of law arising during a trial but to be considered by courts of appeal upon a case stated: see s. 743. The *Code* improved upon the previous law governing appeals in criminal cases by the enactment of a composite provision, s. 746, reading as follows:

746. . . .

- (a) confirm the ruling appealed from; or
- (b) if of opinion that the ruling was erroneous, and that there has been a mis-trial in consequence, direct a new trial; or
- (c) if it considers the sentence erroneous, or the arrest of judgment erroneous, pass such a sentence as ought to have been passed or set aside any sentence passed by the court below, and remit the case to the court below with a direction to pass the proper sentence; or
- (d) if of opinion in a case in which the accused has been convicted that the ruling was erroneous, and that the accused ought to have been acquitted, direct that the accused shall be discharged, which order shall have all the effects of an acquittal; or
- (e) direct a new trial; or
- (f) make such other order as justice requires: Provided that no conviction shall be set aside nor any new trial directed, although it appears that some evidence was improperly admitted or rejected, or that something not according to law was done at the trial or some misdirection given, unless in the opinion of the Court of Appeal some substantial wrong or miscarriage was thereby occasioned on the trial: Provided that if the Court of Appeal is of opinion that any challenge for the defence was improperly disallowed a new trial shall be granted.

2. If it appears to the Court of Appeal that such wrong or miscarriage affected some count only of the indictment the court may give separate directions as to each count and may pass sentence on any count unaffected by such wrong or miscarriage which stands good, or may remit the case to the court below with directions to pass such sentence as justice may require.

coupable, ou rendront telle autre ordonnance que prescrira la justice.

Le nouveau *Code criminel* de 1892 a conservé cette disposition sur les questions de droit réservées soulevées pendant un procès, mais prévoyait qu'elles seraient examinées par les cours d'appel sur exposé de cause: voir l'art. 743. Le *Code* a amélioré les lois antérieures qui régissaient les appels en matière criminelle en édictant une disposition complexe, l'art. 746 qui se lit ainsi:

746. . . .

- a) Confirmer la décision dont est appel; ou
- b) Si elle est d'avis que la décision est erronée, et que le procès est en conséquence entaché d'un vice de procédure, ordonner un nouveau procès; ou
- c) Si elle considère que la sentence est erronée ou que l'arrêt du jugement est erroné, prononcer la sentence qui aurait dû être prononcée, ou écarter toute sentence prononcée par la cour inférieure, et renvoyer la cause à la cour inférieure avec instruction de prononcer la sentence voulue; ou
- d) Si elle est d'avis, dans une cause où l'accusé a été déclaré coupable, que la décision est erronée et que l'accusé aurait dû être acquitté, ordonner que l'accusé soit libéré, lequel ordre aura tous les effets d'un acquittement; ou
- e) Ordonner un nouveau procès; ou
- f) Rendre telle autre ordonnance que la justice exigera; pourvu que nulle condamnation ne soit mise de côté, ni aucun nouveau procès ordonné, bien qu'il paraisse que certains témoignages ont été illégitimement admis ou rejetés, ou qu'il a été fait quelque chose de non conforme à la loi pendant le procès, ou que quelque instruction erronée a été donnée, à moins que, de l'avis de la cour d'Appel, il en soit résulté quelque tort réel ou un déni de justice; mais si la cour d'Appel est d'avis que quelque récusation de la part de la défense a été improprement écartée, elle accordera un nouveau procès.

2. S'il appert à la cour d'Appel que ce tort ou déni de justice n'avait trait qu'à quelque chef d'accusation seulement, la cour pourra donner des instructions distinctes à l'égard de chaque chef et pourra prononcer sentence sur tout chef non affecté par ce tort ou ce déni de justice et restant intact, ou renvoyer l'affaire à la cour inférieure avec instruction de rendre telle sentence que la justice exigera.

Section 746 of the original *Code* came down in subsequently revised form to the present s. 613, and s. 613(8) may be looked upon as a transformed version of s. 746(f).

The case law on the pre-Confederation and post-Confederation legislation cited above, at least until it was subsumed under the new *Criminal Code*, established that although the sufficiency of an indictment was a question that could be reserved in arrest of judgment (see *R. v. Gibson*³⁵, holding, however, that the sufficiency of an indictment could not be challenged on a motion to quash), there was no power on the consideration of a reserved question to amend the indictment: see *R. v. Garland*³⁶. The Court said in the *Garland* case, at p. 227, that "our powers do not extend to amending the indictment. We can only deal with the judgment; and if we amend the judgment here the record will be wrong". *A fortiori*, there was no power to direct the substitution of a different charge.

I referred earlier in these reasons to the judgment of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. More and Melville*³⁷, and, risking repetition, I wish to mention again what was there decided. The Court took a cautious approach to the question of its power to direct a new trial on an amended indictment involving an essential averment, namely, the place of commission of the offence of unlawful possession of stolen property. After considering the *Welch* case and some others the majority concluded that it had no power to amend the indictment in that respect but, in the special circumstances, it could order a new trial, leaving it to the trial judge to determine whether an amendment to the charge was necessary and whether it should be made. The dissenting Chief Justice Desbrisay agreed that the Court of Appeal had no power to amend and would have entered an acquittal. The Nova Scotia Supreme Court *en*

L'article 746 du premier *Code* est devenu, après révisions successives, l'actuel art. 613 et son par. (8) peut être considéré comme une version modifiée de l'al. 746(f).

La jurisprudence portant sur les lois antérieures et postérieures à la Confédération, précitées, jusqu'à ce qu'elles soient incorporées au nouveau *Code criminel*, établit que, même si la validité d'un acte d'accusation est une question qui peut être réservée en sursoyant à l'exécution du jugement (voir l'arrêt *R. v. Gibson*³⁵, portant toutefois qu'on ne peut mettre en question la validité d'un acte d'accusation dans une requête en annulation), on ne peut modifier l'acte d'accusation lors de l'étude de la question réservée: voir l'arrêt *R. v. Garland*³⁶. La Cour a affirmé dans l'arrêt *Garland*, à la p. 227, que [TRADUCTION] «nous n'avons pas le pouvoir de modifier l'acte d'accusation. Nous pouvons seulement toucher au jugement; et si nous modifions le jugement en l'espèce, le dossier sera incorrect». *A fortiori*, elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner la substitution d'une accusation différente.

J'ai cité précédemment l'arrêt *R. v. More and Melville*³⁷ de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, au risque de me répéter, j'aimerais faire état encore une fois de cette décision. La Cour a prudemment abordé la question de son pouvoir d'ordonner un nouveau procès sur un acte d'accusation modifié mettant en cause une allégation essentielle, en l'occurrence, le lieu de l'infraction de possession illégale d'un bien volé. Après avoir étudié quelques arrêts, dont l'arrêt *Welch*, la majorité de la Cour a statué qu'elle n'avait pas le pouvoir de modifier l'acte d'accusation à cet égard mais que, compte tenu des circonstances spéciales, elle pouvait ordonner un nouveau procès, tout en laissant au juge du procès le soin de décider s'il était nécessaire de modifier l'accusation. Le juge en chef Desbrisay, dissident, a convenu que la Cour d'appel n'a pas le pouvoir de modifier l'accusation et qu'elle aurait dû prononcer un acquitte-

³⁵ (1889), 16 O.R. 704.

³⁶ (1869), 11 Cox C.C. 224.

³⁷ (1959), 124 C.C.C. 140.

³⁵ (1889), 16 O.R. 704.

³⁶ (1869), 11 Cox C.C. 224.

³⁷ (1959), 124 C.C.C. 140.

banc applied *More and Melville* in *R. v. Rooney*³⁸ to deny to an appellate court the power to amend an indictment. In the result in that case, which involved a conviction on a charge of obtaining money by false pretences but the proof did not go higher than showing that the accused had obtained a cheque by false representations, the majority of the Court ordered a new trial because, in the words of McDonald J. for the majority at p. 196, "it appears that evidence does exist by which a case may be proved properly, with or without amendment of the charge by the magistrate". The opposing view was put by Ilsley C.J. in dissent (Currie J. concurring), namely, that this was not a case where because of some mistake in the conduct of the trial the conviction could not stand although there was evidence to convict on a proper trial, but rather it was a case where the Crown had failed to prove guilt of the offence charged and "for this Court to order a new trial would be to place again the appellant in jeopardy . . . in order to give the Crown another opportunity to secure his conviction on an amended charge" (at p. 192).

I refer to one more decision, that of the New Brunswick Court of Appeal in *Budovitch v. The Queen*³⁹. It involved a conviction for fraudulently failing to pay over or account for money, the charge alleging the offence to have been committed in Fredericton. The evidence showed that, if committed, it was in Saint John. On appeal, a new trial was ordered on a charge which alleged an offence in Saint John, the majority purporting to invoke what is now s. 613(8) in directing the amendment to be made at the new trial. Hughes J.A., as he then was, would, following the *Rooney* case (as holding there was no power to amend the indictment on appeal), have ordered a new trial, leaving it to the trial judge to make the appropriate amendment under what is now s. 529, pointing

ment. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, en séance plénière, a appliqué l'arrêt *More and Melville* dans l'arrêt *R. v. Rooney*³⁸, pour dénier le pouvoir d'une cour d'appel de modifier un acte d'accusation. En fin de compte, dans cette affaire-là, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir obtenu de l'argent par un faux semblant, alors que la preuve établissait seulement que l'accusé avait obtenu un chèque par fausses représentations. La Cour a ordonné, à la majorité, un nouveau procès parce que, selon les termes du juge McDonald, qui parlait en son nom (à la p. 196) [TRADUCTION] «il appert que la preuve est suffisante pour établir certains faits, que le magistrat modifie ou non l'accusation». Le juge en chef Ilsley a exprimé dans sa dissidence (à laquelle a souscrit le juge Currie) un point de vue contraire. Selon lui, il ne s'agissait pas d'un cas où, à cause de quelques erreurs dans la conduite du procès, la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue, bien que la preuve présentée au cours d'un procès régulier suffît pour condamner l'accusé, mais plutôt d'un cas où le ministère public n'avait pas réussi à prouver que l'accusé était coupable de l'infraction imputée, et [TRADUCTION] «si cette Cour ordonne un nouveau procès, l'accusé sera à nouveau inquiété . . . afin de donner au ministère public une autre occasion d'obtenir une déclaration de culpabilité sur l'accusation modifiée» (à la p. 192).

Je mentionnerai une autre décision, celle de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Budovitch v. The Queen*³⁹. L'accusé y a été déclaré coupable pour ne pas avoir remboursé ses créanciers ou pour n'avoir pas rendu compte de ses opérations, dans un but frauduleux; l'accusation alléguait que l'infraction avait été commise à Fredericton. La preuve montrait que si elle l'avait été, c'était à St-Jean. On a ordonné, en appel, la tenue d'un nouveau procès sur une accusation alléguant que l'infraction avait été commise à St-Jean; la majorité de la Cour a invoqué ce qui est maintenant le par. 613(8) pour ordonner que la modification soit faite au nouveau procès. Le juge Hughes, tel était alors son titre, aurait ordonné un nouveau procès, conformément à l'arrêt *Rooney* (selon

³⁸ (1962), 132 C.C.C. 190.

³⁹ (1969), 8 C.R.N.S. 280.

³⁸ (1962), 132 C.C.C. 190.

³⁹ (1969), 8 C.R.N.S. 280.

out there was uncontradicted evidence of a theft in New Brunswick.

Although *Budovitch* goes beyond *More and Melville* and beyond *Rooney* in directing a new trial on an amended charge, it is nonetheless simply a case where the amendment was within the trial judge's power, relating as it did to an essential particular in the charge, but not to a different charge, and, moreover, a particular on which evidence had been adduced, that is as to the place of commission of the offence.

I do not find anything in the case law, and certainly nothing in applicable legislation to authorize a court of appeal to do what the British Columbia Court of Appeal did here, something which the trial judge himself could not do. There is here a usurpation of the function of the Attorney-General and of the Crown. It is for them to decide, the existing charge not being proved, whether to lay the different charge which the Court felt should have been brought against the accused. It is not for a Court to take an *ad hominem* view in a case like the present one and to do violence to the separate functions of Court and Crown lest a person guilty of an offence, but not the one charged, escape punishment.

I would allow the appeal, set aside the order of the British Columbia Court of Appeal and restore the acquittal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—The appellant and one Arthur James Williams were charged together on an indictment dated October 22, 1974, with the following offences:

1. THAT in or about various places in the County of Nanaimo, and elsewhere, in the Province of British Columbia, between on or about the 23rd day of August, A.D. 1972 and on or about the 21st day of December, A.D. 1973, they and Stuart Hunter Elliott, Lois Phoebe

lequel une cour d'appel n'a pas le pouvoir de modifier l'acte d'accusation); il aurait laissé au juge du procès le soin de faire les modifications appropriées aux termes de ce qui est maintenant l'art. 529, tout en soulignant que la preuve établissait sans contredit qu'un vol avait été commis au Nouveau-Brunswick.

Bien que l'arrêt *Budovitch* aille plus loin que les arrêts *More and Melville* et *Rooney* en ordonnant un nouveau procès sur une accusation modifiée, c'est néanmoins simplement un cas où le juge du procès avait le pouvoir de faire la modification en cause puisqu'il s'agissait d'un détail essentiel de l'accusation et non d'une accusation différente; en outre, on avait fait la preuve de ce détail, savoir, le lieu où l'infraction avait été perpétrée.

Rien dans la jurisprudence ni dans la législation applicable n'autorise une cour d'appel à faire ce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait en l'espèce, c'est-à-dire faire quelque chose que le juge du procès ne peut faire. Il s'agit donc d'une usurpation des fonctions du procureur général et du ministère public. C'est à eux de décider, face à une accusation qui n'a pas été prouvée, de porter une autre accusation qui, selon la Cour, aurait dû être portée contre l'accusé. Ce n'est pas à la Cour d'adopter, dans un cas comme celui-ci, un point de vue *ad hominem* et de faire violence aux fonctions distinctes du tribunal et du ministère public, de crainte qu'une personne coupable d'une infraction différente échappe au châtement.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir le verdict d'acquittement.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—L'appelant et un nommé Arthur James Williams ont tous deux été inculpés, le 22 octobre 1974, des infractions suivantes:

[TRADUCTION] 1. En différents endroits du comté de Nanaimo, et ailleurs dans la province de la Colombie-Britannique, le 23 août 1972 ou vers cette date et le 21 décembre 1973 ou vers cette date, ils ont illégalement comploté avec Stuart Hunter Elliott, Lois Phoebe Elli-

Elliott, Jerry Dean Elliott, Myron Zarry, Shirley Ferguson, Ingrid Elliott, unlawfully did conspire together the one with the other or others of them, and persons unknown to commit the indictable offence of trafficking in a restricted drug, to wit, 3, 4, Methylenedioxyamphetamine (MDA) contrary to the form of statute in such case made and provided and against the peace of our Lady the Queen, her Crown and Dignity.

2. THAT in or about various places in the County of Nanaimo, and elsewhere, in the Province of British Columbia, between on or about the 23rd day of August, A.D. 1972 and on or about the 21st day of December, A.D. 1973 they did unlawfully traffic in a restricted drug, to wit; 3, 4, Methylenedioxyamphetamine (MDA) contrary to the form of statute in such case made and provided and against the peace of our Lady the Queen, and her Crown and Dignity.

3. THAT in the County of Nanaimo, Province of British Columbia on or about the 17th day of December A.D. 1973 they did unlawfully have in their possession a restricted drug, to wit; 3, 4, Methylenedioxyamphetamine (MDA) for the purpose of trafficking contrary to the form of statute in such case made and provided and against the peace of our Lady the Queen, her Crown and Dignity.

At the trial before Cashman C.C.J., both accused were acquitted on the first count of this indictment, the appellant alone was convicted on the second count but acquitted on the third. The learned trial judge entered the latter acquittal on the ground that he had already convicted the appellant of "trafficking" on the second count and that the offences charged in these two counts were so intermingled that he could not distinguish the one from the other; he therefore invoked the judgment of this Court in *Kienapple v. The Queen*⁴⁰, and thus concluded that the matter was *res judicata*.

When the appellant appealed his conviction on the second count, the Court of Appeal directed an acquittal on the ground that although it had been proved that the appellant had substantial quantities of a salt designated MDA hydrochloride in his possession for the purpose of sale and distribution, it was not shown that he was in possession of MDA itself for the purpose of trafficking or otherwise.

⁴⁰ [1975] 1 S.C.R. 729.

ott, Jerry Dean Elliott, Myron Zarry, Shirley Ferguson et Ingrid Elliott, l'un avec l'autre ou avec certains d'entre eux, et des personnes inconnues, de commettre l'acte criminel de faire le trafic d'une drogue d'usage restreint, savoir, la 3, 4-méthylènedioxyamphétamine (MDA), en contravention de la loi et de l'ordre public.

2. En différents endroits du comté de Nanaimo, et ailleurs dans la province de la Colombie-Britannique, le 23 août 1972 ou vers cette date et le 21 décembre 1973 ou vers cette date, ils ont illégalement fait le trafic d'une drogue d'usage restreint, savoir, la 3, 4-méthylènedioxyamphétamine (MDA), en contravention de la loi et de l'ordre public.

3. Dans le comté de Nanaimo, province de la Colombie-Britannique, le 17 décembre 1973 ou vers cette date, ils ont illégalement eu en leur possession une drogue d'usage restreint, savoir, la 3, 4-méthylènedioxyamphétamine (MDA) pour en faire le trafic, en contravention de la loi et de l'ordre public.

Le juge Cashman de la Cour de comté a acquitté les deux accusés sur le premier chef d'accusation; seul l'appellant a été déclaré coupable sur le second chef, mais il a été acquitté sur le troisième. Le savant juge de première instance a prononcé ce dernier acquittement aux motifs qu'il avait déjà déclaré l'appellant coupable d'avoir «fait le trafic» sur le second chef et que les infractions imputées dans ces deux chefs étaient si intimement liées qu'il ne pouvait les distinguer; il invoqua donc l'arrêt de cette Cour, *Kienapple c. La Reine*⁴⁰, et conclut qu'il y avait chose jugée.

L'appellant a interjeté appel de la déclaration de culpabilité sur le second chef. La Cour d'appel a prononcé un acquittement au motif que, même s'il était établi que l'appellant avait eu en sa possession des quantités importantes d'un sel appelé chlorhydrate de MDA pour vente et distribution, on n'avait pas démontré qu'il était en possession de MDA pour en faire le trafic ou autre chose.

⁴⁰ [1975] 1 R.C.S. 729.

All the counts in the indictment were laid under the provisions of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 40 of which defines a "restricted drug" as including "methylenedioxyamphetamine (MDA) or any salt thereof". The Court of Appeal being satisfied that trafficking in the salt constituted a separate offence which was not charged in the indictment, allowed the appellant's appeal.

In appealing the verdict of acquittal on the third count, the Crown applied to amend the charge by adding the words "a salt of" prior to the words "3, 4,MDA" so that the allegation would comply with the facts as disclosed by the evidence and found by the Court of Appeal in the appeal against conviction on count 2. This application was granted and the Court ordered "that the appeal against acquittal be allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered on the indictment as amended". Judgment on this application was rendered on behalf of the Court by Mr. Justice MacLean who had presided at the appeal from the conviction on the second count and, as I have said, it is clear that the Court of Appeal in disposing of that count treated the charge of being in possession of MDA and being in possession of a salt thereof as two separate charges, although McIntyre J.A., speaking for the majority of the Court, clearly indicated that he regarded the designation of "MDA" in the charge as a "particular" and would have considered an amendment appropriate after hearing the appeal had one been sought.

In considering the third count, however, the Court of Appeal, differently constituted, appears to have recognized that the charge was that the accused "did unlawfully have in their possession a restricted drug . . . for the purpose of trafficking" and that the failure to allege possession of "a salt of MDA" constituted a failure to allege "a particular" of the offence which was capable of being added by way of amendment, in order to conform to the evidence which the Court had accepted in disposing of count 2.

The latter amendment did not in my opinion have the effect of charging a new offence as it did

Tous les chefs de l'acte d'accusation ont été formulés en vertu des dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, dont l'art. 40 prévoit que l'expression «drogue d'usage restreint» comprend la «méthylènedioxyamphétamine (MDA) ou tout sel de cette substance». Convaincue que le trafic du sel de MDA constitue une infraction distincte qui n'était pas incluse dans l'acte d'accusation, la Cour d'appel a accueilli l'appel.

En interjetant appel du verdict d'acquiescement prononcé sur le troisième chef, le ministère public a demandé l'autorisation de modifier l'accusation en ajoutant les mots [TRADUCTION] «un sel de» avant «3, 4-MDA» de façon à rendre l'allégation conforme aux faits révélés par la preuve et constatés par la Cour d'appel lors de l'appel de la déclaration de culpabilité sur le deuxième chef. La Cour a accordé l'autorisation et «a accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès sur l'acte d'accusation modifié». Cette décision a été rendue au nom de la Cour par le juge MacLean qui présidait l'audition de l'appel de la déclaration de culpabilité sur le deuxième chef. Comme je l'ai dit, il est clair que la Cour d'appel a statué sur ce chef en tenant pour acquis que la possession de MDA et la possession d'un sel de MDA constituent deux accusations distinctes, bien que le juge McIntyre, parlant au nom de la majorité, ait clairement indiqué qu'il considérait la mention de la «MDA» dans l'accusation comme un «détail» et qu'il aurait accordé une demande de modification après l'audition de l'appel si elle lui avait été faite.

Cependant, il appert qu'en étudiant le troisième chef, la Cour d'appel, dont la composition était différente, a reconnu que, selon l'accusation, les inculpés avaient [TRADUCTION] «illégalement eu en leur possession une drogue d'usage restreint . . . pour en faire le trafic» et que le défaut d'alléguer la possession d'«un sel de MDA» équivalait à ne pas alléguer un «détail» de l'infraction qui pouvait être ajouté par modification afin de rendre l'accusation conforme à la preuve acceptée par la Cour à l'égard du deuxième chef d'accusation.

A mon avis, cette modification ne signifie pas que l'accusé est inculpé d'une nouvelle infraction

no more than specify a particular of the offence which had already been charged. If I thought the amendment to be tantamount to the charge of a different offence from that contained in the original count, other considerations might apply, but what we have here is a particularization of an ingredient of the main charge which was made necessary by the evidence which the Court had already accepted and which had in fact been in great measure conceded by the appellant.

Mr. Justice MacLean's judgment on this application is very brief and I reproduce it in full:

In this case the Crown applies for an amendment of the indictment, some considerable time after conclusion of the trial, applying to this Court rather than to the court below.

In my view the ends of justice require that the amendment in this case be granted and in my view no substantial wrong would be suffered thereby by the accused person.

I would accordingly allow the amendment of the third count in the indictment, allow the appeal of the Crown, set aside the acquittal and direct a new trial on the third count as amended.

It is from this decision and the order granted pursuant thereto that the appellant now appeals alleging:

- (i) that as the trial judge had found count three to be indistinguishable from count two, it followed that by acquitting the appellant with respect to count two the Court of Appeal had necessarily disposed of the Crown's appeal on count three and that the Court of Appeal lacked jurisdiction to entertain the Crown's appeal on this count; (*Kienapple v. The Queen* was cited in support of this contention.)
- (ii) that proceedings by way of appeal relating to several counts in an indictment which had been tried together cannot be severed by the Crown in the Court of Appeal;
- (iii) that there is no power in the Court of Appeal to amend an indictment so as to conform with the evidence, this power being limited to the trial court by reason of ss. 529, 610 and 613 of the *Criminal Code*.

puisque'elle précise seulement un détail de l'infraction qui lui était déjà imputée. Si cette modification revenait à porter une accusation différente de l'accusation initiale, d'autres considérations entreraient en jeu, mais, à mon avis, il s'agit en l'espèce de la précision d'un élément de l'accusation principale, rendue nécessaire par la preuve déjà acceptée par la Cour et, dans une large mesure, admise par l'appelant.

La décision du juge MacLean sur la demande de modification est brève et je la cite intégralement:

[TRADUCTION] Le ministère public a demandé l'autorisation de modifier l'acte d'accusation bien après la fin du procès; il a présenté sa demande à cette cour plutôt qu'au tribunal d'instance inférieure.

Les fins de la justice exigent que la modification soit autorisée en l'espèce et, à mon avis, l'accusé ne subira de ce fait aucun tort important.

Je suis en conséquence d'avis d'autoriser la modification du troisième chef de l'acte d'accusation, d'accueillir l'appel du ministère public, d'annuler l'acquiescement et d'ordonner un nouveau procès sur le troisième chef ainsi modifié.

L'appelant interjette appel de cette décision et de l'ordonnance délivrée aux termes de celle-ci, il allègue:

- (i) que, puisque le juge de première instance a jugé que le troisième chef ne peut être distingué du deuxième, la Cour d'appel, en acquittant l'appelant sur le deuxième chef, a nécessairement statué sur l'appel du ministère public sur le troisième chef; elle n'est donc pas compétente pour entendre l'appel du ministère public sur ce chef; (l'arrêt *Kienapple c. La Reine* a été cité à l'appui de ce moyen.)
- (ii) que le ministère public ne peut disjoindre en appel des procédures relatives à plusieurs chefs d'un acte d'accusation qui ont été jugés ensemble;
- (iii) que la Cour d'appel n'a pas le pouvoir d'autoriser la modification d'un acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve car, aux termes des art. 529, 610 et 613 du *Code criminel*, seul le tribunal de première instance a ce pouvoir.

In acquitting the appellant on count 2 the Court of Appeal did not, in my view, dispose of the third count; it did on the other hand dispose of the reason given by the trial judge for his acquittal on that count. It will be observed that the gravamen of the offence under these counts is in the one case that the accused did "unlawfully traffic in a restricted drug . . ." and in the other that they did "unlawfully have in their possession a restricted drug for the purpose of trafficking". The whole gist of the decision in the Court of Appeal on count 2 was that although the appellant was guilty of having possession of a restricted drug (a salt of MDA) for the purpose of trafficking, the salt was not a drug specified in the particulars of the indictment. It remained for the Crown to seek an order amending count 3 of the indictment so as to conform to the evidence. Far from having been disposed of by the appellant's acquittal by the Court of Appeal on count 2, the Crown's appeal from the acquittal on count 3 had not then been heard by the Court and it was open to the Crown to pursue it.

Having found that the appellant was in fact in possession of a restricted drug (a salt of MDA) for the purpose of trafficking, Mr. Justice MacLean indicated that he would have been disposed to allow an amendment to the second count of the indictment even after the hearing of the appeal. The fact that the Crown did not seek such an amendment in no way precluded it from applying to amend count 3 so as to conform to the evidence described in Mr. Justice McIntyre's reasons for judgment. The case of *Kienapple* does not appear to me to have any application in this situation as that case was concerned essentially with the proposition that an accused cannot be convicted twice for the same offence.

The second ground of appeal advanced on behalf of the appellant to the effect that counts in an indictment cannot be severed in the Court of Appeal appears to me to overlook the course of proceedings at trial in the present case. Here the learned trial judge disposed of the first and second counts by a judgment rendered on January 31, 1975, and only then proceeded to consider the

Selon moi, la Cour d'appel n'a pas statué sur le troisième chef en acquittant l'appelant sur le deuxième; au contraire, elle a statué sur le motif invoqué par le juge de première instance pour acquitter l'accusé sur ce chef. Il convient de noter que le fondement de ces chefs d'accusations est dans un cas que les accusés ont «illégalement fait le trafic d'une drogue d'usage restreint . . .» et, dans l'autre, qu'ils ont «illégalement eu en leur possession une drogue d'usage restreint pour en faire le trafic». La décision de la Cour d'appel sur le deuxième chef repose principalement sur le fait que, même si l'appelant est coupable d'avoir eu en sa possession une drogue d'usage restreint (un sel de MDA) pour en faire le trafic, le sel n'est pas spécifiquement mentionné dans l'acte d'accusation. Il revenait au ministère public de demander l'autorisation de modifier le troisième chef de l'acte d'accusation afin de le rendre conforme à la preuve. Loin d'avoir tranché l'appel interjeté par le ministère public sur le troisième chef en acquittant l'appelant sur le deuxième, la Cour d'appel ne l'avait pas entendu et le ministère public pouvait le poursuivre.

Ayant conclu que l'appelant était en possession d'une drogue d'usage restreint (un sel de MDA) pour en faire le trafic, le juge MacLean a indiqué qu'il aurait été prêt à autoriser la modification du deuxième chef de l'acte d'accusation et ce, même après l'audition de l'appel. Le fait que le ministère public n'ait pas demandé l'autorisation de modifier ce chef ne l'empêchait aucunement de demander la modification du troisième chef pour le rendre conforme à la preuve décrite dans les motifs de jugement du juge McIntyre. A mon avis, l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas en l'espèce puisqu'il porte essentiellement sur le principe qu'un accusé ne peut être condamné deux fois pour la même infraction.

Le deuxième moyen invoqué par l'appelant selon lequel les chefs d'un acte d'accusation ne peuvent être disjoints en Cour d'appel ne semble pas tenir compte du déroulement du procès en l'espèce. Le savant juge du procès a statué sur les premier et deuxième chefs le 31 janvier 1975, alors seulement a-t-il examiné uniquement le troisième chef imputé à Elliott (dans le cas de Williams, il y a eu

third count against Elliott alone (a stay of proceedings having been entered with respect to Williams). The third count was thus effectively severed from counts 1 and 2 by the trial judge who proceeded to consider that count separately and to dispose of it by a judgment dated February 24, 1975.

In so doing, the learned trial judge purported to act in accordance with s. 43 of the *Food and Drugs Act* and it therefore appears to me to be desirable to consider the following provisions of that statute:

42. (1) No person shall traffic in a restricted drug or any substance represented or held out by him to be a restricted drug.

(2) No person shall have in his possession any restricted drug for the purpose of trafficking.

43. (1) In any prosecution for a violation of subsection 42(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if the issue to be tried is whether the accused was in possession of a restricted drug contrary to subsection 41(1).

(2) If, pursuant to subsection (1), the court finds that the accused was not in possession of a restricted drug contrary to subsection 41(1), he shall be acquitted, but, if the court finds that the accused was in possession of a restricted drug contrary to subsection 41(1), he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the restricted drug for the purpose of trafficking and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to the contrary.

In purported compliance with these provisions, Judge Cashman made the following statement in his judgment on the third count:

As required by Section 43 of the *Food and Drugs Act* ... I made a finding that the accused Elliott was in possession of MDA on December 17th, 1973.

It was then agreed by Counsel that I should make findings on Counts 1 and 2 with respect to each accused on these counts before the accused Elliott be given an opportunity to establish that he was not in possession of MDA for the purpose of trafficking.

Later in his judgment the learned trial judge reasoned as follows:

suspension des procédures). Le juge de première instance a donc effectivement disjoint le troisième chef des deux premiers afin de l'étudier séparément; il a statué sur ce chef le 24 février 1975.

Ce faisant, le savant juge de première instance agissait en conformité de l'art. 43 de la *Loi des aliments et drogues* et j'estime souhaitable d'étudier les dispositions suivantes de cette loi:

42. (1) Nul ne doit faire le trafic d'une drogue d'usage restreint ou d'une substance quelconque qu'il représente ou offre comme étant une drogue d'usage restreint.

(2) Nul ne doit avoir en sa possession une drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic.

43. (1) Dans toute poursuite pour une violation du paragraphe 42(2), si l'accusé ne plaide pas coupable, le procès doit s'instruire comme si la question en litige était celle de savoir si l'accusé était en possession d'une drogue d'usage restreint en contravention des dispositions du paragraphe 41(1).

(2) Si, aux termes du paragraphe (1), la cour conclut que l'accusé n'était pas en possession d'une drogue d'usage restreint en contravention des dispositions du paragraphe 41(1), l'accusé doit être acquitté, mais, si la cour conclut que l'accusé était en possession d'une drogue d'usage restreint en contravention des dispositions du paragraphe 41(1), l'accusé doit avoir la faculté d'établir qu'il n'était pas en possession de la drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic et, par la suite, le poursuivant doit avoir la faculté de présenter une preuve contraire.

Afin de se conformer à ces dispositions, le juge Cashman déclare dans son jugement sur le troisième chef:

[TRADUCTION] Conformément à l'art. 43 de la *Loi des aliments et drogues*, ... je conclus que l'accusé Elliott était en possession de MDA le 17 décembre 1973.

Les avocats ont convenu que je devais conclure à l'égard des chefs 1 et 2 pour chaque accusé avant de donner à l'accusé Elliott la faculté d'établir qu'il n'était pas en possession de MDA aux fins d'en faire le trafic.

Plus loin dans ses motifs, le savant juge de première instance tient le raisonnement suivant:

If the accused was before me on a charge of possession for the purpose of trafficking in MDA and that was the only charge before me then in the circumstances in which the MDA was found I would have no difficulty in concluding it to be a fair inference from the evidence that the accused had that quantity of MDA for the purpose of physically making MDA available to other persons.

And he went on to say:

The question is not whether the accused can be convicted of possession for the purpose of trafficking in MDA in the circumstances of this case but whether he should as a matter of law be convicted of that offence, he having been convicted on the same evidence of trafficking in MDA.

He then concluded:

In my opinion the two offences charged here in Counts 2 and 3 are so intermingled that I cannot say that one is distinct from the other.

It is my view that in the circumstances here were I to convict the accused of both offences I would in reality be convicting the accused twice of the same offence.

In *Kienapple v. The Queen* (supra) in the C.R.N.S. volume at page 7, Laskin, J. said this:

In my view, the term *res judicata* best expresses the theory of precluding multiple convictions for the same delict, although the matter is the basis of two separate offences.

Accordingly I find that I cannot convict the accused Elliott on Count 3 and I make that finding notwithstanding that during the course of the Trial pursuant to Section 43 I found the accused to be in possession of MDA. My inability to convict the accused Elliott is not due to a matter of fact but rather to a matter of law for the reasons stated above.

As I have pointed out, the Court of Appeal has found that the appellant was in possession of a restricted drug (a salt of MDA) within the meaning of s. 41(1) of the *Food and Drugs Act* and the effect of the amendment granted by Mr. Justice MacLean is to give the appellant "an opportunity of establishing that he was not in possession of the restricted drug for the purpose of trafficking" as provided by s. 43(2) of the *Food and Drugs Act*.

[TRADUCTION] Si l'accusé était inculpé de possession aux fins de faire le trafic de MDA et que seule cette accusation était retenue contre lui, je conclurais sans difficulté, vu les circonstances de la découverte de la MDA, que l'on peut raisonnablement déduire de la preuve que l'accusé avait cette quantité de MDA aux fins de la mettre à la disposition d'autres personnes.

Il poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] La question n'est pas de savoir si en l'espèce l'accusé peut être déclaré coupable de possession de MDA aux fins d'en faire le trafic mais plutôt de savoir s'il devrait, en droit, être déclaré coupable de cette infraction, puisque, sur la foi de la même preuve, il a déjà été déclaré coupable d'avoir fait le trafic de MDA.

Puis, il conclut:

[TRADUCTION] A mon avis, les deux infractions qui lui sont imputées dans les chefs 2 et 3 sont si intimement liées que je ne peux les distinguer.

A mon avis, si en l'espèce, je déclare l'accusé coupable des deux infractions, il sera en fait condamné deux fois pour la même infraction.

Dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine* (précité) p. 7 des C.R.N.S., le juge Laskin a dit:

A mon avis, l'expression «chose jugée» est celle qui exprime le mieux la théorie qui empêche des condamnations multiples pour le même délit, même si la chose ou affaire sert de fondement à deux infractions distinctes.

En conséquence, je ne puis condamner l'accusé Elliott sur le troisième chef même si, au cours du procès, j'ai conclu, conformément à l'art. 43, que l'accusé avait été en possession de MDA. Pour les motifs énoncés précédemment, ma conclusion ne repose pas sur des questions de fait mais plutôt sur des questions de droit.

Comme je l'ai déjà souligné, la Cour d'appel a conclu que l'appellant était en possession d'une drogue d'usage restreint (un sel de MDA) au sens du par. 41(1) de la *Loi des aliments et drogues* et la modification autorisée par le juge MacLean a pour effet de donner à l'appellant «la faculté d'établir qu'il n'était pas en possession de la drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic», conformément au par. 43(2) de la *Loi des aliments et drogues*.

In my opinion the only issue before this Court on the present appeal is whether the Court of Appeal exceeded its powers when it amended the third count of the indictment in such fashion as to conform to the evidence by adding a particular which had not been included in that count as originally drawn, upon which the appellant had been acquitted. Having regard to the extensive activities which the appellant was found to have been conducting in the manufacture of MDA hydrochloride, I do not think that it can be suggested that the appellant was in any way misled by the fact that that salt was not mentioned in the particulars. He knew in any event that he was being charged with possession of a restricted drug for the purpose of trafficking.

In directing a new trial, Mr. Justice MacLean incorporated the amendment to the information in his order as he felt that the ends of justice required him to do.

In granting this order it seems to me to be plain that the Court of Appeal was acting pursuant to the provisions of s. 613(4)(b) and (8) which provide as follows:

613. (4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may . . .

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, . . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection . . . (4), . . . it may make any order, in addition, that justice requires.

It was contended on behalf of the appellant that the order for a new trial could not have been made unless the amendment had been granted and that the amendment was therefore not an order "in addition" to the exercise of the court's power under subs. (4)(b)(i), but rather that it was a prerequisite to the granting of a new trial.

In my view when Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial, to "make any order, in addition, which justice requires" it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not. I do

A mon avis, le seul point en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a outrepassé ses pouvoirs en autorisant la modification du troisième chef de l'acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve en ajoutant un détail qui ne figurait pas dans le texte initial sur lequel l'acquiescement de l'appelant était fondé. En raison de la participation active de l'appelant à la fabrication de chlorhydrate de MDA, je ne pense pas qu'on puisse dire qu'il a pu être induit en erreur parce que ce sel n'était pas mentionné dans les détails de l'acte d'accusation. Il savait de toute façon qu'il était accusé de possession d'une drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic.

En ordonnant un nouveau procès, le juge MacLean a inséré dans son ordonnance la modification de la dénonciation parce qu'il était d'avis que les fins de la justice l'exigeaient.

Il me semble évident que la Cour d'appel a rendu cette ordonnance en se fondant sur les dispositions des par. 613(4)b) et (8) qui prévoient:

613. (4) Quand un appel est interjeté d'un acquiescement, la cour d'appel peut . . .

b) admettre l'appel, écarter le verdict et

(i) ordonner un nouveau procès, . . .

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe . . . (4), . . . elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

On a prétendu au nom de l'appelant qu'à défaut d'autoriser la modification, il aurait été impossible d'ordonner un nouveau procès et que la modification ne constitue donc pas une ordonnance que la Cour pouvait rendre «en outre», dans l'exercice des pouvoirs conférés par le sous-al. (4)b)(i), mais plutôt un préalable au nouveau procès.

A mon avis, lorsque le Parlement a autorisé la Cour d'appel, dans l'exercice de ses pouvoirs, à ordonner un nouveau procès et «en outre [à] rendre toute ordonnance que la justice exige», il voulait l'autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance addition-

not think that the wide powers conferred on the Court of Appeal by s. 613(8) are to be narrowly construed but rather that they are designed to ensure that the requirements of the ends of justice are met, and are to be liberally construed in light of that overriding consideration.

In ordering a new trial it would normally be undesirable to comment on the evidence, but I think that in this case the concessions made by the appellant on his appeal are relevant as indicating the material of which the Court must have been aware in determining that the ends of justice required a new trial on the third count.

In the course of his reasons for judgment in the appeal on the second count, Mr. Justice McIntyre, with whom all members of the Court agreed, had this to say:

The appellant conceded that the police had found M.D.A. hydrochloride a salt of MDA upon the premises and conceded that it was manufactured by the appellant. Indeed, in the absence of such a concession there was positive proof that MDA hydrochloride had been manufactured in substantial quantity and that it was intended for sale and distribution.

Seized with knowledge of this evidence, it is small wonder that Mr. Justice MacLean considered the ends of justice to require the amendment which he granted and that no substantial wrong was done to the appellant by granting it. I fully agree with this conclusion and would affirm the order that implemented it.

In the course of the argument in this Court reference was made to other cases in which provincial courts of appeal have granted amendments to an indictment as to which there was no complaint made at trial, but the circumstances disclosed in each of these cases differs materially from the situation disclosed in this appeal and I prefer to base my conclusion on the broad ground that the ends of justice required the amendment which was here granted. It follows that I find it unnecessary to express any view as to the submission that the authority of the Court of Appeal to grant an amendment stems from the provisions of s. 610(3) of the *Criminal Code* which authorize the court to exercise powers "that may be exercised by the

nelle. Je ne pense pas qu'on doive interpréter restrictivement les larges pouvoirs conférés aux cours d'appel par le par. 613(8); ils sont plutôt destinés à assurer que les fins de la justice soient respectées. Compte tenu de cette considération essentielle, on doit leur donner une interprétation large.

Habituellement, lorsqu'on ordonne un nouveau procès, il est préférable de ne pas faire de commentaires sur la preuve, mais je pense qu'en l'espèce, les concessions de l'appelant en appel indiquent de façon pertinente les éléments dont la Cour a dû tenir compte pour conclure que les fins de la justice exigeaient un nouveau procès sur le troisième chef.

Dans ses motifs de jugement, auxquels tous les membres de la Cour ont souscrit, le juge McIntyre a déclaré, à propos de l'appel sur le deuxième chef:

[TRADUCTION] L'appelant a admis que la police avait trouvé sur les lieux du chlorhydrate de MDA, un sel de MDA, et qu'il l'avait fabriqué. En fait, même sans cet aveu, la preuve établit clairement que le chlorhydrate de MDA avait été fabriqué en quantité importante et qu'il était destiné à la vente et à la distribution.

Comme le juge MacLean avait connaissance de ces éléments de preuve, il est donc peu surprenant qu'il ait jugé que les fins de la justice exigeaient la modification qu'il a autorisée et que l'accusé ne subirait de ce fait aucun tort important. Je suis parfaitement d'accord avec lui et je suis d'avis de confirmer l'ordonnance à cet effet.

Pendant les débats devant cette Cour, on a cité d'autres arrêts par lesquels des cours d'appel provinciales ont autorisé des modifications d'actes d'accusation sans qu'aucune plainte n'ait été formulée au procès. Toutefois, les circonstances de chacun de ces arrêts diffèrent considérablement de la situation de fait présente et je préfère fonder ma conclusion sur le motif général que les fins de la justice exigent la modification accordée. Il ne m'est donc pas nécessaire d'exprimer d'opinion sur l'allégation que le pouvoir de la Cour d'appel d'autoriser une telle modification vient des dispositions du par. 610(3) du *Code criminel* qui l'autorise à exercer tout pouvoir «qui peut être exercé par la cour lors d'appels en matière civile . . . ». A

court on appeals in civil matters . . .". In my view a final determination of this question can be appropriately considered when it is an essential element in the disposition of the appeal.

In the course of the argument reference was made to the provisions of s. 529 of the *Criminal Code* which bears the heading "Amending defective indictment or count" but in my view the only mandatory language in that section is contained in subs. (1) which provides for

an objection to an indictment or to a count in an indictment or a defect apparent on the face thereof . . .

and requires such objection to be taken before plea or thereafter by leave of the court or a judge. In the present case we are not concerned with a defect apparent on the face of the indictment and this subsection accordingly has no application to the present circumstances. In my view there is no other language in the section which can be read as curtailing the power of the Court of Appeal to make an order under s. 613(8) which has the effect of amending the indictment so as to conform to the evidence where the ends of justice require it.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

DICKSON J. (*dissenting*)—I agree with the conclusion reached by the Chief Justice in this appeal and the reasons therefor, with one reservation. I would like to leave open the issue as to whether s. 529(1) or s. 732(1) of the *Criminal Code* prevents initial objection being taken in the Court of Appeal to a defect on the face of the indictment or information and the effect of the judgment in *R. v. Leclair*⁴¹.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: J. A. D. Bohun, Ladysmith.

Solicitor for the respondent: C. O. D. Branson, Victoria.

⁴¹ (1956), 115 C.C.C. 297.

mon avis, il faudra répondre à cette question dans un cas où elle sera essentielle pour trancher le litige.

Au cours des débats, on a invoqué les dispositions de l'art. 529 du *Code criminel*, dont la légende est «Modification d'un acte ou d'un chef d'accusation défectueux», mais, à mon avis, les seuls termes impératifs de cet article se trouvent au par. 1 qui prévoit

une objection à un acte ou chef d'accusation, pour un vice apparent à sa face même . . .

et qui exige que cette objection soit présentée avant la plaidoirie du prévenu et, par la suite, seulement sur permission de la cour ou d'un juge. En l'espèce, il n'y a pas de vice apparent à la face même de l'acte d'accusation; en conséquence, ce paragraphe ne s'applique pas. A mon avis, rien dans cet article ne peut être interprété comme restreignant le pouvoir de la Cour d'appel de rendre, en vertu du par. 613(8), une ordonnance qui a pour effet d'autoriser la modification d'un acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve, lorsque les fins de la justice l'exigent.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Je souscris à la conclusion du Juge en chef et aux motifs qu'il a rédigés, avec une réserve cependant. J'aimerais que restent sans réponse définitive la question de savoir si les par. 529(1) ou 732(1) du *Code criminel* empêchent de soulever en Cour d'appel une première objection relative à un vice apparent à la face même d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, et celle de l'effet de l'arrêt *R. v. Leclair*⁴¹.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et DICKSON étant dissidents.

Procureur de l'appellant: J. A. D. Bohun, Ladysmith.

Procureur de l'intimée: C. O. D. Branson, Victoria.

⁴¹ (1956), 115 C.C.C. 297.