

David Andrew Johnson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1977: March 2; 1977: March 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Breaking and entering — Actual and constructive — Meaning and scope of s. 308(b) (ii) of the Criminal Code — Distinctions between ss. 306 and 307.

The accused was convicted of breaking and entering a place and committing theft therein. The place was a dwelling house under construction and the accused entered through a doorway from a carport where no door had been installed and no barrier was in place. This conviction was affirmed on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

At common law constructive breaking took place when entry was effected through an aperture, such as a chimney, that was permanently open. This notional breaking was introduced into the *Criminal Code* of Canada in 1892, but the notion was substantially altered and extended by 1953-54, c. 51, s. 294(b) (now s. 308(b)) to include any entry without lawful justification through a permanent or temporary opening. The plain words of s. 308 must be given effect according to their ordinary meaning. Parliament has, for the purpose of the *Criminal Code* given the word "break" an artificial construction that would not otherwise prevail and it is within Parliamentary competence to do so. The argument that the distinction between ss. 306 and 307 of the *Code* would be extinguished if entry through an open door constituted breaking does not take into account the differences between those two sections. It is up to the prosecutor to decide in the circumstances of any particular case which charge is appropriate.

R. v. Sutherland (1967), 58 W.W.R. 441, applied; *R. v. Bargimis*, [1970] 4 C.C.C. 358, referred to; *R. v. Jewell* (1974), 28 C.R.N.S. 331, overruled.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹ affirming a judg-

¹ [1976] W.W.D. 99, 37 C.R.N.S. 370.

David Andrew Johnson *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1977: le 2 mars; 1977: le 22 mars.

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

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

Droit criminel — Introduction par effraction — Réelle ou présumée — Sens et champ d'application de l'art. 308b(ii) du Code criminel — Différences entre les art. 306 et 307.

L'accusé a été déclaré coupable d'introduction par effraction et de vol dans une maison d'habitation en construction. L'accusé y était entré par le cadre d'une porte reliant l'abri d'auto à la maison. La porte n'avait pas été installée et il n'y avait aucune barrière. La déclaration de culpabilité fut confirmée en appel.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

En *common law*, l'effraction présumée s'étend aux cas où l'intrus pénètre dans un local par une ouverture constamment ouverte, comme une cheminée. Cette notion, incorporée dans le *Code criminel* canadien de 1892, fut considérablement modifiée et élargie par 1953-54, c. 51, art. 294b) (l'actuel art. 308b)) qui y inclut l'entrée sans justification légitime par une ouverture permanente ou temporaire. Les mots de l'art. 308 sont clairs et il convient de les appliquer selon leur sens ordinaire. Aux fins du *Code criminel*, le Parlement a donné au mot «effraction» un sens artificiel qui autrement ne prévaudrait pas, et il avait le pouvoir de ce faire. L'argument qu'il n'y aurait plus de distinction entre les art. 306 et 307 du *Code* si l'introduction par une porte ouverte constituait une effraction ne tient pas compte des différences entre ces deux articles. Il revient à la poursuite de décider, selon les circonstances de l'affaire, quelle inculpation s'impose.

Arrêt appliqué: *R. v. Sutherland* (1967), 58 W.W.R. 441; arrêt mentionné: *R. v. Bargimis*, [1970] 4 C.C.C. 358; arrêt rejeté: *R. v. Jewell* (1974), 28 C.R.N.S. 331.

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ confirmant un

¹ [1976] W.W.D. 99, 37 C.R.N.S. 370.

ment of McDonald C.C.J. Appeal dismissed.

S. Goldberg, for the appellant.

A. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The question raised in this appeal is not novel. It was current in the time of Lord Hale, in the eighteenth century. The question is whether an intruder can be convicted of breaking and entering premises without actual breaking. Hale (1 P.C. 551), writing in 1778, delineates two forms of breaking:

(1) In law, and thus every one that enters into another's house against his will, or to commit a felony, tho the doors be open, does in law break the house; (2) There is a breaking in fact, an actual force upon the house, as by opening a door, breaking a window, etc.

Today, (1) would be regarded as a constructive breaking and (2) as an actual breaking. Hale recounts how an earlier jurist had held breaking in law sufficient to constitute burglary if a man entered the house by the doors open in the night and stole goods, but, Hale adds: "yet the law is, that a bare breaking in law, *viz.* an entry by the doors and windows open is not sufficient to make burglary without an actual breaking". There was an exception: if a thief went down a chimney to steal, that was a breaking and entering. The distinction between actual and constructive breaking endures to this day.

At common law an actual breaking occurred whenever any part of the building or of its closed fastenings was displaced as, for example, by drawing a bolt, turning a key or lifting a latch: Kenny's *Outlines of Criminal Law*, 17th ed., para. 311. The opening of a closed but unlocked bedroom window was a breaking while the further opening of a window already partly opened was not. The reason suggested for this precious distinction was that when a householder left a window or a door partly open he offered a visible invitation to enter.

jugement rendu par le juge McDonald de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.

S. Goldberg, pour l'appelant.

A. Stewart, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—La question soulevée par le présent pourvoi n'est pas nouvelle. Elle était courante du temps de lord Hale, au dix-huitième siècle. Il s'agit de savoir si un intrus peut être reconnu coupable d'introduction par effraction s'il n'y a pas réellement eu effraction. En 1778, Hale (1 P.C. 551) a décrit deux formes d'effraction:

[TRADUCTION] (1) En droit, quiconque entre dans la maison d'autrui contre le gré de ce dernier ou pour y commettre un délit grave, s'introduit par effraction, bien que les portes soient ouvertes; (2) il y a effraction dans les faits lorsqu'on force réellement la maison, par exemple en ouvrant une porte, en brisant une fenêtre, etc.

Aujourd'hui, (1) serait considéré comme une effraction présumée et (2) comme une effraction réelle. Hale relate qu'un juge avait auparavant décidé que si quelqu'un s'introduisait la nuit dans une maison par les portes ouvertes et volait quelque chose, l'effraction présumée en droit suffisait pour constituer un vol avec effraction, mais il ajoute: [TRADUCTION] «cependant, la simple effraction présumée en droit, à savoir entrer par les portes ou les fenêtres ouvertes, ne peut constituer un vol avec effraction s'il n'y a pas eu effraction réelle». Il y avait une exception: un voleur se glissant par une cheminée pour voler se rendait coupable d'introduction par effraction. La distinction entre l'effraction réelle et l'effraction présumée subsiste toujours.

En *common law*, il y a effraction réelle lorsqu'il y a déplacement ou ouverture d'une partie d'un immeuble ou d'un de ses dispositifs de fermeture, par exemple tirer un verrou, tourner une clé ou soulever un loquet: *Outlines of Criminal Law* de Kenny, 17^e éd., par. 311. L'ouverture d'une fenêtre de chambre fermée mais non verrouillée constitue une effraction tandis qu'il n'en est pas ainsi pour l'ouverture d'une fenêtre déjà partiellement ouverte. La raison de cette distinction subtile serait qu'une fenêtre ou une porte laissée partiellement ouverte constitue une invitation directe à entrer.

Constructive breaking, in the absence of actual breaking, extended at common law to cases in which the intruder entered the premises by some aperture which, by necessity, was left permanently open, such as a chimney. In 1892, that concept found its way into the Canadian *Criminal Code* (c. 29, s. 407(b)(ii)). It was repeated in the *Codes* of 1906 (R.S.C. 1906, c. 146, s. 340) and 1927 (R.S.C. 1927, c. 36, s. 340(2)) in these words:

Every one who obtains entrance into any building by any threat or artifice used for that purpose, or by collusion with any person in the building, or who enters any chimney or other aperture of the building permanently left open for any necessary purpose, shall be deemed to have broken and entered that building.

The wording was substantially altered and extended by 1953-54, c. 51, s. 294(b) and now appears as s. 308(b) reading:

308. For the purpose of sections 306 and 307 . . .

(b) a person shall be deemed to have broken and entered if

(i) he obtained entrance by a threat or artifice or by collusion with a person within, or

(ii) he entered without lawful justification or excuse, the proof of which lies upon him, by a permanent or temporary opening.

Central to this appeal is the scope to be given to s. 308(b)(ii).

The definition of "break" is found in s. 282 of the *Code* reading:

282. In this Part "break" means

(a) to break any part, internal or external, or

(b) to open any thing that is used or intended to be used to close or to cover an internal or external opening;

The facts in the present case are unexceptional. The accused entered a partly constructed unoccupied dwelling-house at 3.30 a.m. through an open doorway leading into the house from a carport. The door had not yet been installed. The owner, as a temporary measure, had nailed a sheet of plywood over the opening, but it would appear

En *common law*, l'effraction présumée, en l'absence d'effraction réelle, s'étend aux cas où l'intrus a pénétré dans un local par une ouverture qui, par nécessité, reste constamment ouverte, comme une cheminée. En 1892, on a incorporé cette notion dans le *Code criminel* canadien (c. 29, sous-al. 407b)(ii)). Elle fut reprise en ces termes dans les *Codes* de 1906 (S.R.C. 1906, c. 146, art. 340) et de 1927 (S.R.C. 1927, c. 36, par. 340(2)):

Quiconque s'introduit dans un bâtiment au moyen de menaces ou d'artifices employés à cet effet, ou au moyen de collusion avec quelqu'un qui se trouve dans le bâtiment, ou entre par une cheminée ou autre ouverture du bâtiment restant constamment ouverte pour une fin nécessaire, est réputé avoir commis une effraction et pénétré dans ce bâtiment.

Le paragraphe 294b) du c. 51 de 1953-54 a considérablement modifié le libellé et élargi la portée de cette disposition que l'on retrouve aujourd'hui au par. 308b) dont voici le texte:

308. Pour l'application des articles 306 et 307 . . .

b) une personne est réputée s'être introduite par effraction

(i) si elle a obtenu entrée au moyen d'une menace ou d'un artifice ou de collusion avec une personne se trouvant à l'intérieur, ou

(ii) si elle s'est introduite sans justification ou excuse légitime, dont la preuve lui incombe, par une ouverture permanente ou temporaire.

La portée du sous-al. 308b)(ii) est au cœur de ce pourvoi.

L'article 282 du *Code* définit «effraction» en ces termes:

282. Dans la présente Partie «effraction» signifie le fait

a) de briser quelque partie intérieure ou extérieure d'une chose, ou

b) d'ouvrir toute chose employée ou destinée à être employée pour fermer ou pour couvrir une ouverture intérieure ou extérieure;

Les faits en l'espèce ne sont pas contestés. L'accusé s'est introduit dans une maison d'habitation en cours d'œuvre et inoccupée, à 3h30, par le cadre d'une porte entre l'abri d'auto et la maison. La porte n'avait pas encore été installée. Le propriétaire avait temporairement cloué une feuille de contre-plaqué sur l'ouverture, mais il appert que

that some one had removed it as it was lying on the ground at the time of entry by the accused and a companion. The accused was convicted on a charge that he did unlawfully break and enter a place, to wit, a dwelling-house under construction, and did commit the indictable offence of theft therein. It was common ground that the building was, by definition, a "place" but that it was not a dwelling-house. There was no suggestion that the accused had any lawful justification or excuse for entering the building. In dismissing an appeal by the accused the British Columbia Court of Appeal, speaking through Mr. Justice McFarlane, held that the language of s. 308(b)(ii) was clear and unambiguous, and sufficient to support the conviction. The reasoning of the same Court in the earlier case of *R. v. Sutherland*², was applied rather than that of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Jewell*³.

In *Sutherland's* case the accused was charged with unlawfully breaking and entering a garage and committing an indictable offence therein. The garage was enclosed on three sides and open at one end for the entrance of a car. It was through this entrance that the accused entered to steal gasoline. Mr. Justice McFarlane delivered the judgment of the Court. *R. v. Sutherland* was decided on the narrow ground that the open end of a garage would be described as an entrance and not an opening.

In the reasons for judgment delivered in the case at bar, Mr. Justice McFarlane had this to say respecting *Sutherland's* case:

In my opinion the basis of the decision in *Regina v. Sutherland* was the interpretation of the words "permanent or temporary opening" in section 308(b)(ii). I think it is clearly implicit in the judgment that if the entrance to the garage had been held to be a permanent or temporary opening within the meaning of the statute *Sutherland's* conviction would have been upheld although the breaking was constructive only and not actual. It was decided that subsection 308(b)(ii) did not apply because the entry was not by a permanent or temporary opening.

quelqu'un l'avait enlevée puisqu'elle se trouvait par terre au moment où l'accusé et un compagnon se sont introduits dans la maison. L'accusé a été déclaré coupable d'introduction par effraction en un endroit, à savoir une maison d'habitation en construction, et d'y avoir commis un acte criminel, en l'occurrence un vol. Les parties conviennent que le bâtiment était, par définition, un «endroit» mais non une maison d'habitation. Personne n'a fait valoir que l'accusé avait une justification ou une excuse légitime pour s'introduire dans le bâtiment. En rejetant l'appel de l'accusé, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, par la voix du juge McFarlane, a jugé que le sous-al. 308b)(ii) est clair et précis, et permet d'étayer une déclaration de culpabilité. Ladite cour a repris le raisonnement qu'elle avait formulé dans *R. v. Sutherland*², plutôt que celui de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Jewell*³.

Dans *Sutherland*, le prévenu était accusé de s'être illégalement introduit par effraction dans un garage et d'y avoir commis un acte criminel. Le garage ne comptait que trois murs, le quatrième côté étant ouvert pour permettre l'entrée d'une automobile. C'est par là que l'accusé s'est introduit pour voler de l'essence. Le juge McFarlane a prononcé l'arrêt de la Cour dans cette affaire. Il repose sur le motif étroit que le côté ouvert d'un garage est considéré comme une entrée et non comme une ouverture.

Dans les motifs de jugement prononcés dans la présente cause, le juge McFarlane, en parlant de *Sutherland*, a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] A mon avis, la décision dans *R. v. Sutherland* repose sur l'interprétation des mots «ouverture permanente ou temporaire» contenus au sous-al. 308b)(ii). Je pense que le jugement laisse clairement entendre que la condamnation de *Sutherland* aurait été confirmée s'il avait été jugé que l'entrée du garage était une ouverture permanente ou temporaire au sens de la Loi, bien qu'il s'agît seulement d'une effraction présumée et non d'une effraction réelle. Il a été décidé que le sous-al. 308b)(ii) ne s'appliquait pas parce que l'accusé ne s'était pas introduit par une ouverture permanente ou temporaire.

² (1967), 58 W.W.R. 441, [1967] 2 C.C.C. 84.

³ (1974), 28 C.R.N.S. 331, 22 C.C.C. (2d) 252.

² (1967), 58 W.W.R. 441, [1967] 2 C.C.C. 84.

³ (1974), 28 C.R.N.S. 331, 22 C.C.C. (2d) 252.

In *Regina v. Bargimis*⁴, the accused induced the assistant night manager to leave open the doors of a restaurant. It was understood that the accused would enter the restaurant and through it reach an adjacent drug store for the purpose of stealing a safe. The store manager advised his employer and the police were notified. The accused on a Sunday evening entered and went downstairs and through another door into the restaurant, where he was arrested. Chief Justice Gale, delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal, dismissing an appeal had this to say, p. 361:

In our view, the accused entered Zumburger's "without lawful justification or excuse . . . by a permanent or temporary opening." As the subparagraph qualifies the term "opening" by using both "permanent" and "temporary," it matters not, as it seems to us, whether one considers the opening of the door that was ajar in the laneway or the opening of the door into Zumburger's as the opening through which the accused entered without lawful justification or excuse. Mr. Levy relied upon the case of *R. v. Sutherland*, [1967] 2 C.C.C. 84, 50 C.R. 197, 58 W.W.R. 441, a decision of the Court of Appeal of British Columbia. If the facts were the same we would, of course, be very much inclined to follow the *Sutherland* judgment. However, in our view, that case does not in any sense inhibit us in upholding the conviction here. In the *Sutherland* case the accused entered a three-sided garage at the point where there was no wall and the Court of Appeal of British Columbia held that where there was no wall or other structure surrounding an open space, the "opening" was not regarded as coming within the subparagraph. In our view that is quite correct. In other words, there has to be something in which an opening exists and in the *Sutherland* case there was nothing to sustain the opening. Here, of course, both doorways constitute openings, the one at the lane in the outside wall of the building and the one into Zumburger's basement in an inside wall of the building. Accordingly, the provisions of para. (b)(ii) cover the situation precisely. In this connection, reference should also be had to the case of *R. v. Corkum* (1969), 7 C.R.N.S. 61, where McLellan, Co. Ct. J. of the Nova Scotia County Court also distinguished the situation before him from that which prevailed in the *Sutherland* case.

⁴ [1970] 4 C.C.C. 358.

Dans *La Reine v. Bargimis*⁴, l'accusé avait persuadé le sous-gérant de nuit de laisser ouvertes les portes du restaurant. Il était convenu que l'accusé s'introduirait dans le restaurant et de là dans la pharmacie voisine pour y voler le contenu du coffre-fort. Le gérant a informé son employeur et la police fut prévenue. Un dimanche soir, l'accusé s'est introduit dans le bâtiment, a descendu l'escalier et est entré dans le restaurant par une autre porte; c'est alors qu'il a été arrêté. Prononçant le rejet de l'appel au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge en chef Gale s'est exprimé en ces termes (à la p. 361):

[TRANSLATION] A notre avis, l'accusé s'est introduit dans le restaurant Zumburger «sans justification ou excuse légitime . . . par une ouverture permanente ou temporaire». Puisque le sous-alinéa qualifie le mot «ouverture» avec les adjectifs «permanente» et «temporaire», il importe peu, selon nous, de déterminer si l'accusé s'est introduit sans justification ou excuse légitime par l'ouverture de la porte entrebaillée donnant sur la ruelle ou par celle de la porte donnant sur le restaurant Zumburger. M^e Levy s'est appuyé sur *R. v. Sutherland*, [1967] 2 C.C.C. 84, 50 C.R. 197, 58 W.W.R. 441, une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Si les faits étaient les mêmes, nous inclinerions évidemment à la suivre. Toutefois, nous estimons que cet arrêt ne nous empêche aucunement de confirmer, en l'espèce, la déclaration de culpabilité. Dans *Sutherland*, l'accusé s'était introduit dans un garage, ne comptant que trois murs, par le côté qui n'en avait pas et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que lorsqu'il n'y a pas de mur ou d'autre construction entourant un espace ouvert, il ne s'agit pas d'une «ouverture» au sens du sous-alinéa. Selon nous, cela est tout à fait juste. En d'autres termes, il faut que l'ouverture soit pratiquée dans quelque chose; dans *Sutherland*, il n'y avait aucune construction où pratiquer l'ouverture. En l'espèce, les deux portes, celle de la ruelle pratiquée dans le mur extérieur du bâtiment et celle du sous-sol du restaurant Zumburger pratiquée dans un mur intérieur du bâtiment, constituent évidemment des ouvertures. Les dispositions du sous-al. b)(ii) s'appliquent donc parfaitement à la situation. A cet égard, on doit également mentionner *R. v. Corkum* (1969), 7 C.R.N.S. 61, où le juge McLellan de la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse fait aussi une distinction entre la situation qu'il avait à examiner et celle dans *Sutherland*.

⁴ [1970] 4 C.C.C. 358.

In *Regina v. Bargimis* doorways were held to constitute openings. The Court relied upon subpara. (b)(ii) of s. 308 because of the argument advanced by counsel for the accused that subpara. (b)(i) did not apply. The argument was based on the submission that there was no collusion because the employee was merely pretending to agree to a collusive agreement and was not in fact doing so.

I come now to *R. v. Jewell, supra*. The accused in that case entered an unoccupied dilapidated dwelling-house through a screen door and an inner door, both of which were open wide enough to permit the accused to enter without further opening the doors. The Court held that entry through the open door in the circumstances of the case did not constitute a breaking of the premises. The judgment notes that at common law and under s. 340 (2) (the section referring to chimneys or other apertures permanently left open) entry through a temporary opening such as a hole in the roof or a wall in the building did not constitute a breaking of the building; nor did further opening a door or window which was already open. With respect, I agree. It is then stated that s. 294 (now s. 308) of the *Code* had effected a change in the Canadian law, and the following note to s. 294 from *Martin's Criminal Code* (1955), p. 517, was quoted and relied upon:

This comes from the former s. 340, altered by addition of the words "or temporary" in clause (b). The purpose of the addition is to meet decisions that the raising a window that was partly open did not constitute a breaking: *R. v. Burns* (1903), 7 C.C.C. 95; *R. v. Miller* (1948), 91 C.C.C. 270; *R. v. Dolbec* (1950), 98 C.C.C. 52.

The change may well have been prompted by decisions which had held that raising a partly opened window did not constitute a breaking, as the learned author of *Martin's Criminal Code* suggests, but it is clear that the language which Parliament used in changing the law embraced far more than partly opened windows. It broadened the reference to permanent apertures by removing the requirement that they be "left open for any necessary purpose." It extended constructive breaking to include entry by any temporary open-

Dans *La Reine c. Bargimis*, on a jugé que les cadres de porte constituent des ouvertures. La Cour s'est appuyée sur le sous-al. b)(ii) de l'art. 308 car l'avocat de l'accusé a plaidé que le sous-al. b)(i) ne s'appliquait pas parce qu'il n'y avait pas eu collusion étant donné que l'employé avait uniquement feint de conclure un arrangement collusoire.

Je passe maintenant à *R. v. Jewell*, précité. L'accusé s'était introduit dans une maison d'habitation inoccupée et délabrée par une contre-porte grillagée et une porte intérieure, toutes deux suffisamment ouvertes pour permettre à l'accusé d'entrer sans les ouvrir davantage. Le tribunal a jugé que dans les circonstances, entrer par une porte ouverte ne constituait pas une introduction par effraction. Le jugement constate qu'en *common law* et en vertu du par. 340(2) (ayant trait aux cheminées ou autres ouvertures restant constamment ouvertes), le fait d'entrer par une ouverture temporaire comme un trou dans le toit ou dans un mur du bâtiment ne constitue pas une introduction par effraction; pas plus que le fait d'ouvrir davantage une porte ou une fenêtre déjà ouverte. Avec égards, je partage cette opinion. Le jugement précise ensuite que l'art. 294 (maintenant l'art. 308) du *Code* avait modifié le droit canadien, et cite à l'appui l'annotation du *Martin's Criminal Code* (1955), p. 517, relative à l'art. 294:

[TRADUCTION] Cela découle de l'ancien art. 340, modifié par l'addition au par. b) des mots «ou temporaire». Cette addition a pour but de rendre cet article conforme aux décisions voulant que soulever une fenêtre déjà partiellement ouverte ne constitue pas une effraction: *R. v. Burns* (1903), 7 C.C.C. 95; *R. v. Miller* (1948), 91 C.C.C. 270; *R. v. Dolbec* (1950), 98 C.C.C. 52.

Il est fort probable que cette modification découle des décisions voulant que soulever une fenêtre partiellement ouverte ne constitue pas une effraction, comme le suggère le savant auteur du *Martin's Criminal Code*, mais il est clair que les termes utilisés par le Parlement pour modifier le droit visent plus que les fenêtres partiellement ouvertes. Il a élargi le concept d'ouverture permanente en n'exigeant plus que celle-ci reste «ouverte pour une fin nécessaire». Il a aussi élargi la notion d'effraction présumée pour qu'elle couvre l'intro-

ing. In addition, the burden of proof that he had lawful justification or excuse for entry was placed upon the person who enters.

If I understand the judgment in *R. v. Jewell* correctly, it would have the effect of limiting s. 308(b)(ii) to those situations in which a would-be intruder found a door or window partly ajar and opened it further in order to gain entry. A partly opened door would be an opening but a fully open door would not be so regarded. There is nothing in the language of the section to connote such a result. A distinction of the kind suggested would differentiate between doors open wide enough to permit an intruder to slip around them and those so narrowly ajar as to require a push in order to enter; it would also distinguish, as one of my colleagues was moved to observe during argument, between fat burglars and thin ones. Such an interpretation of the section would also do away with constructive entry through chimneys, perhaps not a daily occurrence but conceptually imbedded in common law and statute for centuries.

Parliament has extended the limits of constructive breaking. Parliament, for the purpose of the *Criminal Code*, has given the word "break" an artificial construction that would not otherwise prevail. The notion that a person has broken and entered if he obtains entrance by threat or artifice or collusion is equally a fiction, long recognized at common law and now codified in s. 308(b)(i). It is within Parliamentary competence to extend constructive entry from "any chimney or other aperture permanently left open for any necessary purpose," as stated in s. 304(2) and in the common law, to "a permanent or temporary opening." These are plain words which must be given effect according to their ordinary meaning. There are many other "deeming" sections in the *Criminal Code*. Some of them were noted in the judgment of Mr. Justice Ritchie in *Brodie v. The Queen*⁵. This Court had occasion to say in *R. v. Maroney*⁶, at p. 310:

⁵ [1962] S.C.R. 681.

⁶ [1975] 2 S.C.R. 306.

duction par une ouverture temporaire. De plus, il a imposé à celui qui s'introduit le fardeau de prouver qu'il avait une justification ou excuse légitime pour ce faire.

Si je comprends bien le jugement rendu dans *R. v. Jewell*, il a pour effet de limiter l'application du sous-al. 308(b)(ii) aux seuls cas où un présumé intrus trouve une porte ou une fenêtre entrebaillée et l'ouvre davantage pour pouvoir entrer. Une porte partiellement ouverte serait une ouverture mais il n'en serait pas ainsi pour une porte grande ouverte. Le libellé de ce sous-alinéa n'implique rien de semblable. Une distinction de cet ordre créerait une différence entre les portes suffisamment ouvertes pour permettre à un intrus de se glisser à l'intérieur et les portes entrebaillées qu'il faut pousser pour entrer; de plus, elle différencierait, comme l'a fait observer un de mes collègues pendant les plaidoiries, les voleurs gras des minces. Pareille interprétation ferait également disparaître l'introduction présumée par les cheminées, peut-être inusitée mais dont le concept est ancré en *common law* et dans le droit statuaire depuis des siècles.

Le Parlement a élargi la notion d'effraction présumée. Aux fins du *Code criminel*, il a donné au mot «effraction» un sens artificiel qui autrement ne prévaudrait pas. La notion d'introduction par effraction si une personne a obtenu entrée au moyen d'une menace, d'un artifice ou de collusion est également une fiction longtemps reconnue en *common law* et maintenant codifiée au sous-al. 308(b)(i). Il est du ressort du Parlement d'étendre la notion d'introduction présumée par «une cheminée ou autre ouverture restant constamment ouverte pour une fin nécessaire», prévue au par. 304(2) et en *common law*, à une introduction par «une ouverture permanente ou temporaire». Ces mots sont clairs et il convient de les appliquer selon leur sens ordinaire. Le *Code criminel* compte plusieurs autres articles aux termes desquels une personne «est réputée» avoir fait quelque chose. Le juge Ritchie en a relevé quelques-uns dans *Brodie c. La Reine*⁵. Dans *R. c. Maroney*⁶, à la p. 310, cette Cour a déclaré:

⁵ [1962] R.C.S. 681.

⁶ [1975] 2 R.C.S. 306.

We are not concerned with larceny here but with theft by conversion as defined by the *Criminal Code* of Canada. Smith and Hogan, *Criminal Law*, 3rd ed., p. 396, point out that the 1916 *Larceny Act* was often construed on the tacit assumption that there was no intention to alter the previous law and the earlier case law had lost little or no authority. We are concerned here with a Code. We start with the Code and not with the previous state of the law for the purpose of enquiring whether the Code has made any change. On the plain meaning of our Code the facts of this case show the commission of an indictable offence—theft.

The argument was advanced that the distinction between ss. 306 and 307 of the *Code* would be extinguished if entry through an open door constituted breaking. There can be no doubt that the effect of the amendment was to narrow the gap between the two sections. They overlap but some differences remain. Section 307 is concerned only with dwelling-houses, s. 306 with “places” which, in addition to dwellings, includes other buildings or structures, railway vehicles, vessels, aircraft and trailers. Section 307 speaks also of a person who is “in” a dwelling-house with intent. Section 306 does not, though it provides for the situation in which a person “breaks out” of a place after committing an indictable offence therein. Thus, certain factual situations will call for a charge under s. 306, others under s. 307. In some cases of dwelling-house entry the prosecutor may have the alternative of charging under one section or the other, but this is not uncommon. A stabbing, for example, may give rise to a nice question of whether to charge attempted murder, or causing bodily harm with intent to maim, or some lesser charge. It remains for the prosecutor in the circumstances of the particular case to decide which charge is appropriate.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: S. Goldberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: A. M. Stewart, Vancouver.

Il ne s'agit pas de *larceny* ici mais de vol par détournement, tel que défini par le *Code criminel* du Canada. Smith et Hogan, *Criminal Law*, 3^e éd., p. 396, signalent que le *Larceny Act* de 1916 a souvent été interprété suivant le postulat tacite qu'il n'y avait pas eu intention de modifier le droit antérieur et que la jurisprudence antérieure n'avait rien perdu de son autorité ou si peu. En l'espèce présente il s'agit d'un Code. Nous partons du Code et non de l'état antérieur du droit aux fins de rechercher si le Code a apporté un changement. D'après le sens clair de notre Code les faits de l'espèce présente montrent qu'il y a eu perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation—le vol.

Il a été allégué qu'il n'y aurait plus de distinction entre les art. 306 et 307 du *Code* si l'introduction par une porte ouverte constitue une effraction. Il n'y a aucun doute que la modification visait à réduire l'écart entre les deux articles. Ils se recoupent mais des différences subsistent. L'article 307 a seulement trait aux maisons d'habitation, tandis que l'art. 306 a trait aux «endroits» qui comprennent, outre les maisons d'habitation, les autres bâtiments ou constructions, les véhicules de chemin de fer, les navires, les aéronefs et les remorques. L'article 307 parle également d'une personne qui se trouve «en» une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel. Il n'en est pas ainsi pour l'art. 306, bien qu'il prévoie le cas d'une personne qui «sort d'un endroit par effraction» après y avoir commis un acte criminel. Ainsi, certaines situations de faits exigent une inculpation en vertu de l'art. 306, d'autres en vertu de l'art. 307. Dans certains cas d'introduction dans une maison d'habitation, la poursuite peut avoir le choix d'inculper le prévenu en vertu de l'un ou l'autre de ces articles, mais cela n'est pas inusité. Le fait de poignarder quelqu'un, par exemple, peut soulever la difficile question de savoir si le prévenu doit être inculqué de tentative de meurtre, d'avoir causé des lésions corporelles avec l'intention de mutiler ou d'un chef d'accusation moindre. Il revient à la poursuite de décider, selon les circonstances de l'affaire, quelle inculpation s'impose.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: S. Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: A. M. Stewart, Vancouver.