

Alain Barbeau Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. BARBEAU

File No.: 22341.

1992: April 30; 1992: August 27.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Stevenson* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Procedure — Indictment — Preliminary inquiry — Accused charged with offence which did not exist at relevant time and committed for trial following preliminary inquiry — Error detected at beginning of trial and new indictment presented — Whether Crown could only proceed by means of direct indictment requiring Attorney General's consent — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 577.

In 1986 the accused was charged with six counts of sexual assault arising out of acts allegedly committed in July and September of 1982. The charges were made pursuant to s. 271 (formerly s. 246.1) of the *Criminal Code*, which was not proclaimed in force until January 4, 1983, a few months after the acts in question had occurred. The amending legislation specifically provided that the new provisions were not to apply retroactively. The accused elected to be tried by judge and jury and a preliminary inquiry was held. When it was completed the accused was committed to stand trial. At the beginning of the trial, the accused, having detected the error, moved to quash the indictment. The Crown conceded that he had been charged with a crime that did not exist, and then immediately presented the court with a new indictment charging the accused with six indecent assaults under the provisions of the former s. 149(1) of the *Criminal Code*. The trial judge quashed the first indictment and accepted the new one. The accused brought a motion seeking to quash the new indictment, contending that the Crown could only proceed by means of a direct indictment which would require the personal signature of the Attorney General. Section 577 of the *Code* provides that where a preliminary inquiry has not

Alain Barbeau Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. BARBEAU

^b N° du greffe: 22341.

1992: 30 avril; 1992: 27 août.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Stevenson*.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procédure — Acte d'accusation — Enquête préliminaire — Accusé inculpé d'une infraction qui n'existait pas au moment visé et renvoyé à son procès après l'enquête préliminaire — Découverte de l'erreur au début du procès et présentation d'un nouvel acte d'accusation — Le ministère public ne pouvait-il recourir qu'à un acte d'accusation direct nécessitant le consentement du procureur général? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 577.

En 1986, l'accusé a fait l'objet de six chefs d'accusation d'agression sexuelle pour des actes qu'il aurait commis en juillet et en septembre 1982. Les accusations ont été portées conformément à l'art. 271 (auparavant l'art. 246.1) du *Code criminel*, qui n'est entré en vigueur que le 4 janvier 1983, soit quelques mois après que les actes en question eurent été commis. La loi modificatrice prévoyait précisément que les nouvelles dispositions ne s'appliqueraient pas rétroactivement. L'accusé a choisi d'être jugé par un juge et un jury. À la fin de l'enquête préliminaire, l'accusé a été renvoyé à son procès. Au début du procès, l'accusé, qui avait découvert l'erreur, a présenté une requête en annulation de l'acte d'accusation. Le ministère public a reconnu que l'accusé avait été inculpé d'un crime qui n'existait pas et a alors immédiatement présenté à la cour un nouvel acte d'accusation l'inculpant de six chefs d'attentat à la pudeur conformément aux dispositions de l'ancien par. 149(1) du *Code criminel*. Le juge du procès a annulé le premier acte d'accusation et a admis le nouveau. L'accusé a présenté une requête en annulation du nouvel acte d'accusation, soutenant que le ministère public ne pouvait recourir qu'à un acte d'accusation direct nécessitant la signature du procureur général lui-

* Stevenson J. took no part in the judgment.

* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

been held or where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred without the consent of the Attorney General or Deputy Attorney General. This motion was rejected, the trial proceeded and the accused was convicted on four of the six counts. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appeal against conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

While this Court's decision in *Chase* differentiates between charges of sexual assault under s. 271 of the *Code* and indecent assault under the former s. 149(1), in this case there was nonetheless full disclosure of the events which formed the basis of the Crown's case against the accused. The incidents upon which the charges were based were thoroughly explored at the preliminary inquiry. There is no doubt that evidence as to the events which occurred justified proceeding with the charges of sexual assault; equally, the same evidence clearly justified proceeding with the charges of indecent assault. No prejudice has been occasioned to the accused by the quashing of the original indictment and the preferring of the second indictment. The original indictment was valid in every respect except for the nomenclature used to identify the offence. The parties proceeded throughout the preliminary inquiry on the assumption it was valid. The evidence identified the actions which constituted the incidents of sexual assault or indecent assault, depending on the title used. The actions were the same, the evidence was the same. The testimony given at the preliminary inquiry constituted a *prima facie* case that the accused had committed an offence described as indecent assault prior to January 4, 1983 and sexual assault thereafter. In the circumstances the error in the "labelling" or title of the offence constituted a voidable error, and not one that was void. It follows that it was in order for the Crown to present a fresh indictment which conformed to the evidence adduced at a preliminary hearing whose validity had not been challenged.

L'article 577 du *Code* prévoit que si une enquête préliminaire n'a pas été tenue ou si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu a été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté sans le consentement du procureur général ou du sous-procureur général. La requête a été rejetée, le procès a été tenu et l'accusé a été déclaré coupable relativement à quatre des six chefs d'accusation. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Si l'arrêt *Chase* de notre Cour établit une différence entre l'accusation d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 du *Code* et celle d'attentat à la pudeur prévue à l'ancien par. 149(1), on a néanmoins, en l'espèce, divulgué tous les événements qui constituaient le fondement de la preuve du ministère public contre l'accusé. Les incidents à l'origine des accusations ont été examinés à fond lors de l'enquête préliminaire. Il ne fait pas de doute que la preuve des événements qui se sont produits justifiait les accusations d'agression sexuelle; de même, elle justifiait nettement les accusations d'attentat à la pudeur. L'annulation de l'acte d'accusation initial et la présentation du deuxième acte d'accusation n'ont causé aucun préjudice à l'accusé. L'acte d'accusation initial était valide en tous points, à l'exception de la terminologie utilisée pour identifier l'infraction. Les parties ont participé à l'enquête préliminaire en tenant pour acquis qu'il était valide. La preuve a identifié les actes qui constituaient une agression sexuelle ou un attentat à la pudeur, selon l'expression utilisée. Les actes étaient les mêmes, la preuve également. Les témoignages à l'enquête préliminaire constituaient une preuve suffisante à première vue que l'accusé avait commis une infraction décrite comme un attentat à la pudeur avant le 4 janvier 1983 et comme une agression sexuelle depuis cette date. Dans les circonstances, l'erreur dans la désignation ou le nom de l'infraction en était une qui rendait l'acte d'accusation annulable et non pas nul. Par conséquent, il convenait que le ministère public présente un nouvel acte d'accusation conforme à la preuve produite lors de l'enquête préliminaire dont la validité n'avait pas été contestée.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *McKibbin v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131; *R. v. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *McKibbin c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131; *R. c. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, ss. 19, 33.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 149 [am. 1972, c. 13, s. 70], 246.1 [ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 507.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271, 535, 548, 574 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 113], 577 [rep. & sub. *idem*, s. 115].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 741, 37 Q.A.C. 214, affirming the accused's conviction on four counts of indecent assault. Appeal dismissed.

Gratien Duchesne, for the appellant.

Denis Dionne, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—In 1986 the appellant was charged with six counts of sexual assault alleging that he had fondled and touched a ten-year-old girl in July and September of 1982. The charges were made pursuant to s. 271 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 246.1), which provides:

271. (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

This section was added to the *Criminal Code* by an amending Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19. It was not proclaimed in force until January 4, 1983, which was, of course, a few months subsequent to the occurrence of the acts which led to the charges brought against the accused. The *Criminal Code* amendment Act specifically provided in

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271, 535, 548, 574 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 113], 577 [abr. & rempl. *idem*, art. 115].

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 149 [mod. 1972, ch. 13, art. 70], 246.1 [aj. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 507.

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19, 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 741, 37 C.A. 214, confirmant la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement à quatre chefs d'accusation d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

Gratien Duchesne, pour l'appellant.

Denis Dionne, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—En 1986, l'appellant a fait l'objet de six chefs d'accusation d'agression sexuelle lui reprochant de s'être livré, en juillet et en septembre 1982, à des caresses et à des attouchements sur une fillette de dix ans. Les accusations ont été portées conformément à l'art. 271 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 246.1), dont voici le texte:

271. (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Cet article, ajouté au *Code criminel* par une loi modificatrice, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19, n'est entré en vigueur que le 4 janvier 1983, soit, de toute évidence, quelques mois après que les actes à l'origine des accusations portées contre l'accusé eurent été commis. L'article 33 de la loi modificatrice du *Code criminel*, qui prévoyait pré-

s. 33 that the new provisions were not to apply retroactively. That section reads:

33. An offence committed prior to the coming into force of this Act against any provision of law affected by this Act shall be dealt with in all respects as if this Act had not come into force.

For some considerable time, no one noticed the error in the indictment. In due course the appellant elected to be tried by judge and jury. A preliminary inquiry was held. When it was completed the appellant was committed to stand trial. He then re-elected trial by a provincial court judge.

The error was eventually detected at the beginning of the trial in May 1987. Before he had entered a plea the appellant moved to quash the indictment on the ground that the offences with which he was charged did not exist at the relevant time. The hearing of this motion was postponed until the following day. When the proceedings resumed, the Crown conceded, before the trial judge could rule on the motion, that the appellant had been charged with a crime that did not exist. The Crown then immediately presented the Court with a new indictment charging the appellant with six indecent assaults under the provisions of the former s. 149(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. That section reads:

149. (1) Every one who indecently assaults a female person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

The trial judge quashed the first indictment alleging six sexual assaults and accepted the new indictment alleging six indecent assaults.

The appellant brought a number of pre-trial motions; only that seeking to quash the new indictment is pertinent to this appeal. It was contended that on the new indictment the Crown could only proceed by means of a direct indictment which would require the personal signature of the Attor-

cisément que les nouvelles dispositions ne s'appliqueraient pas rétroactivement, est ainsi rédigé:

33. La présente loi ne s'applique pas aux infractions commises avant son entrée en vigueur.

Pendant un long moment, personne n'a remarqué l'erreur contenue dans l'acte d'accusation. En temps utile, l'appellant a choisi d'être jugé par un juge et un jury. À la fin de l'enquête préliminaire, l'appellant a été renvoyé à son procès. Il a alors choisi d'être jugé par un juge de la cour provinciale.

L'erreur a finalement été découverte au début du procès en mai 1987. Avant d'inscrire un plaidoyer, l'appellant a présenté une requête en annulation de l'acte d'accusation pour le motif que les infractions dont il était accusé n'existaient pas au moment concerné. L'audition de cette requête a été reportée au lendemain. À la reprise de l'audience, le ministère public a reconnu, avant que le juge du procès ne puisse se prononcer sur la requête, que l'appellant avait été accusé d'un crime qui n'existait pas. Le ministère public a alors immédiatement présenté à la cour un nouvel acte d'accusation inculquant l'appellant de six chefs d'attentat à la pudeur conformément aux dispositions de l'ancien par. 149(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, dont voici le texte:

149. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque attente à la pudeur d'une personne du sexe féminin.

Après avoir annulé le premier acte d'accusation qui contenait six chefs d'agression sexuelle, le juge du procès a admis le nouvel acte d'accusation comportant six chefs d'attentat à la pudeur.

L'appellant a présenté un certain nombre de requêtes préliminaires; seule celle visant à annuler le nouvel acte d'accusation est pertinente en l'espèce. On a soutenu qu'en ce qui concernait le nouvel acte d'accusation, le ministère public ne pouvait recourir qu'à un acte d'accusation direct

ney General pursuant to s. 577 (formerly s. 507) of the *Criminal Code*. That section reads:

577. In any prosecution,

(a) where a preliminary inquiry has not been held, an indictment shall not be preferred, or

(b) where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred or a new information shall not be laid

before any court without,

(c) where the prosecution is conducted by the Attorney General or the Attorney General intervenes in the prosecution, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General, or

(d) where the prosecution is conducted by a prosecutor other than the Attorney General and the Attorney General does not intervene in the prosecution, the written order of a judge of that court.

This motion was rejected by the trial judge.

The trial then proceeded and the appellant was convicted on four of the six counts. He was sentenced to eight months' imprisonment plus a period of probation.

Both the conviction and the sentence were appealed and on February 21, 1991 the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal against conviction with a dissent by Fish J.A. The sentence appeal was allowed and the period of imprisonment reduced to time served (7 days). The appeal is before this Court as of right in light of the dissent by Fish J.A.

Judgment of the Courts Below

Quebec Court of Sessions of the Peace (Gagnon Prov. Ct. J.)

The trial judge held that the new or the substituted indictment should not be quashed. In his view, s. 577 of the *Code* did not apply to this case. Pursuant to the section, the consent of the Attorney

nécessitant la signature du procureur général lui-même, conformément à l'art. 577 (auparavant l'art. 507) du *Code criminel*, dont voici le texte:

577. Lors d'une poursuite:

a) si une enquête préliminaire n'a pas été tenue, un acte d'accusation ne peut être présenté;

b) si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu ait été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté et une nouvelle dénonciation ne peut être faite,

devant aucun tribunal sans:

c) le consentement écrit du procureur général ou du sous-procureur général si la poursuite en est une qui est menée par le procureur général ou si elle en est une où celui-ci intervient;

d) le consentement écrit d'un juge de ce tribunal si la poursuite n'est pas menée par le procureur général ou si la poursuite en est une où le procureur général n'intervient pas.

Le juge du procès a rejeté la requête.

Le procès a ensuite été tenu et l'appellant a été déclaré coupable relativement à quatre des six chefs d'accusation. Il a été condamné à huit mois d'emprisonnement suivis d'une période de probation.

La déclaration de culpabilité et la sentence prononcées ont fait l'objet d'un appel et, le 21 février 1991, la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité, avec une dissidence de la part du juge Fish. L'appel interjeté contre la sentence a été accueilli et la période d'emprisonnement a été réduite au temps purgé (7 jours). L'appellant se pourvoit de plein droit devant notre Cour, compte tenu de la dissidence du juge Fish.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La Cour des sessions de la paix du Québec (le juge Gagnon de la Cour provinciale)

Le juge du procès a conclu que le nouvel acte d'accusation, celui substitué au premier, ne devrait pas être annulé. À son avis, l'art. 577 du *Code* ne s'appliquait pas à la présente affaire. Aux termes

General to prefer an indictment is only required when a preliminary inquiry has not been held or when the accused has been discharged after a preliminary inquiry. In his view a preliminary inquiry had indeed been held in this case. He held:

[TRANSLATION] There was a preliminary inquiry and [the appellant] was not discharged by that inquiry. He was committed for trial for sexual assault.

It is true that the committal for trial was for offences other than those now indicated on the indictment. Section 504(1)(b) of the *Criminal Code* provides that the prosecutor, here the Attorney General's prosecutor, may prefer an indictment against any person who has been ordered to stand trial in respect of "any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial, whether or not the charges were included in one information".

This court has accordingly referred to the evidence taken at the preliminary inquiry. After reviewing that evidence, the court concludes that the offences of indecent assault with which the accused is charged are disclosed by that evidence. [Emphasis in original.]

The trial judge thus determined that the indictment did not have to be signed by the Attorney General and could be preferred by his prosecutor.

Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 741, 37 Q.A.C. 214

Malouf J.A. gave the reasons of the majority. Monet J.A. filed separate reasons concurring in the result while Fish J.A. dissented. Malouf J.A. observed that pursuant to s. 574 of the *Criminal Code* an indictment can be preferred in respect of any charge founded on the facts disclosed in evidence at the preliminary hearing. Section 574 provides:

de cet article, l'acte d'accusation ne doit être présenté avec le consentement du procureur général que si aucune enquête préliminaire n'a été tenue ou si l'accusé a été libéré à la suite d'une enquête préliminaire. D'après lui, une enquête préliminaire avait effectivement été tenue en l'espèce. Il a dit:

Il y eut enquête préliminaire et [l'appellant] n'a pas été libéré de cette enquête. Il fut cité à procès pour agressions sexuelles.

Il est vrai que la citation à procès était pour des offenses autres que celles qui apparaissent maintenant sur l'acte d'accusation. L'article 504(1)(b) du *Code criminel* édicte que le poursuivant, dans le cas présent le substitut du procureur général, peut présenter un acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à l'égard de «n'importe quel chef d'accusation relié aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès, que ces chefs d'accusation aient été ou non compris dans une dénonciation».

Le présent Tribunal s'est donc référé à la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire. Après étude de cette preuve, le Tribunal conclut que les infractions d'attentat à la pudeur reprochées à l'accusé sont révélées par cette preuve. [Souligné dans l'original.]

Le juge du procès a donc décidé qu'il n'était pas nécessaire que le procureur général signe l'acte d'accusation qui pouvait être présenté par son substitut.

La Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 741, 37 C.A. 214

Le juge Malouf a prononcé les motifs de la majorité. Le juge Monet a déposé ses propres motifs concordants quant au résultat, tandis que le juge Fish était dissident. Le juge Malouf a fait remarquer que, conformément à l'art. 574 du *Code criminel*, un acte d'accusation peut être présenté à l'égard de n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire. L'article 574 se lit ainsi:

574. (1) Subject to subsection (3) and section 577, the prosecutor may prefer an indictment against any person who has been ordered to stand trial in respect of

- (a) any charge on which that person was ordered to stand trial, or
- (b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial,

whether or not the charges were included in one information.

Malouf J.A. found that all the requirements of s. 574 were met in this case. The preliminary hearing provided evidence which disclosed the offence of indecent assault. As a result, the new indictment charging the accused with indecent assault did not require the Attorney General's signature. When he read the reasons of his colleagues, Malouf J.A. added to his own reasons. He observed that the appellant in this case had every opportunity to make full answer and defence. At the time of the substituted indictment of indecent assault, the accused (appellant) had been completely informed as to the evidence pertaining to the offence with which he was charged and had received all the benefits that a preliminary inquiry can provide. In his view, no prejudice had been occasioned by the substitution of the new indictment. He noted as well that the procedural point upon which Fish J.A. based his dissent was not raised before the trial court or argued before the Court of Appeal. The parties had not been given an opportunity to review the issue and in his opinion the Court of Appeal should decline to decide that issue.

Monet J.A. in concurring reasons agreed that the original indictment was flawed. Further he conceded that *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, established that the offences of indecent assault and sexual assault were not identical. However, he went on to observe that for the victim the terminology was unimportant. For society, the reprobation was

574. (1) Sous réserve du paragraphe (3) et de l'article 577, le poursuivant peut présenter un acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à l'égard de:

- a) n'importe quel chef d'accusation pour lequel cette personne a été renvoyée pour subir son procès;
- b) n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès,

que ces chefs d'accusation aient été ou non compris dans une dénonciation.

Le juge Malouf a conclu que toutes les exigences de l'art. 574 étaient respectées en l'espèce. La preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire avait révélé l'existence d'un attentat à la pudeur. En conséquence, il n'était pas nécessaire que le nouvel acte d'accusation inculquant l'accusé d'attentat à la pudeur soit signé par le procureur général. Après avoir lu les motifs de ses collègues, le juge Malouf a ajouté des commentaires à ses propres motifs. Il a fait observer que l'appelant en l'espèce avait eu la possibilité de produire une défense pleine et entière. Au moment où l'acte d'accusation d'attentat à la pudeur a été substitué au premier acte d'accusation, l'accusé (appelant) était parfaitement au courant de la preuve relative à l'infraction dont il était accusé et il avait bénéficié de tous les avantages que peut procurer une enquête préliminaire. Selon lui, aucun préjudice n'avait résulté de la substitution du nouvel acte d'accusation. Il a également souligné que la question de procédure sur laquelle le juge Fish fondait sa dissidence n'avait pas été soulevée devant le tribunal de première instance ni débattue en Cour d'appel. Les parties n'avaient pas eu la possibilité d'examiner la question et, à son avis, la Cour d'appel devait refuser de la trancher.

Le juge Monet, dans des motifs concordants, a reconnu que l'acte d'accusation initial était entaché d'un vice. En outre, il a reconnu que l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, a établi que les infractions d'attentat à la pudeur et d'agression sexuelle n'étaient pas identiques. Il a toutefois noté que, pour la victime, la terminologie n'avait

precisely the same. For the accused in this case, the acts under investigation were identified and the circumstances surrounding those acts were fully investigated at the preliminary inquiry. The accused had been committed for trial and this committal had not been attacked by the accused. It followed that in his view the new indictment signed by the Attorney General's prosecutor was valid.

a aucune importance. Pour la société, la réprobation était exactement la même. Pour l'accusé en l'espèce, les actes faisant l'objet d'un examen étaient identifiés, et les circonstances entourant ces actes avaient été examinées à fond lors de l'enquête préliminaire. L'accusé avait été renvoyé à son procès sans qu'il conteste ce renvoi à procès. Il s'ensuivait, selon le juge, que le nouvel acte d'accusation signé par le substitut du procureur général était valide.

Fish J.A. found that the Crown was bound to prefer a direct indictment in the circumstances of this case. Although the appellant's focus was on s. 577(b), which pertains to indictments preferred when a preliminary inquiry has been held, Fish J.A. based his reasons on s. 577(a). He concluded the preliminary inquiry was a nullity and as a result it could not be said that there had been a *de facto* preliminary inquiry which led to a committal for trial.

c Le juge Fish a conclu que, dans les circonstances de la présente affaire, le ministère public devait présenter un acte d'accusation direct. Bien que l'appelant ait insisté sur l'al. 577b), relatif aux actes d'accusation présentés lorsqu'une enquête préliminaire a été tenue, le juge Fish a fondé ses motifs sur l'al. 577a). Il a conclu que l'enquête préliminaire était nulle et qu'en raison de cette nullité on ne pouvait dire qu'il y avait eu une enquête préliminaire *de facto* entraînant un renvoi à procès.

In his view there could be no legal and valid trial on the first indictment because it disclosed no offence. It followed that there could be no legal and valid inquiry on an information framed in such a way that it did not disclose an offence. In his opinion there was no jurisdiction to hold the preliminary inquiry based on an information that was invalid. In the result the preliminary inquiry and committal to trial were void *ab initio*.

e À son avis, il ne pouvait y avoir de procès légal et valide relativement au premier acte d'accusation parce que celui-ci ne révélait aucune infraction. Il s'ensuivait qu'aucune enquête légale et valide ne pouvait être tenue suite à une dénonciation rédigée d'une façon qui ne révélait aucune infraction. À son avis, nul n'avait compétence pour tenir une enquête préliminaire fondée sur une dénonciation nulle. En définitive, l'enquête préliminaire et le renvoi à procès étaient nuls *ab initio*.

Fish J.A. conceded that there were strong arguments in favour of the validity of the indictment. He too observed that the essential elements of the charge which were investigated at the preliminary inquiry were, in fact, substantially if not legally identical to those for which the appellant was eventually tried. Thus the appellant was fully apprised of the Crown's case against him. Further, there was evidence adduced upon which the appellant could properly be committed to trial. Thus all the policy requirements were satisfied, although the legal requirements were not. In his view there had been no preliminary hearing and no committal

h Le juge Fish a reconnu l'existence d'arguments solides en faveur de la validité de l'acte d'accusation. Il a lui aussi remarqué que les éléments essentiels de l'accusation examinés lors de l'enquête préliminaire étaient, en fait, sensiblement sinon juridiquement identiques à ceux pour lesquels l'appelant a finalement été jugé. Ainsi, ce dernier connaissait parfaitement l'importance de la preuve du ministère public qui pesait contre lui. En outre, certains éléments de preuve présentés justifiaient le renvoi de l'appelant à son procès. Ainsi, toutes les exigences de principe étaient respectées, même si les exigences juridiques ne l'étaient pas. À son avis, il n'y avait pas eu d'enquête préliminaire ni de renvoi à procès et aucun acte d'accusation ne

to trial and as a result there could be no indictment preferred under s. 574(1)(b).

Issue

The sole point in issue raised by the dissent of Fish J.A. is this:

1. Was the indictment invalid because it did not conform to s. 577 of the *Criminal Code*?

Analysis

At the outset it must be emphasized that the appellant is relying on a very technical argument. He does not allege that there has been any prejudice whatsoever. Nonetheless he relies on the defect in the original indictment to argue that he did not have a valid preliminary inquiry. In these circumstances it is appropriate to respond to a technical objection with a technical answer. In order to deal with the appellant's argument it is necessary to look once again at the object of the preliminary inquiry.

Preliminary Inquiry

Today the prime function of a preliminary inquiry is to determine whether there is sufficient evidence to commit the accused to trial. Section 535 of the *Criminal Code* requires the "justice" to "inquire into that charge and any other indictable offence, in respect of the same transaction, founded on the facts that are disclosed by the evidence. . .". The preliminary inquiry has a long history. Prior to the establishment of permanent police forces it was as much a process for the investigation of crime as it was for determining the probable guilt of the accused.

Pursuant to s. 548, when all the evidence is taken, if in the justice's opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged, or any other indictable offence in respect of the same transaction, the justice shall order the accused to stand trial. Pursuant to subs. 2 of the same section where the justice orders the accused to stand trial for an indictable offence other than or in addition to the one with which the accused was

pouvait donc être présenté en vertu de l'al. 574(1)(b).

La question en litige

L'unique question en litige soulevée par la dissidence du juge Fish de la Cour d'appel est la suivante:

1. L'acte d'accusation était-il nul parce qu'il n'était pas conforme à l'art. 577 du *Code criminel*?

Analyse

Il faut souligner, au départ, que l'appellant invoque un argument très technique. Il n'allègue aucun préjudice. Il s'appuie néanmoins sur le vice contenu dans l'acte d'accusation initial pour prétendre qu'il n'a pas subi une enquête préliminaire valide. Dans ces circonstances, il convient de donner une réponse technique à une objection technique. Pour statuer sur l'argument de l'appellant, il est nécessaire d'examiner encore une fois l'objet de l'enquête préliminaire.

L'enquête préliminaire

Aujourd'hui, le rôle premier de l'enquête préliminaire consiste à déterminer si la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès. En vertu de l'art. 535 du *Code criminel*, le «juge de paix» doit «enquêter sur l'accusation ainsi que sur tout autre acte criminel qui découle de la même affaire fondé sur les faits révélés par la preuve . . .». L'enquête préliminaire ne date pas d'hier. Avant la création des corps de police permanents, elle servait autant à enquêter sur un crime qu'à déterminer la culpabilité probable de l'accusé.

Selon l'art. 548, lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit renvoyer la personne inculpée à son procès s'il estime que la preuve est suffisante pour la faire passer en jugement à l'égard de l'infraction reprochée ou de tout autre acte criminel relatif à la même opération. Aux termes du par. 2 du même article, lorsque le juge de paix ordonne que le prévenu passe en jugement à l'égard d'un acte criminel différent ou en

charged, the justice shall endorse on the information the charges on which the accused is ordered to stand trial.

It cannot be denied that the preliminary hearing permits the accused to discover the extent of the case against him. It is true that in *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786, this Court made it clear that the Crown has a discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. Nonetheless the fact remains that the preliminary does permit an accused person to explore to some extent the Crown's case.

Once again I would emphasize that in this case there was no lack of discovery and no prejudice whatsoever to the accused. It is true that *Chase*, *supra*, differentiates between charges of sexual assault under s. 271 of the *Code* and indecent assault under the former s. 149(1). Nonetheless in this particular case there was full disclosure of the events which formed the basis of the Crown's case against the appellant. The incidents upon which the charges were based were thoroughly explored at the preliminary inquiry. There is no doubt that evidence as to the events which transpired justified proceeding with the charges of sexual assault. Equally, the same evidence clearly justified proceeding with the charges of indecent assault. The fact that there has been no possible prejudice occasioned to the appellant by the process adopted in this case is not without significance to the resolution of this appeal.

The appellant contends that despite the fact that there has been no practical prejudice there is a legal prejudice. That submission cannot be accepted. When the appellant discovered the error in the original charge, a motion was made to quash the indictment on the ground the offences with which he was charged did not exist at the time he was alleged to have committed them. In *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, Dickson J. (as he then was) held that once an indictment is preferred, it is no longer possible to attack by procedural means a committal to trial. He wrote (at p. 990):

sus de celui dont il a été accusé, il doit inscrire sur la dénonciation les accusations à l'égard desquelles le prévenu est astreint à passer en jugement.

a On ne peut nier que l'enquête préliminaire permet à l'accusé de découvrir l'étendue de la preuve qui pèse contre lui. Il est vrai que, dans l'arrêt *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786, notre Cour a dit clairement que le ministère public peut, à sa discrétion, ne présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Il n'en demeure pas moins que l'enquête préliminaire permet à la personne inculpée de sonder, dans une certaine mesure, la preuve du ministère public.

d Je soulignerais à nouveau qu'en l'espèce, il n'y a eu aucun défaut de communication de la preuve ni aucun préjudice à l'accusé. Il est vrai que l'arrêt *Chase*, précité, établit une différence entre l'accusation d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 du *Code* et celle d'attentat à la pudeur prévue à l'ancien par. 149(1). Néanmoins, en l'espèce, on a divulgué tous les événements qui constituaient le fondement de la preuve du ministère public contre l'appelant. Les incidents à l'origine des accusations ont été examinés à fond lors de l'enquête préliminaire. Il ne fait pas de doute que la preuve des événements qui se sont produits justifiait les accusations d'agression sexuelle. De même, elle justifiait nettement les accusations d'attentat à la pudeur. Le fait que la démarche adoptée en l'espèce n'ait causé aucun préjudice à l'appelant n'est pas sans conséquence sur le règlement du présent pourvoi.

i L'appelant soutient que même si aucun préjudice pratique n'a été causé, il existe un préjudice juridique. Cet argument ne saurait être accepté. Après avoir découvert l'erreur dans l'accusation initiale, l'appelant a présenté une requête visant à annuler l'acte d'accusation pour le motif que les infractions dont il était accusé n'existaient pas au moment où il les aurait commises. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que dès qu'un acte d'accusation est présenté, il n'est plus possible d'attaquer un renvoi à procès par des moyens de procédure. Il a écrit (à la p. 990):

The Court of Appeal concluded, I think correctly, that at some point the indictment becomes the operative document in the criminal process. At that point, the indictment provides a "fresh starting point". The indictment in effect becomes the foundation upon which the further proceedings are built. After presentment of the indictment, the accused is free to move to quash the indictment by motion made in the trial court but he can no longer attack the regularity of the committal for trial by *certiorari*.

It is important to note that nothing in the motion to quash the first indictment indicates that the appellant questioned the validity of any of the earlier proceedings. It was only at this point that the appellant realized, necessarily for the first time, that the initial charges did not reveal crimes in existence at the time of the alleged offences. Yet the appellant attacked neither the preliminary inquiry, alleging a lack of jurisdiction, nor the committal to trial, alleging it to be a nullity. The trial judge was simply asked to quash an indictment based on a defect apparent on its face. At this stage, therefore, the preliminary hearing had not been attacked or criticized in any way. The appellant's subsequent motion to quash the new indictment was based upon a contention that a preliminary inquiry had been held and that the accused had been discharged. This combination of events, according to defence counsel, pursuant to s. 577(b) required that any subsequent indictment be preferred directly. I disagree.

The original indictment charging sexual assault rather than indecent assault was valid in every respect except for the nomenclature used to identify the offence. The parties proceeded throughout the preliminary inquiry on the assumption it was valid. The evidence identified the actions which constituted the incidents of sexual assault or indecent assault, depending on the title used to identify the touching or fondling. The actions were the same, the evidence was the same. The testimony given at the preliminary inquiry constituted a *prima facie* case that the accused had committed

La Cour d'appel a conclu, à bon droit à mon avis, qu'à un certain moment, l'acte d'accusation devient le document opérant dans la procédure criminelle. À ce moment, l'acte d'accusation offre un «nouveau point de départ». En effet, l'acte d'accusation devient la base sur laquelle s'édifient les procédures subséquentes. Après le dépôt de l'acte d'accusation, l'accusé peut, par requête présentée devant la cour de première instance, demander l'annulation de l'acte d'accusation, mais il ne peut plus contester par *certiorari* la régularité du renvoi à procès.

Il importe de remarquer que rien dans la requête en annulation du premier acte d'accusation n'indique que l'appellant contestait la validité d'une des procédures antérieures. C'est à ce moment seulement que l'appellant a réalisé, nécessairement pour la première fois, que les accusations initiales ne révélaient pas des crimes existant au moment des présumées infractions. Pourtant, l'appellant n'a attaqué ni l'enquête préliminaire pour absence de compétence, ni le renvoi à procès pour cause de nullité. On a simplement demandé au juge du procès d'annuler un acte d'accusation en raison d'un vice manifeste à première vue. Par conséquent, à ce stade, l'enquête préliminaire n'avait absolument pas été attaquée ni critiquée. L'appellant a par la suite présenté sa requête en annulation du nouvel acte d'accusation en soutenant que l'enquête préliminaire avait été tenue et qu'il avait été libéré. Selon l'avocat de la défense, ce concours de circonstances exigeait, conformément à l'al. 577b), que tout acte d'accusation subséquent soit présenté directement. Je ne suis pas d'accord.

L'acte d'accusation initial comportant des chefs d'agression sexuelle plutôt que d'attentat à la pudeur était valide en tous points, à l'exception de la terminologie utilisée pour identifier l'infraction. Les parties ont participé à l'enquête préliminaire en tenant pour acquis qu'il était valide. La preuve a identifié les actes qui constituaient une agression sexuelle ou un attentat à la pudeur, selon l'expression utilisée pour décrire les attouchements ou les caresses. Les actes étaient les mêmes, la preuve également. Les témoignages à l'enquête préliminaire constituaient une preuve suffisante à première vue que l'accusé avait commis une infraction décrite comme un attentat à la pudeur avant le

an offence described as indecent assault prior to January 4, 1983 and sexual assault thereafter.

In the circumstances the error in the "labelling" or title of the offence constituted a voidable error and not one that was void. The situation might be different if an entirely new offence had been instituted by the legislation of January 4, 1983. For example, if it was only after that date that "air piracy" was declared an offence, then an indictment alleging that the accused had committed air piracy prior to that date would be void as it would not disclose a crime known to the law at the relevant time. Similarly, in this case, if the evidence adduced at the preliminary hearing had established a *prima facie* case of sexual assault, but not of indecent assault, then the indictment would have been void as it would not have disclosed an offence known to the law at the relevant time. It follows that, in the circumstances of this case, it was in order for the Crown to present a fresh indictment which conformed to the evidence adduced at a preliminary hearing whose validity had not been challenged. The Crown, at that point, proceeded in accordance with s. 574(1) of the *Criminal Code*. See *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131; *R. v. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186 (B.C.C.A.).

There were many avenues open to the defence in the present case. Had defence counsel moved before or during the preliminary inquiry to challenge the jurisdiction of the magistrate, it undoubtedly would have resulted in the laying of a new information and the holding of a preliminary inquiry on the charges of indecent assault. Had defence counsel made a motion at any time after the preliminary inquiry and the subsequent committal but before an indictment was preferred in the *Chabot* sense of the term, again the result would likely have been successful. After the preferment of the indictment for sexual assault, defence counsel could have challenged both this indictment and the jurisdiction of the magistrate who had presided over the preliminary inquiry. This would have left nothing upon which to base Crown counsel's second indictment. These are but

4 janvier 1983 et comme une agression sexuelle depuis cette date.

Dans les circonstances, l'erreur dans la désignation ou le nom de l'infraction en était une qui rendait l'acte d'accusation annulable et non pas nul. La situation pourrait être différente si une infraction tout à fait nouvelle avait été créée par la loi du 4 janvier 1983. Par exemple, si on avait fait de la «piraterie de l'air» une infraction à compter de cette date seulement, alors un acte d'accusation alléguant que l'accusé a commis un acte de piraterie de l'air avant cette date serait nul puisqu'il ne révélerait pas un crime connu en droit à l'époque pertinente. De même, en l'espèce, si le témoignage à l'enquête préliminaire avait établi une preuve suffisante à première vue d'agression sexuelle et non d'attentat à la pudeur, l'acte d'accusation aurait alors été nul puisqu'il n'aurait pas révélé une infraction connue en droit au moment pertinent. Par conséquent, dans les circonstances de la présente affaire, il convenait que le ministère public présente un nouvel acte d'accusation conforme à la preuve produite lors de l'enquête préliminaire dont la validité n'avait pas été contestée. À ce moment-là, le ministère public a agi conformément au par. 574(1) du *Code criminel*. Voir les arrêts *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131; *R. c. Copeland* (1986), 27 C.C.C. (3d) 186 (C.A.C.-B.).

En l'espèce, plusieurs voies s'offraient à la défense. Si l'avocat de la défense avait présenté une requête avant ou pendant l'enquête préliminaire afin de contester la compétence du magistrat, il en aurait sûrement résulté une nouvelle dénonciation et une enquête préliminaire sur les accusations d'attentat à la pudeur. Si l'avocat de la défense avait présenté une requête à tout moment après l'enquête préliminaire et le renvoi à procès subséquent, mais avant la présentation d'un acte d'accusation dans le sens où on l'entendait dans l'arrêt *Chabot*, encore une fois, le résultat aurait probablement été positif. Après la présentation de l'acte d'accusation d'agression sexuelle, l'avocat de la défense aurait pu contester tant cet acte d'accusation que la compétence du magistrat ayant présidé à l'enquête préliminaire. Rien n'aurait alors pu justifier le deuxième acte d'accusation du sub-

examples of remedies that the defence might have utilized. None were explored.

In summary, the original indictment erred in the name or title the offences were given. The acts of the appellant amounted to indecent assault prior to January 4, 1983 and to sexual assault thereafter. The preliminary inquiry established that there was a *prima facie* case against the appellant. The incidents described in the testimony could be entitled as indecent assault prior to January 4, 1983. The same incidents could be described as sexual assault after January 4, 1983. No prejudice has been occasioned to the accused by the quashing of the original indictment and the preferring of the second indictment. Only the name of the offence was changed. In the particular circumstances of this case, it was appropriate, in light of the unchallenged preliminary inquiry, for the Crown to immediately prefer a new indictment pursuant to s. 574(1). This created a proper foundation for the ensuing trial and conviction.

In the result, I would dismiss the appeal and confirm the conviction of the appellant for indecent assault.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gratien Duchesne, Alma, Quebec.

Solicitor for the respondent: Denis Dionne, Alma, Quebec.

stitut du procureur général. Ce ne sont là que des exemples de recours que la défense aurait pu utiliser. Aucun n'a été examiné.

En résumé, l'erreur contenue dans l'acte d'accusation initial portait sur le nom ou la désignation des infractions. Les actes de l'appellant constituaient un attentat à la pudeur avant le 4 janvier 1983, et une agression sexuelle après cette date. L'enquête préliminaire a révélé l'existence d'une preuve suffisante à première vue contre l'appellant. On pouvait donner aux incidents décrits dans le témoignage le nom d'attentat à la pudeur avant le 4 janvier 1983. Les mêmes incidents pouvaient être décrits comme une agression sexuelle après le 4 janvier 1983. L'annulation de l'acte d'accusation initial et la présentation du deuxième acte d'accusation n'ont causé aucun préjudice à l'accusé. Seul le nom de l'infraction a changé. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et de l'enquête préliminaire non contestée, il convenait que le ministère public présente immédiatement un nouvel acte d'accusation conformément au par. 574(1). Il existait ainsi un fondement approprié au procès et à la déclaration de culpabilité qui se sont ensuivis.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant pour attentat à la pudeur.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Gratien Duchesne, Alma, Québec.

Procureur de l'intimée: Denis Dionne, Alma, Québec.