

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Norman Skolnick *Respondent*.

File No.: 16573.

1982: April 1; 1982: July 22.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sentence — Driving offences — Severer penalty for second or subsequent offences — Previous convictions for two offences arising out of the same incident — Whether second or third offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 236(1), 236.1.

Respondent was convicted of impaired driving (s. 234 *Cr. C.*) and of refusal to provide a breath sample (s. 235 *Cr. C.*); both convictions arose out of the same drinking and driving incident. Three years later, he was convicted of driving while legally intoxicated (s. 236(1) *Cr. C.*) and given the sentence prescribed for a third offence. The District Court Judge confirmed the sentence but the Ontario Court of Appeal found this to be respondent's second offence and imposed sentence accordingly. Hence this appeal to determine whether the mandatory minimum penalty prescribed by s. 236(1)(c) *Cr. C.* for a third offence applies to an accused who has previously been convicted of and sentenced at the same time for two offences arising out of the same incident.

Held: The appeal should be dismissed.

According to Coke principle, a person cannot be convicted of a third offence before he has been convicted of the second nor of the second before he has been convicted of the first; and the second offence must be committed after the first conviction and the third after the second conviction. That common law principle has been too long embedded in our law to be ousted except by clear statutory provision. Moreover, where two offences arising out of the same incident are tried together and convictions are entered on both after trial, they are to be treated as one for the purpose of determining whether a severer penalty applies, either because of a previous conviction or because of a subsequent conviction. The same rule operates where two offences

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Norman Skolnick *Intimé*.

N° du greffe: 16573.

1982: 1^{er} avril; 1982: 22 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Sentence — Infractions relatives à la conduite d'un véhicule automobile — Sentence plus sévère en cas de récidive — Déclarations antérieures de culpabilité relativement à deux infractions nées du même incident — S'agit-il d'une deuxième ou d'une troisième infraction? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 236(1), 236.1.

L'intimé a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies (art. 234 *C.cr.*) et de refus de fournir un échantillon d'haleine (art. 235 *C.cr.*); les deux déclarations de culpabilité découlent du même fait d'avoir conduit en état d'ébriété. Trois ans plus tard, il a été déclaré coupable d'avoir conduit en état d'ébriété, selon la définition du *Code*, (art. 236(1)), et condamné pour une troisième infraction. Le juge de la Cour de district a confirmé la sentence, mais la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'il s'agissait de la deuxième infraction de l'intimé et a prononcé la sentence en conséquence. D'où le présent pourvoi pour déterminer si la peine minimum obligatoire prescrite par l'al. 236(1)c) du *Code* pour une troisième infraction s'applique à un accusé qui a déjà été déclaré coupable en même temps de deux infractions nées du même incident et condamné à cet égard.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Selon le principe de Coke, une personne ne peut être déclarée coupable d'une troisième infraction avant d'avoir été déclarée coupable de la deuxième, ni déclarée coupable de la deuxième avant de l'avoir été de la première; la deuxième infraction doit être postérieure à la première déclaration de culpabilité et la troisième postérieure à la deuxième déclaration de culpabilité. Ce principe de *common law* existe depuis trop longtemps dans notre droit pour qu'on puisse l'écarter sans une disposition législative expresse. De plus, lorsque deux infractions découlant des mêmes faits sont jugées ensemble et qu'une condamnation est prononcée pour chacune à l'issue du procès, il faut les considérer comme une seule infraction pour déterminer si une peine plus sévère

arising out of separate incidents are tried together and convictions are entered at the same time.

R. v. Bohnet, [1976] 6 W.W.R. 176, distinguished; *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304; *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602; *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109, approved; *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71; *Farrington v. Thomson and Bridgland* [1959] V.R. 286; *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165, considered; *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1981), 59 C.C.C. (2d) 286, 9 M.V.R. 316, allowing respondent's appeal from the sentence imposed following his conviction on a charge under s. 236(1) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Hugh J. Campbell, for the appellant.

L. T. Feldman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, on its particular facts, is a narrow one but it has ramifications which require consideration of different but related circumstances. Specifically, it involves the question whether the mandatory minimum penalty prescribed by *Criminal Code*, s. 236(1)(c) for a third offence applies to an accused who has previously been convicted of and sentenced at the same time for two offences arising out of the same incident. The trial judge imposed the mandatory minimum of three months' imprisonment as for a third offence and this was affirmed on appeal to the District Court Judge. The Ontario Court of Appeal reversed and imposed the minimum fourteen day sentence as for a second offence.

s'applique à cause d'une condamnation antérieure ou à cause d'une condamnation subséquente. La même règle joue lorsque deux infractions qui découlent de faits distincts sont jugées ensemble et que les condamnations sont prononcées en même temps.

Jurisprudence: Distinction faite avec l'arrêt *R. v. Bohnet*, [1976] 6 W.W.R. 176; arrêts approuvés: *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304; *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602; *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109; arrêts examinés: *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71; *Farrington v. Thomson and Bridgland* [1959] V.R. 286; *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165; arrêts mentionnés: *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 59 C.C.C. (2d) 286, 9 M.V.R. 316, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé de la sentence imposée par suite de sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation portée en vertu du par. 236(1) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Hugh J. Campbell, pour l'appelante.

L. T. Feldman, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question que pose le présent pourvoi, vu les faits particuliers, est limitée, mais elle a des ramifications qui exigent une étude de circonstances différentes mais liées. Plus précisément, il s'agit de savoir si la peine minimum obligatoire prescrite par l'al. 236(1)c) du *Code criminel* pour une troisième infraction s'applique à un accusé qui, par une seule et même décision, a déjà été déclaré coupable de deux infractions nées du même incident et condamné à cet égard. Le juge du procès a imposé la peine minimum obligatoire de trois mois d'emprisonnement comme s'il s'agissait d'une troisième infraction et la sentence a été confirmée en appel au juge de la Cour de district. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la sentence et imposé la peine minimum de quatorze jours d'emprisonnement comme s'il s'agissait d'une deuxième infraction.

The relevant provisions of the *Criminal Code* are ss. 236(1) and 236.1 and they are as follows:

236. (1) Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

236.1 Where a person who is guilty of an offence under section 234, 234.1, 235 or 236 has previously been convicted of an offence under any of those sections, that conviction or those convictions shall be deemed to be, for the purpose of determining the punishment to which the person is subject under any of those sections, a first or second offence, as the case may be.

On May 4, 1976, the accused was convicted of impaired driving, contrary to *Criminal Code*, s. 234, and of failure or refusal to provide a breath sample, contrary to *Criminal Code*, s. 235. Both convictions arose out of the same drinking and driving incident. Although the record of proceedings does not mention the sentence imposed in respect of these convictions, it appeared to be common ground that the accused was not sentenced on the second conviction as for a second offence. On November 21, 1979, the accused was convicted of driving an automobile while having consumed alcohol beyond the lawful quantity contrary to *Criminal Code*, s. 236(1). This offence was committed on or about July 8, 1979, long after the earlier offences.

The trial judge (who was followed in this by the District Court Judge without any elaboration)

Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont le par. 236(1) et l'art. 236.1 que je reproduis ci-après:

236. (1) Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible,

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

c) pour chaque infraction subséquente d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

236.1 La personne déclarée coupable d'une infraction aux articles 234, 234.1, 235 ou 236 après avoir été condamnée en vertu de l'un quelconque de ces articles, est réputée, pour l'établissement des peines dont ces articles la rendent passible, avoir commis une première ou une deuxième infraction, selon le cas.

Le 4 mai 1976, l'accusé a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies, en violation de l'art. 234 du *Code criminel* et de défaut ou de refus de fournir un échantillon d'haleine en violation de l'art. 235 du *Code criminel*. Les deux condamnations découlent du même fait d'avoir conduit en état d'ébriété. Bien que le dossier des procédures ne fasse pas état de la sentence prononcée à l'égard de ces condamnations, il semble admis de part et d'autre que l'accusé n'a pas, quant à la deuxième condamnation, reçu de sentence comme s'il s'était agi d'une deuxième infraction. Le 21 novembre 1979, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir conduit une automobile après avoir consommé plus d'alcool que la quantité légalement permise, en contravention du par. 236(1) du *Code criminel*. Cette infraction avait été commise le 8 juillet 1979 ou vers cette date, longtemps après les infractions précédentes.

Selon le juge du procès (dont le juge de la Cour de district a confirmé la décision sans plus d'expli-

took the position that the number of previous convictions was the decisive consideration on whether a subsequent offence was a third one. The Ontario Court of Appeal, applying *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304 and *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602, was of the opinion that because there was no progression of sentences on the facts of the case, there was no element of more than one warning being involved in the first two convictions which, for the purposes of s. 236(1), should be treated as one conviction.

Although the short reasons of the Ontario Court of Appeal did not mention the common law principle derived from *Coke's Institutes*, vol. 2, at p. 468, where increased penalties are imposed for second and subsequent offences, it is evident that the Court had it in mind. That principle was applied by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109 and in *R. v. Negridge*, *supra*, and canvassed at some length in *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71. What Coke said literally was that a person cannot be convicted (and, presumably, if I follow him, sentenced) of a third offence before he has been convicted of the second nor of the second before he has been convicted of the first; and the second offence must be committed after the first conviction and the third after the second conviction. As subsequently understood, the principle, or perhaps, better, policy was that an accused does not face the jeopardy of an increased penalty for a third offence unless he has previously been convicted and sentenced for a second offence. Counsel for the accused relies on this in the present case.

The Crown's position, simply put, is that there were in fact two previous convictions before the one now before this Court and that the common law rule relied upon does not go so far as to allow the courts to treat them as one even if they arose out of the same incident and were entered at the same time.

cation), le nombre de déclarations de culpabilité antérieures est le facteur décisif pour déterminer si une infraction subséquente est la troisième infraction. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, qui a appliqué les arrêts *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304 et *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602, puisqu'il n'y avait pas en l'espèce de gradation des sentences, les deux premières condamnations ne constituaient qu'un seul avertissement et, pour les fins du par. 236(1), elles devaient être traitées comme une seule condamnation.

Bien que les courts motifs donnés par la Cour d'appel de l'Ontario n'aient pas fait état du principe de *common law*, tiré de *Coke's Institutes*, vol. 2, à la p. 468, en vertu duquel on peut imposer des sentences plus sévères dans le cas de récidive, il est manifeste que la Cour l'avait présent à l'esprit. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué ce principe dans les arrêts *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109 et *R. v. Negridge*, précité, et on en trouve une analyse assez approfondie dans *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71. Ce que Coke dit littéralement, c'est qu'une personne ne peut être déclarée coupable d'une troisième infraction (et, vraisemblablement, si je le suis bien, condamnée à cet égard) avant d'avoir été déclarée coupable de la deuxième, ni déclarée coupable de la deuxième avant de l'avoir été de la première; de plus, la deuxième infraction doit être postérieure à la première déclaration de culpabilité et la troisième postérieure à la deuxième déclaration de culpabilité. Selon l'interprétation ultérieure de ce principe, ou peut-être plus exactement de la règle de conduite, un accusé ne court pas le risque de voir sa peine aggravée pour une troisième infraction à moins qu'il n'ait déjà été déclaré coupable de la deuxième et condamné à cet égard. L'avocat de l'accusé invoque ce principe en l'espèce.

En bref, le ministère public soutient qu'il y a eu en réalité deux déclarations de culpabilité antérieures à celle que vise le présent pourvoi et que la règle de *common law* invoquée ne va pas jusqu'à permettre aux cours de les considérer comme une seule déclaration de culpabilité même si elles découlent d'un même incident et si elles ont été prononcées en même temps.

I turn to a consideration of the cases which touch the issue here, beginning with the Australian decision in *Christie v. Britnell*, *supra*. Before doing so, I may mention *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, *supra*, referred to by the Ontario Court of Appeal in the present case, and note that it offers an exact parallel in that there were two convictions there on the same day and of offences arising out of the same incident. They followed an earlier conviction of a similar offence, and the question before Matas J. (now J. A.) was whether the statutory disqualification from driving following a conviction of a third offence applied. The learned judge held, coming to the same result in principle as that reached here by the Ontario Court of Appeal, that for the disqualification to operate there must be three sequential occurrences and three convictions arising out of three separate occasions.

The facts in *Christie v. Britnell* differed from those here in that there the accused was convicted on the same day of unlawfully selling beer on two separate occasions. The question was whether he was subject to being sentenced for a second offence. Madden C. J. held he could not be so sentenced and embarked on an assessment of the principle of statutory interpretation based on Coke's observations above-mentioned. He said this, at p. 73:

The words "subsequent offence", together with the larger measure of punishment to be awarded, would seem to indicate that the second offence should be one which followed after conviction and punishment of the first offence. I find that there is a general principle which governs these matters. It is said in *Coke (b)*:—"Et si tertio deliquerit et super hoc convicti fuerint. Convicti fuerint is here taken for *adjudicati fuerint*. Though this branch saith *et super hoc convicti fuer*, and may seem to refer to the third offence, yet cannot he be convicted of the third before he be convicted of the second, nor of the second before he be convicted of the first; and the second offence must be committed after the first conviction, and the third after the second conviction, and severall judgments thereupon given: for so it is to be understood in other Acts of Parliament where there be degrees of punishment inflicted for the first, second and third offence, etc., there must be severall convictions,

J'aborderai maintenant l'étude des arrêts relatifs à la question en cause ici, en commençant par l'arrêt australien *Christie v. Britnell*, précité. Auparavant je veux signaler l'arrêt *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, précité, mentionné par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, et souligner qu'il présente un parallélisme parfait, en ce qu'il y avait eu, là aussi, deux déclarations de culpabilité prononcées le même jour et découlant du même incident. Elles étaient postérieures à une condamnation pour une infraction semblable et la question soumise au juge Matas (nommé depuis à la Cour d'appel) était de savoir s'il fallait prononcer le retrait du permis de conduire prévu dans la loi pour une troisième infraction. Le savant juge a conclu, comme l'a fait globalement la Cour d'appel de l'Ontario en l'instance, que pour qu'il y ait retrait du permis, il doit y avoir trois événements consécutifs et trois déclarations de culpabilité découlant de trois incidents distincts.

Les faits de l'arrêt *Christie v. Britnell* sont différents de ceux de l'espèce en ce que l'accusé y a été déclaré coupable le même jour d'avoir vendu de la bière illégalement en deux occasions distinctes. La question qui se posait était de savoir s'il était susceptible d'être condamné pour une deuxième infraction. Le juge en chef Madden a conclu qu'il ne pouvait pas être condamné de cette façon et a entrepris une évaluation du principe d'interprétation des lois fondée sur l'énoncé de Coke cité plus haut. Il dit, à la p. 73:

[TRADUCTION] Les mots «infraction subséquente» et la peine plus sévère qu'il faut imposer semblent indiquer que la deuxième infraction doit venir après la déclaration de culpabilité à l'égard de la première infraction et l'imposition d'une sentence pour celle-ci. Je conclus qu'il y a un principe général qui régit ces questions. On dit dans *Coke (b)*:—"Et si tertio deliquerit et super hoc convicti fuerint. Convicti fuerint veut ici dire *adjudicati fuerint*. Bien que ce membre de phrase dise *et super hoc convicti fuer*, et puisse sembler renvoyer à la troisième infraction, l'accusé ne peut cependant être déclaré coupable de la troisième avant d'être déclaré coupable de la deuxième, ni de la deuxième avant d'être déclaré coupable de la première; la deuxième infraction doit avoir été commise après la première déclaration de culpabilité et la troisième après la deuxième déclaration de culpabilité et des jugements distincts rendus; parce qu'il faut ainsi interpréter les autres lois du Parlement où il y a une

that is to say, judgments given upon legal proceeding for every severall offence, for it appeareth to be no offence untill judgment by proceeding of law be given against him." Therefore, while *Coke* distinguishes the actual language of *Westm. Second.*, which would be less difficult, he, nevertheless, points out the general principle governing offences of this kind. That view of *Coke* has never been departed from, and in *Maxwell on Interpretation of Statutes* (2nd ed.), p. 427, it is said, quoting *Coke*:—"When a second offence is the subject of distinct punishment it is an offence committed after conviction of a first."

He observed, further, at p. 74, that

The principle involved there is that to be an offence there must be a conviction and also that the meaning of the Legislature in imposing grades of punishment for a second, as contrasted with a first offence, really was that the liability to a higher degree of punishment is to be a warning not to be again convicted. [Emphasis added.]

A more recent Australian case, also from Victoria, is *Farrington v. Thomson and Bridgland*, [1959] V.R. 286 where the facts were that although the accused had been convicted on three separate occasions of *Licensing Act* offences, the second offence had been committed prior to the first conviction. The question at issue was whether he could be sentenced as for a third offence which attracted a mandatory additional penalty of forfeiture of his licence. *Christie v. Britnell* and other cases were relied on for the conclusion that the second of the three convictions was not a conviction for a second offence. This is what Smith J. said on the issue, at p. 288:

These cases show, I consider, that in sections like s. 177, which impose increased penalties for second and subsequent offences, an offence is not ordinarily to be considered a "second offence" unless at the time when it was committed the offender had a prior conviction. They, therefore, support the view that an offence is not a "third offence" unless the offender had two prior convictions when he committed it. They do not deal, however, with the question whether that is all that is necessary to constitute a "third offence" or whether it is necessary, in

gradation des peines imposées pour la première, la deuxième et la troisième infraction etc., il doit y avoir plusieurs déclarations de culpabilité, c'est-à-dire des jugements prononcés par suite de procédures judiciaires visant chacune des infractions différentes, car il ressort qu'il n'y a pas d'infraction tant que jugement n'a pas été rendu contre lui conformément à la loi.» Donc même si *Coke* distingue le texte même du *Deuxième statut de Westminster*, qui serait moins difficile, il n'en exprime pas moins le principe général qui régit les infractions de cette nature. Ce point de vue de *Coke* n'a jamais été abandonné et dans *Maxwell On Interpretation of Statutes* (2^e éd.) à la p. 427 on cite *Coke* ainsi: — «Lorsqu'une deuxième infraction est l'objet d'une peine distincte, il s'agit d'une infraction commise après la déclaration de culpabilité relative à une première infraction.»

Il souligne plus loin, à la p. 74, que:

[TRADUCTION] Selon le principe alors en cause, il n'y a pas d'infraction sans déclaration de culpabilité et ce que le législateur a signifié en imposant une punition plus sévère pour une deuxième infraction que pour une première, c'est en réalité que le risque de se voir imposer une peine plus sévère serve d'avertissement pour décourager la récidive. [C'est moi qui souligne.]

L'affaire *Farrington v. Thomson and Bridgland*, [1959] V.R. 286, est une affaire australienne plus récente, venant aussi de Victoria. Bien que l'accusé ait été déclaré coupable à trois reprises d'infractions à la *Licensing Act*, la deuxième infraction a été commise avant la première déclaration de culpabilité. La question qui s'y posait était de savoir s'il pouvait être condamné pour la troisième infraction qui comportait automatiquement la peine supplémentaire de perte de sa licence. On a notamment invoqué l'arrêt *Christie v. Britnell* pour affirmer que la deuxième des trois condamnations n'était pas une condamnation relative à une deuxième infraction. Voici ce qu'en dit le juge Smith, à la p. 288:

[TRADUCTION] Ces affaires démontrent, à mon avis, que dans le cas d'articles comme l'art. 177 qui imposent une sentence plus sévère en cas de récidive, on ne peut considérer une infraction comme «la deuxième infraction» à moins qu'au moment où elle a été commise l'accusé ait déjà été déclaré coupable. Ils confirment donc le point de vue selon lequel une infraction ne peut être «une troisième infraction» à moins que l'accusé n'ait déjà été déclaré coupable deux fois avant de la commettre. Ils ne disent toutefois pas si c'est tout ce qui est

addition, that one of the two prior convictions should have been for a "second offence" within the meaning of the section.

It appears to me that s. 177 does make this additional requirement. The decisions in the cases cited are derived from a rule of construction stated in Coke's Institutes, vol. 2, p. 468 in language which, as I read it, makes that requirement.

The same view was taken in *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165 where Burbury C.J. said this, at p. 169:

It may be thought to be anomalous that if a man commits the offence of drunken driving and then repeats the offence before being convicted of the first offence he escapes the increased minimum statutory penalty in respect of his second offence. But Lord Coke, the great 17th Century judicial defender of the rights of the individual, said over three centuries ago that a man may not lawfully be subjected to an increased statutory penalty as for a second offence unless he had deliberately broken the law again after being convicted and receiving punishment for a first breach of it. The law has been taken to be so settled ever since.

This three century old canon of construction of penal provisions of this kind is broadly based on principle and does not depend upon the precise language used in a statute. It ought not to be excluded unless the legislature has plainly said so.

This Tasmanian case was among the authorities relied on by Blair J.A. who delivered the majority judgment (Arnup J.A. concurring and Jessup J.A. dissenting) in *R. v. Cheetham*, *supra*.

The *Cheetham* case was not concerned with driving offences but with robbery involving the use of a firearm. The relevant *Criminal Code* provision, s. 83(1), provides for increased penalties and an increased minimum for second and subsequent offences. The accused was convicted on three counts of robbery and on three counts of using a firearm while committing an offence contrary to s. 83. He had a rifle with him during each robbery which was of the same store over a two month period. What concerned the Court of Appeal was whether the trial judge was right in sentencing the

nécessaire pour constituer une «troisième infraction» ou s'il faut, en plus, que l'une des deux déclarations de culpabilité précédentes vise une «deuxième infraction» au sens de l'article.

L'article 177 me paraît imposer cette condition supplémentaire. Les décisions dans les affaires citées viennent d'une règle d'interprétation énoncée dans Coke's Institutes, vol. 2, à la p. 468 dont le texte, selon mon interprétation, comporte cette exigence.

Le juge en chef Burbury a exprimé la même opinion dans l'arrêt *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165, dans lequel il dit, à la p. 169:

[TRADUCTION] Il peut paraître anormal que si une personne commet l'infraction de conduite en état d'ébriété et récidive avant d'avoir été déclarée coupable de la première infraction, elle échappe à la peine minimum plus sévère prévue pour une deuxième infraction. Mais lord Coke qui était un grand défenseur des droits de l'individu au 17^e siècle, a dit, il y a plus de trois siècles, qu'un homme ne peut légalement être passible d'une peine plus sévère imposée par la loi pour une deuxième infraction à moins d'avoir délibérément enfreint la loi de nouveau après avoir été déclaré coupable et condamné pour l'avoir enfreinte une première fois. On a toujours considéré depuis que c'était l'état du droit.

Cette règle d'interprétation des dispositions pénales du même genre, vieille de trois siècles, se fonde en somme sur un principe et ne dépend pas du texte précis d'une loi. Il ne faut pas l'écarter à moins que le législateur n'ait expressément dit de le faire.

Cet arrêt de Tasmanie est l'un des précédents utilisés par le juge Blair qui a rédigé le jugement de la majorité en Cour d'appel (auquel le juge Arnup a souscrit, le juge Jessup étant dissident) dans l'affaire *R. v. Cheetham*, précitée.

L'arrêt *Cheetham* ne porte pas sur des infractions de conduite de véhicule automobile, mais sur des vols qualifiés avec utilisation d'arme à feu. La disposition pertinente du *Code criminel*, le par. 83(1), prévoit une aggravation des peines et aussi des peines minimums plus sévères en cas de récidive. L'accusé a été déclaré coupable sur trois chefs d'accusation de vol qualifié et trois chefs d'accusation d'utilisation d'arme à feu pendant qu'il commettait une infraction, en violation de l'art. 83. Il était armé d'une carabine à chacun des vols commis au même magasin sur une période de

accused on the firearm convictions to consecutive three year minimum terms as for a second and subsequent offence. For Jessup J.A. in dissent it was enough that the offences were subsequent to each other at the time they were committed. The majority judgment of Blair J.A. proceeded on what I may call the Coke principle that (in his words) "unless the statute otherwise clearly provides, an offender cannot be convicted as for a second or subsequent offence, unless that offence is committed after a previous *conviction* for a first or earlier offence" (at p. 113). He concluded therefore that the trial judge was in error in his sentencing and that the three counts should have been treated as first offences subject to a minimum sentence of one year each.

Two other observations of Blair J.A. must be mentioned. He said this, at p. 114, followed by quoting from *O'Hara v. Harrington, supra*:

However it may be expressed, the *rationale* for the rule is plain. It is expected that the conviction and penalty for the initial offence and the peril of a more severe penalty for a subsequent offence will be present in the mind of the offender and guide his future conduct.

And further, at p. 117:

In a case like the present where a statute may be open to two interpretations, it is still the rule, in the absence of compelling reasons to the contrary, that an interpretation should be chosen which favours the liberty of the subject.

One of the points made by Blair J.A. in his extensive canvass of the issue was that "the principle that increased penalties only apply to subsequent offences committed after conviction for a first offence was accepted in the *Criminal Code* upon its enactment in 1892" (at p. 114). He referred to and quoted provisions carried into the

deux mois. La Cour d'appel s'est posé la question de savoir si le juge du procès avait eu raison de condamner l'accusé, pour usage d'arme à feu, à des périodes minimums de trois ans à purger consécutivement comme s'il s'agissait d'une deuxième et troisième infractions. Pour le juge Jessup, dissident, il suffisait que les infractions aient été commises l'une après l'autre. Le jugement de la majorité, rendu par le juge Blair, a appliqué ce que j'appellerais le principe de Coke d'après lequel (selon les propres termes du juge) [TRADUCTION] «à moins que la loi ne dise expressément le contraire, un accusé ne peut être déclaré coupable d'une infraction qualifiée de deuxième infraction ou d'infraction subséquente à moins que celle-ci n'ait été commise après une première *déclaration de culpabilité* relativement à une première infraction ou à une infraction antérieure» (à la p. 113). Il a donc conclu que le juge du procès avait commis une erreur en imposant la sentence et que les trois chefs d'accusation auraient dû être considérés comme des premières infractions assujetties à la peine minimum d'une année d'emprisonnement chacune.

Il y a lieu de faire état de deux autres remarques du juge Blair. Il dit, à la p. 114, après avoir cité l'arrêt *O'Hara v. Harrington*, précité:

[TRADUCTION] Quelle qu'en soit la formulation, la *raison d'être* de la règle est manifeste. On veut que la déclaration de culpabilité et la peine imposée pour la première infraction de même que le risque d'une peine plus sévère pour une infraction subséquente soient présents à l'esprit de l'accusé et qu'ils influencent sa conduite à l'avenir.

Et puis encore, à la p. 117:

[TRADUCTION] Dans un cas comme celui-ci où la loi peut recevoir deux interprétations, il est encore de règle, en l'absence de motifs impérieux d'opter pour le contraire, de choisir l'interprétation favorable à la liberté du justiciable.

Le juge Blair souligne notamment, dans son analyse approfondie de la question, que [TRADUCTION] «le principe selon lequel une peine plus sévère ne s'applique aux infractions subséquentes que si elles ont été commises après la déclaration de culpabilité de la première infraction est inscrit au *Code criminel* adopté en 1892» (à la p. 114). Il

1927 statute revision (R.S.C. 1927, c. 36) as ss. 851 and 963. Those sections provided for particulars of a previous conviction to be given in an indictment where punishment for a subsequent offence was greater than for a first offence and for the method of proving the previous conviction. Because of their likely prejudice to an accused before a jury, these provisions for disclosure of previous convictions in an indictment were removed in the 1953-1954 revision of the *Criminal Code* and replaced by what are now ss. 591 and 592. The former forbids any reference to previous convictions in an indictment for which a greater punishment may be imposed by reason thereof, and the latter requires the prosecutor to establish that the accused was notified before plea that a greater punishment would be sought because of a previous conviction. This was done in the *Cheetham* case.

The *Negrige* case, *supra*, is important on two counts. First it elaborates s. 236.1, enacted by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 17 which came into force on April 26, 1976, pointing out that its effect is to designate a group of related offences as being each capable of being first or second offences for the purposes of determining prescribed punishment. Thus, it overcomes the previous need of showing that the subsequent offence was the same one for which there was a previous conviction. Second, and more significant here, it affirms the rule of construction in the *Cheetham* case. Martin J.A., who spoke for the Court in *Negrige*, rejected Crown counsel's contention that the use of the word "previously" in s. 236.1 indicated a designed departure from the Coke principle. The word simply indicated that convictions under the former section were embraced. Justice Martin made the following point (at p. 314):

... Parliament, had it wished s. 236.1 to have the effect contended for by the Crown, could readily have provided that where a person had been previously convicted under

cite des dispositions qui ont été reproduites dans les Statuts révisés de 1927 (S.R.C. 1927, chap. 36) sous les art. 851 et 963. Ces articles prévoyaient qu'un acte d'accusation devait énoncer les détails d'une déclaration de culpabilité antérieure s'il était prévu, en cas de récidive, une peine plus sévère que pour une première infraction; ils indiquaient également la manière de prouver les déclarations de culpabilité antérieures. A cause du préjudice que pouvait causer à un accusé devant un jury un acte d'accusation contenant des déclarations de culpabilité antérieures, ces dispositions ont été supprimées dans la révision du *Code criminel* en 1953-1954, et remplacées par les art. 591 et 592 actuels. Le premier article interdit toute mention des condamnations antérieures dans un acte d'accusation à l'égard d'une infraction pour laquelle une peine plus sévère peut être infligée de ce fait et l'autre article impose à la poursuite de prouver que l'accusé a été avisé avant de plaider qu'une peine plus sévère serait demandée à cause d'une condamnation antérieure. C'est ce qui a été fait dans l'affaire *Cheetham*.

L'arrêt *Negrige*, précité, est important pour deux raisons. Premièrement, on y analyse l'art. 236.1 édicté à 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 17, et entré en vigueur le 26 avril 1976, en notant qu'il a pour effet de rendre un groupe d'infractions connexes susceptibles de constituer chacune une première ou une deuxième infraction aux fins d'établir la peine à imposer. Il élimine ainsi la nécessité de prouver que l'infraction subséquente est la même que celle dont l'accusé a déjà été déclaré coupable. Deuxièmement, et c'est plus important en l'espèce, il confirme la règle d'interprétation énoncée dans l'arrêt *Cheetham*. Le juge Martin qui a rédigé les motifs de la Cour dans l'arrêt *Negrige*, a rejeté l'argument du substitut selon lequel l'emploi du mot *previously* dans le texte anglais de l'art. 236.1 aurait signifié l'abandon intentionnel du principe de Coke. Le mot indiquait seulement que les déclarations de culpabilité prononcées en application de l'ancien article étaient visées. Le juge Martin s'est exprimé comme suit (à la p. 314):

[TRADUCTION] ... Si le législateur avait voulu donner à l'art. 236.1 la portée que le substitut veut lui donner, il aurait pu facilement prévoir que lorsqu'une personne a

any of the four sections mentioned, that conviction or those convictions, whether registered before or after the *commission* of a second or subsequent offence, should be deemed to be a first or second offence, as the case might be. Parliament is presumed to know the existing state of the law and if it had wished to alter such a well established rule it would have expressly so stated. It would take much clearer language than that contained in s. 236.1 to satisfy me that Parliament intended to alter the accepted meaning of the terms "second" or "subsequent" offence found in s. 234(1)(b) and (c). Even if the language of s. 236.1 were equally open to the interpretation contended for by the Crown, which I think it is not, there being an ambiguity, the section should be interpreted according to the universal principle that if a penal provision is reasonably capable of two interpretations, that interpretation which is most favourable to the accused must be adopted: . . .

The facts in *Negrige* differed from those in the present case. There the accused was first convicted on July 10, 1974 for driving with an excessive percentage of alcohol in his blood contrary to s. 236. On July 28, 1977 he was convicted of impaired driving under s. 234, the offence having been committed on May 16, 1976. On August 15, 1977 he was again convicted under s. 234, the offence having been committed on May 28, 1976 and hence before his conviction on July 28. It was held that the conviction of July 10, 1974 was, by virtue of s. 236.1, a first offence for punishment purposes although s. 236.1 was not then in force. The real issue here concerned the offence committed on May 28, 1977. Should the accused be liable to be sentenced as for a third offence when convicted on August 15, 1977 or for a second offence because it was committed before he was convicted a second time on July 28, 1977? The Coke principle would require that the accused be liable to sentence as a second offender only because when the May 28 offence was committed, he had been only convicted once before. In accordance with the rule expressed in the *Cheetham* case, a second or subsequent offence means a second or subsequent offence committed after a previous conviction or convictions.

déjà été déclarée coupable en application de l'un ou l'autre des quatre articles mentionnés, la ou les déclarations de culpabilité en cause sont réputées être une première ou une deuxième infraction, selon le cas, qu'elles aient été prononcées avant ou après la *perpétration* de la seconde infraction ou des infractions subséquentes. Le législateur est présumé connaître l'état du droit et s'il avait voulu modifier une règle aussi bien établie il l'aurait fait en termes exprès. Il faudrait un texte beaucoup plus explicite que celui de l'art. 236.1 pour me convaincre que le législateur a voulu modifier le sens admis des mots «deuxième» infraction ou infraction «subséquent» qui se trouvent aux al. 234(1)b) et c). Même si le texte de l'art. 236.1 se prêtait à l'interprétation proposée par le substitut, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas, vu qu'il y a ambiguïté, l'article doit s'interpréter conformément au principe universel selon lequel si une disposition pénale peut raisonnablement s'interpréter de deux façons, il faut adopter l'interprétation la plus favorable à l'accusé: . . .

Les faits de l'affaire *Negrige* diffèrent de ceux de l'espèce. Dans cette affaire-là, l'accusé a été déclaré coupable la première fois le 10 juillet 1974 d'avoir conduit alors que son taux d'alcoolémie était supérieur à la limite permise par l'art. 236. Le 28 juillet 1977, il a été déclaré coupable d'avoir conduit alors que ses facultés étaient affaiblies en contravention de l'art. 234; l'infraction avait été commise le 16 mai 1976. Le 15 août 1977, il était de nouveau déclaré coupable de contravention à l'art. 234, l'infraction ayant été commise le 28 mai 1976, donc avant la déclaration de culpabilité du 28 juillet. On a statué que la déclaration de culpabilité du 10 juillet 1974 était une première infraction en vertu de l'art. 236.1, aux fins de la sentence, même si l'art. 236.1 n'était pas encore en vigueur à l'époque. La question qui se posait alors avait trait à l'infraction commise le 28 mai 1977. L'accusé était-il passible de la peine prévue pour une troisième infraction lorsqu'il a été déclaré coupable le 15 août 1977 ou pour une deuxième infraction parce qu'elle a été commise avant qu'il soit déclaré coupable la seconde fois le 28 juillet 1977? Selon le principe de Coke, l'accusé ne serait passible que de la peine prévue pour une deuxième infraction parce que, quand il a commis l'infraction du 28 mai, il n'avait été condamné qu'une seule fois auparavant. Conformément à la règle énoncée dans l'arrêt *Cheetham*, une deuxième

Martin J.A. hence held that the conviction on August 15, 1977 could only be as for a second offence, that of July 28 to be disregarded in that connection. He brought in aid *Criminal Code*, s. 5(1)(a) which provides that where an enactment creates an offence and authorizes a punishment to be imposed in respect thereof, a person shall not be deemed to be guilty of that offence until he is convicted thereof.

Finally, I wish to refer to the judgment of the Northwest Territories Court of Appeal (in fact, the Alberta Court of Appeal) in *R. v. Bohnet*, [1976] 6 W.W.R. 176 which was relied on by the appellant Crown. There the accused was convicted on three successive occasions of offences against s. 236(1) (then s. 234). The first conviction was in February, 1971, the second in August, 1971 and the third in November, 1974. He was convicted a fourth time of an offence committed in September, 1975. These were all summary convictions but the Crown did not comply with s. 740 (similar to s. 592, applicable to indictable offences, referred to earlier) either in respect of the August, 1971 or the November, 1974 convictions, requiring notice to the accused that a greater punishment would be sought by reason of a previous conviction. However, the Crown did give a s. 740 notice in respect of the fourth offence. The trial judge held that there had to be progressive sentences and until the accused was sentenced for the second or third offences the Crown could not invoke what is now s. 236(1)(c) to punish as for a third offence or subsequent offence.

Clement J.A. for the Court disagreed that the failure to comply with s. 740 in respect of the second and third offences affected resort to s. 236(1)(c) in respect of the fourth offence. In his view, s. 236(1) provided its own punishment code,

infraction ou une infraction subséquente signifie une deuxième infraction ou une infraction subséquente commise après la ou les déclarations de culpabilité antérieures.

Le juge Martin a donc conclu que la déclaration de culpabilité du 15 août 1977 ne pouvait être que pour une deuxième infraction, qu'il ne fallait pas tenir compte de celle du 28 juillet à cet égard. Il invoque l'al. 5(1)a) du *Code criminel* qui prévoit que lorsqu'une disposition crée une infraction et autorise l'imposition d'une peine à son égard, une personne est réputée innocente de cette infraction tant qu'elle n'en a pas été déclarée coupable.

Enfin, je veux faire état de l'arrêt de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest (en réalité la Cour d'appel de l'Alberta) dans *R. v. Bohnet*, [1976] 6 W.W.R. 176, que la poursuite appelante a invoqué. L'accusé avait été déclaré coupable à trois reprises d'infractions à l'art. 236(1) (alors l'art. 234). La première condamnation est survenue en février 1971, la deuxième en août 1971 et la troisième en novembre 1974. Il a été déclaré coupable une quatrième fois d'une infraction commise en septembre 1975. Il s'agissait toujours de déclarations sommaires de culpabilité, mais la poursuite ne s'est pas conformée à l'art. 740 (semblable à l'art. 592 applicable aux actes criminels et dont il a été question plus haut) ni à l'égard de la déclaration de culpabilité d'août 1971 ni de celle de novembre 1974; cet article exige qu'on avise l'accusé qu'une peine plus sévère sera demandée à cause d'une déclaration de culpabilité antérieure. Toutefois la poursuite a donné l'avis prévu à l'art. 740 à l'égard de la quatrième infraction. Le juge du procès a statué qu'il devait y avoir gradation dans les sentences et que, jusqu'à ce que l'accusé soit condamné pour la deuxième infraction ou la troisième infraction, la poursuite ne pouvait pas invoquer l'article correspondant à l'actuel al. 236(1)c) pour obtenir une sentence comme s'il s'agissait d'une troisième infraction ou d'une infraction subséquente.

Le juge Clement qui a rendu l'arrêt de la Cour a rejeté l'idée que le non-respect de l'art. 740 à l'égard de la deuxième et de la troisième infraction empêchait le recours à l'al. 236(1)c) à l'égard de la quatrième. A son avis, le par. 236(1) est, en soi, un

and it was the number of convictions not the progression of penalties that governed. On its facts, the *Bohnet* case presents no difficulties, apart from whether s. 740 (or s. 592, as the case may be) are mandatory prerequisites to invocation of s. 236(1). There were there, four offences, each occurring on a different occasion and for which there were separate convictions. The case is, in this respect, unlike the present case, unlike *Cheetham* and unlike *Negrige*.

The conclusion that I draw from the canvass of the authorities is that the Coke rule or, if I may say so, the policy it reflects, has been too long embedded in our law to be ousted except by clear statutory provision or, at the most, by necessary implication. This is not evident here. I note that among the authorities canvassed in the *Cheetham* case were two New Brunswick judgments, one in the last century and the other in the early part of this century, both supporting the approach taken here by the Ontario Court of Appeal: see *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485, at p. 488; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381, at p. 383.

I should add that no question was raised in the present case as to the obligation of the Crown to give the notice prescribed by either *Criminal Code* s. 592 or s. 740, as the case may be, if it would seek a greater punishment by reason of a previous conviction or convictions. This issue may be left for determination in a case which calls for this consideration.

The following summary is in order:

- (1) The number of convictions *per se* does not govern in determining whether the Coke rule applies.
- (2) The general rule is that before a severer penalty can be imposed for a second or subsequent offence, the second or subsequent offence must have been committed after the first or second conviction, as the case may be, and the second or subsequent

code des peines et c'est le nombre de condamnations et non la gradation des sentences qui est le facteur déterminant. Les faits de l'affaire *Bohnet* ne présentent pas de difficultés sauf celle de savoir si l'art. 740 (ou l'art. 592, selon le cas) constitue une condition *sine qua non* du recours au par. 236(1). Il y a eu dans cette affaire-là quatre infractions qui se sont produites à des moments différents et pour lesquels il y a eu quatre déclarations de culpabilité distinctes. L'affaire à cet égard diffère de l'espèce comme elle diffère de l'affaire *Cheetham* et de l'affaire *Negrige*.

La conclusion que je tire de l'analyse de la jurisprudence est que la règle de Coke ou, si l'on veut, la ligne de conduite qu'elle exprime, existe depuis trop longtemps dans notre droit pour qu'on puisse l'écarter sans une disposition législative expresse ou, à tout le moins, sans qu'on puisse le faire par déduction nécessaire. Ce n'est pas évident en l'espèce. Je remarque que dans les précédents analysés dans l'arrêt *Cheetham* il y a deux décisions du Nouveau-Brunswick, l'une de la fin du siècle dernier et l'autre du début de ce siècle, et les deux appuient le point de vue adopté en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario: voir *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485, à la p. 488; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381, à la p. 383.

J'ajouterai qu'on n'a pas soulevé en l'espèce la question de l'obligation de la poursuite de donner l'avis prescrit par l'art. 592 ou l'art. 740 du *Code criminel*, selon le cas, si elle réclame une sentence plus sévère à cause d'une ou de plusieurs condamnations antérieures. On pourra chercher la solution de cette question dans une affaire qui la soulèvera.

Il y a lieu de résumer comme ceci:

- (1) En soi, le nombre de condamnations n'est pas déterminant sur la question de savoir si la règle de Coke s'applique.
- (2) La règle générale veut que pour qu'on puisse imposer une sentence plus sévère pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente, la deuxième infraction ou l'infraction subséquente doit avoir été commise après la première ou la

conviction must have been made after the first or second conviction, as the case may be.

- (3) Where two offences arising out of the same incident are tried together and convictions are entered on both after trial, they are to be treated as one for the purpose of determining whether a severer penalty applies, either because of a previous conviction or because of a subsequent conviction.
- (4) The rule operates even where two offences arising out of separate incidents are tried together and convictions are entered at the same time.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: Lawrence T. Feldman, Toronto.

deuxième condamnation, selon le cas, et la deuxième condamnation ou la condamnation subséquente doit être prononcée après la première ou la deuxième condamnation, selon le cas.

- (3) Lorsque deux infractions découlant des mêmes faits sont jugées ensemble et qu'une condamnation est prononcée pour chacune à l'issue du procès, il faut les considérer comme une seule pour déterminer si une peine plus sévère s'applique à cause d'une condamnation antérieure ou à cause d'une condamnation subséquente.
- (4) La règle joue même lorsque deux infractions qui découlent de faits distincts sont jugées ensemble et que les condamnations sont prononcées en même temps.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Lawrence T. Feldman, Toronto.