

John Edward Kienapple *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1973: October 15; 1974: February 12.

Present: Fauteux C.J., Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law—Two convictions for same act—Whether second conviction proper—Charges to be treated as alternatives—Whether unlawful sexual intercourse included offence of rape—Criminal Code, ss. 7(2), 11, 140, 143, 144, 146, 147, 535, 536, 537, 743(2).

The appellant was indicted jointly with another male person on two counts involving a thirteen year old girl, namely, rape contrary to s. 143 and unlawful carnal knowledge of a female under fourteen years of age contrary to s. 146(1) of the *Criminal Code*. Following the direction of the trial judge the jury brought in a verdict of guilty on both counts and the accused was sentenced to two concurrent terms of ten years. The Court of Appeal for Ontario dismissed the accused's appeal without written or recorded reasons and leave to appeal to this Court was given on the question whether the accused, having been convicted of rape, should in respect of the same single act have also been convicted of sexual intercourse with a female under the age of fourteen, not being his wife, an issue which had not been raised in the Courts below.

Held (Fauteux C.J., Abbott, Martland and Ritchie JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Judson, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ: Although there have been cases where multiple convictions were registered, when in substance only one "crime" has been committed, refusal to interfere on appeal was justified because only one sentence was imposed. The better practice, however, is to avoid multiple convictions and in relation to potentially multiple convictions, it is important to know the verdict on the first count since if that verdict is guilty

John Edward Kienapple *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1973: le 15 octobre; 1974: le 12 février.

Présents: Le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Laskin, et Dickson.

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

Droit criminel—Deux verdicts de culpabilité pour le même acte—Le second verdict de culpabilité est-il approprié?—Inculpations devant être traitées comme offrant un choix—Les rapports sexuels illicites sont-ils inclus dans l'infraction de viol?—Code criminel, art. 7(2), 11, 140, 143, 144, 146, 147, 535, 536, 537, 743(2).

L'appelant fut inculpé conjointement avec une autre personne du sexe masculin sous deux chefs d'accusation concernant une adolescente de treize ans, soit, de viol, en contravention de l'art. 143 du *Code criminel*, et de rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans, en contravention de l'art. 146, par. (1). A la suite de la directive du juge de première instance, le jury a rendu un verdict de culpabilité et l'accusé fut condamné à deux peines de dix ans d'emprisonnement à être purgées simultanément. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de l'accusé sans rédiger ni inscrire de motifs et la permission d'interjeter appel à cette Cour a été accordée sur la question de savoir si l'accusé, ayant été déclaré coupable de viol, devait à l'égard du seul et même acte être également reconnu coupable d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans qui n'est pas son épouse, une question qui n'avait pas été soulevée dans les cours d'instance inférieure.

Arrêt (Le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland et Ritchie étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Les Juges Judson, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson: Bien qu'il y ait eu des cas où on a inscrit des déclarations de culpabilité multiples quand en substance un seul «crime» avait été commis, le refus d'intervenir était justifié du fait qu'une seule peine avait été imposée. Le mieux, cependant, est d'éviter les déclarations de culpabilité multiples, et lorsqu'il y a possibilité de déclarations de culpabilité multiples il est important de connaître le verdict relatif au pre-

and the same or substantially the same elements make up the second count charged the situation invites the application of the rule against multiple convictions. While in the present case there is the superadded element of age in s. 146(1) this does not operate to distinguish unlawful carnal knowledge from rape. Age under fourteen is material where consent to the sexual intercourse is present but once that is ruled out it becomes meaningless as a distinguishing feature of the offence of rape and unlawful carnal knowledge.

Per Fauteux C.J. and Abbott, Martland and Ritchie JJ. dissenting: The appellant was not convicted twice in respect of the same offence. The cases dealing with double punishment are not relevant to the issue of law which is before us and which is the legal power to convict an accused of two separate offences in respect of the same act.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, dismissing, without written reasons, an appeal from the appellant's convictions for (1) rape contrary to s. 143 of the *Criminal Code* and (2) unlawful carnal knowledge of a female under fourteen years of age. Appeal allowed, conviction for unlawful carnal knowledge quashed, Fauteux C.J. and Abbott, Martland and Ritchie JJ. dissenting.

[*Hudson v. Lee* (1589), 4 Co. Rep. 43a, 76 E.R. 989; *Cox and Paton v. The Queen*, [1963] S.C.R. 500; *The Queen v. Miles* (1890), 24 Q.B.D. 423; *R. v. Thomas*, [1950] 1 K.B. 26; *Wemyss v. Hopkins* (1875), L.R. 10 Q.B. 378; *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *R. v. Morris* (1867), L.R. 1 C.C.R. 90; *R. v. Lockett*, [1914] 2 K.B. 720; *Kelly v. The King* (1916), 54 S.C.R. 220; *R. v. Siggins*, [1960] O.R. 284; *R. v. Hendrick and Smith* (1931), 23 Cr. App. R. 1; *R. v. Hodgson* (1973), 57 Cr. App. R. 502; *R. v. Marcus and Richmond*, [1931] O.R. 164 referred to.]

J. D. Morton, Q.C., for the appellant.

D. A. McKenzie, for the respondent.

mier chef puisque si le verdict est de culpabilité et que les mêmes éléments, ou fondamentalement les mêmes, constituent le second chef d'accusation, la situation invite l'application d'une règle s'opposant aux condamnations multiples. Bien que dans l'espèce présente, il existe l'élément surajouté que constitue l'âge à l'art. 146, par. (1), ceci n'a pas pour effet de distinguer du viol les rapports sexuels illicites. Un âge inférieur à quatorze ans est certainement pertinent lorsqu'il y a eu consentement aux rapports sexuels mais dès lors que cela est éliminé, l'âge perd tout son sens en tant que trait distinctif des infractions de viol et de rapports sexuels.

Le Juge en chef Fauteux et les Juges Abbott, Martland et Ritchie dissidents: L'appelant n'a pas été trouvé coupable deux fois pour la même infraction. Les arrêts traitant de dualité de peines n'ont rien à voir avec la question de droit qui nous est soumise, laquelle porte sur le pouvoir légal de prononcer la culpabilité quant à deux infractions, distinctes relativement au même acte.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel d'Ontario rejetant, sans motifs écrits, un appel des déclarations de culpabilité prononcées contre l'appelant pour (1) viol en contravention de l'art. 143 du *Code criminel* et (2) rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans. Pourvoi accueilli, déclaration de culpabilité de rapports sexuels illicites infirmée, le Juge en chef Fauteux, et les Juges Abbott, Martland et Ritchie étant dissidents.

[Arrêts mentionnés: *Hudson c. Lee* (1589), 4 Co. Rep. 43a, 76 E.R. 989; *Cox et Paton c. La Reine*, [1963] R.C.S. 500; *La Reine c. Miles* (1890), 24 Q.B.D. 423; *R. c. Thomas*, [1950] 1 K.B. 26; *Wemyss c. Hopkins* (1875), L.R. 10 Q.B. 378; *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508; *Connelly c. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254; *R. c. Morris* (1867), L.R. 1 C.C.R. 90; *R. c. Lockett*, [1914] 2 K.B. 720; *Kelly c. Le Roi* (1916), 54 R.C.S. 220; *R. c. Siggins*, [1960] O.R. 284; *R. c. Hendrick et Smith* (1931), 23 Cr. App. R. 1; *R. c. Hodgson* (1973), 57 Cr. App. R. 502; *R. c. Marcus et Richmond*, [1931] O.R. 164.]

J. D. Morton, c.r., pour l'appelant.

D. A. McKenzie, pour l'intimée.

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—For the reasons given by Mr. Justice Ritchie and the comments relevant to this case which I made in *Doré v. The Attorney General of Canada*¹ I would dismiss the appeal.

MARTLAND J. (*dissenting*)—I agree with the reasons of my brother Ritchie. I would like to add the following comment. The point which is in issue in the present appeal was never raised at trial, or before the Court of Appeal.

Presumably, when leave to appeal to this Court was granted it was felt that the outcome of the appeal, if successful, would have some practical favourable consequences for the appellant. However, in the course of his argument, counsel for the appellant conceded that if the appeal succeeded the appellant would not be entitled to obtain a new trial in respect of both the charges against him. He was still subject to the sentence on the charge of rape, which sentence was exactly the same as, and concurrent with, the sentence on the other charge.

In the result, therefore, the appeal to this Court constituted an academic exercise, the only result of which, if successful, will be to prevent the addition to the appellant's already lengthy criminal record of a conviction for the crime of sexual intercourse with a female under the age of fourteen, not being his wife, which crime it is clear that he committed.

The Chief Justice and Abbott and Martland JJ. concurred with the judgment delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Laskin in which he has recounted the circumstances giving rise to this appeal.

The appeal came on for hearing pursuant to an order of this Court granting leave to appeal in accordance with the provisions of s. 618(1)(b) of the *Criminal Code*. The jurisdiction conferred by that section is, of course, confined to ques-

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Pour les motifs donnés par le Juge Ritchie et les commentaires pertinents à la présente affaire que j'ai faits dans l'affaire *Fernand Doré c. Le Procureur général du Canada*¹, je rejetterais l'appel.

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—J'adopte les motifs énoncés par mon collègue le Juge Ritchie. J'ajouterais l'observation suivante. Le point en litige dans l'appel n'a jamais été soulevé au procès, ni devant la Cour d'appel.

Il faut présumer qu'on a pensé, lorsque la permission d'interjeter appel en cette Cour fut accordée, que si l'appel était accueilli certaines conséquences pratiques favorables à l'appelant s'ensuivraient. Toutefois, au cours de sa plaidoirie, l'avocat de l'appelant a concédé que si l'appel était accueilli l'appelant n'aurait pas droit à un nouveau procès sous les deux inculpations portées contre lui. Il était toujours assujéti à la peine prononcée sur l'inculpation de viol, et cette peine était exactement la même que celle s'attachant à l'autre inculpation, et devait être purgée en même temps.

En fin de compte, par conséquent, l'appel en cette Cour constitue un débat académique; son seul résultat, s'il est accueilli, sera d'empêcher que soit ajoutée au casier judiciaire déjà lourdement chargé de l'appelant une condamnation pour le crime d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de quatorze ans qui n'était pas son épouse, crime qu'il a manifestement commis.

Le Juge en Chef et les Juges Abbott et Martland ont souscrit au jugement rendu par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le Juge Laskin, dans lesquels il fait le récit des circonstances dont le présent pourvoi découle.

L'appel fut entendu par suite d'une ordonnance de cette Cour accordant permission d'appeler conformément aux dispositions de l'art. 618, par. (1), al. b) du *Code criminel*. La compétence conférée par cet article est, il va sans dire,

¹ [1975] 1 S.C.R. 756.

¹ [1975] 1 S.C.R. 756.

tions of law in the strict sense and the order which was granted in the present case reads as follows:

IT IS ORDERED that leave to appeal be and the same is hereby granted *limited to* the question whether the accused, having been convicted of rape, should in respect of the same single act have also been convicted of sexual intercourse with a female under the age of fourteen, not being his wife.

(The italics are my own).

In my understanding it has been the general practice of this Court when hearing an appeal pursuant to an order granting leave to confine itself exclusively to the question or questions posed in such an order, and even if the order here in question had not contained express words of limitation, I think it would be contrary to this practice to entertain the appeal on any ground other than the one which is expressly specified.

It is, therefore, important in my view to determine at the outset the exact limits of the question with which this appeal is concerned.

It will at once be apparent that the issue before us is confined to the validity of the second *conviction*. No question is raised as to the propriety of the judge's action in sentencing the appellant as he did on both counts if the second conviction is valid, and indeed, while that was a matter over which the Court of Appeal had jurisdiction, this Court is not clothed with the same authority.

The appellant was charged, together with one Wayne Ronald Constable, that he raped one Jacqueline Mary Chafe contrary to the *Criminal Code*, and second, that he had sexual intercourse with the same girl, she being a female under the age of fourteen years who was not his wife, contrary to the *Criminal Code*. The two accused were arraigned separately on each of the two charges and the appellant pleaded "not guilty" to both. The two offences with which the appellant was charged are defined in the

restreinte aux questions de droit au sens strict du terme et l'ordonnance rendue en l'espèce se lit comme suit:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ que la permission d'appeler soit par les présentes accordée, *seulement en ce qui a trait* à la question de savoir si l'accusé, ayant été déclaré coupable de viol, devait à l'égard du seul et même acte être également trouvé coupable d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans qui n'est pas son épouse.

(J'ai mis des mots en italique).

A mon sens, la pratique généralement suivie par cette Cour lorsqu'elle entend un appel interjeté à la suite d'une ordonnance accordant permission d'appeler est de s'en tenir exclusivement à la question ou aux questions posées dans l'ordonnance, et même si la question en la présente espèce ne renfermait pas des termes expressément restrictifs, je pense qu'il serait contraire à la pratique de connaître d'un appel sur un moyen autre que celui qui est explicitement spécifié.

Il est donc important selon moi de déterminer tout d'abord le cadre exact de la question en jeu dans le présent appel.

Il devient tout de suite manifeste que le litige devant nous est restreint à la validité de la seconde *déclaration de culpabilité*. Personne n'a soulevé la question de savoir si le juge a eu raison d'imposer la sentence qu'il a prononcée sur les deux chefs d'accusation, si la seconde déclaration de culpabilité est valide, et évidemment, bien que la Cour d'appel ait eu compétence en la matière cette Cour n'est pas revêtue de la même autorité.

L'appellant a été inculpé, avec un nommé Wayne Ronald Constable, d'avoir violé une dénommée Jacqueline Mary Chafe en contravention du *Code criminel*, et deuxièmement, d'avoir eu des rapports sexuels avec ladite personne, une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans qui n'était pas son épouse, en contravention du *Code criminel*. Les deux accusés furent interpellés séparément sous chacune des deux inculpations et l'appellant a plaidé «non coupable» aux deux. Les deux

following terms in ss. 143 and 146(1) of the *Criminal Code* as amended by 1972 (Can.), c. 13, s. 70:

143. A male person commits rape when he has sexual intercourse with a female person who is not his wife,

(a) without her consent, or

(b) with her consent if the consent

(i) is extorted by threats or fear of bodily harm,

(ii) is obtained by personating her husband, or

(iii) is obtained by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act.

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

whether or not he believes that she is fourteen years of age or more, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

Every one who commits the indictable offence of rape is also liable to imprisonment for life.

I think it of first importance to recognize that the offences created by ss. 143 and 146(1) are separate and distinct offences and it appears to be common ground that the latter offence is not included in the former. The fundamental difference between the two offences is that a conviction under s. 146(1) can only be sustained if the victim is under fourteen years of age, whereas the age of the victim forms no part of the offence described in s. 143. The provisions of s. 140 also make it clear that consent is no defence to a charge under s. 146(1), whereas, of course, lack of consent is an essential ingredient of rape.

infractions dont l'appelant a été accusé sont définies dans les termes suivants aux art. 143 et 146, par. (1), du *Code criminel*, tels que modifiés par 1972 (Can.), c. 13, art. 70:

143. Une personne du sexe masculin commet un viol en ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse

a) sans le consentement de cette personne du sexe féminin, ou

b) avec le consentement de cette dernière, si le consentement

(i) est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles,

(ii) est obtenu en se faisant passer pour son époux, ou

(iii) est obtenu par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte.

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.

Quiconque commet l'acte criminel de viol est aussi passible de l'emprisonnement à perpétuité.

Je pense qu'il est de première importance de reconnaître que les infractions créées par les art. 143 et 146, par. (1), sont des infractions séparées et distinctes et il semble reconnu de part et d'autre que la dernière infraction n'est pas comprise dans la première. La différence fondamentale entre les deux infractions est qu'une déclaration de culpabilité sous le régime de l'art. 146, par. (1), peut être maintenue seulement si la victime est âgée de moins de quatorze ans, alors que l'âge de la victime ne constitue pas un élément de l'infraction décrite à l'art. 143. Les dispositions de l'art. 140 montrent aussi clairement que le consentement ne constitue pas un moyen de défense à une accusation portée en vertu de l'art. 146, par. (1), alors que, bien entendu, l'absence de consentement est un élément essentiel du viol.

It was contended on behalf of the appellant that as a conviction for rape negatives consent, it also precludes a conviction under s. 146(1) in respect of the same act because where a lack of consent has been proved, age ceases to be a distinguishing factor between the two offences. This reasoning appears to me to be predicated on the assumption that the only difference between the two offences is that consent is excluded as a defence to s. 146(1) by the provisions of s. 140 and to overlook the fact that an accused charged under s. 146(1) would be equally guilty under that section whether his victim had consented or not provided that she was under 14 years of age and not his wife. Consent or lack of consent form no part of the offence described in s. 146(1), but it contains an ingredient which is not included in a conviction for rape, namely, the age of the child victim.

The situation in the present case is that the act for which the appellant was convicted of rape also constituted the additional offence of having sexual intercourse with a female person under the age of fourteen years who was not his wife. The purpose and effect of s. 146(1) is in my view to protect female children under the age of fourteen years from sexual advances leading to intercourse by male persons over that age, (see s. 147) and I cannot subscribe to a result which relieves an assailant from the consequences of violating a child on the ground that his act also constitutes the crime of rape.

Under these circumstances I am unable to see how it can be said that the appellant did not commit both offences.

It is contended, however, that, because it is an accepted principle of our law that no one shall be punished twice for the same offence, it must follow, according to the same principle, that nobody can be convicted more than once in

Il a été prétendu au nom de l'appelant qu'étant donné qu'une déclaration de culpabilité de viol s'oppose au consentement, elle a pour effet d'empêcher qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée en vertu de l'art. 146, par. (1), à l'égard du même acte parce que s'il y a eu preuve d'absence de consentement, l'âge cesse d'être un facteur distinguant une infraction de l'autre. Ce raisonnement me paraît être fondé sur la prémisse que la seule différence entre les deux infractions est que le consentement est exclu par les dispositions de l'art. 140 comme moyen de défense contre le par. (1) de l'art. 146, et méconnaître qu'un accusé inculpé en vertu de l'art. 146, par. (1), serait également coupable en vertu de cet article-là que sa victime ait donné son consentement ou non, pourvu qu'elle ait été âgée de moins de quatorze ans et qu'elle n'ait pas été son épouse. Le consentement ou l'absence de consentement ne sont pas des parties constitutives de l'infraction décrite à l'art. 146, par (1), mais il s'y trouve un élément qui n'est pas compris dans une déclaration de culpabilité de viol, savoir, l'âge de la jeune victime.

La situation en l'espèce est que l'acte pour lequel l'appelant a été trouvé coupable de viol constitue aussi l'infraction additionnelle d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de quatorze ans qui n'était pas son épouse. Le but et l'effet du par. (1) de l'art. 146 est à mon sens de protéger les fillettes de moins de quatorze ans contre des hommes plus âgés qu'elles qui leur font des avances avec l'intention d'avoir des rapports sexuels, (voir l'art. 147) et je ne puis accepter un résultat qui épargne à un agresseur les conséquences d'avoir abusé d'une enfant pour le motif que son acte constitue aussi un viol.

Dans ces conditions, je ne puis voir comment on pourrait dire que l'appelant n'a pas commis les deux infractions.

On fait valoir cependant que, parce que c'est un principe reconnu de notre droit que nul ne doit être puni deux fois pour la même infraction, il doit s'ensuivre, en vertu du même principe, que nul ne peut être déclaré coupable plus d'une

respect of the same act. The chief authority to which we were referred in support of this contention was the unanimous judgment of this Court in *Cox and Paton v. The Queen*², where the accused had been convicted on two counts, each of which was found to be referable to the same conspiracy and Cartwright J. (as he then was) held that both convictions could not stand on the ground that "It is the same conspiracy which is alleged in both counts and it would be contrary to the law that the accused should be punished more than once for the same offence.", (page 516).

In that case the accused, having been charged with conspiracy, the essence of the offence was the illegal agreement. (See *Belyea v. the King*³, *Paradis v. The King*⁴, and particularly *McDonald v. The Queen*⁵ at p. 195). There was but one agreement alleged and the fact that the conspirators were shown to have had more than one breach of the law in contemplation in forming that agreement did not convert the conspiracy into two offences so as to justify separate convictions in respect of each.

With the greatest respect for those who may entertain a different opinion, I do not view the judgment in *Cox and Paton v. The Queen* as authority for the proposition that an accused cannot be charged and convicted on two separate offences when both those offences had been committed by means of a single act.

It appears to me that in enacting s. 11 of the *Criminal Code* Parliament recognized that more than one offence may be committed as a result of a single act. Section 11 reads as follows:

Where an act or omission is an offence under more than one Act of the Parliament of Canada, whether punishable by indictment or on summary conviction, a person who does the act or makes the omission is,

fois à l'égard du même acte. Le précédent le plus important auquel on nous a renvoyé, à l'appui de cette prétention, est le jugement unanime de cette Cour dans *Cox et Paton c. La Reine*², où l'accusé avait été reconnu coupable sous deux chefs d'accusation dont chacun fut jugé relié au même complot; M. le Juge Cartwright (alors juge puîné) a statué que les deux condamnations ne pouvaient être maintenues, pour le motif que [TRADUCTION] «c'est le même complot qui est allégué dans les deux chefs d'accusation et il serait contraire à la loi de punir l'accusé plus d'une fois pour la même infraction.», (page 516).

Dans cette affaire-là, l'accusé ayant été inculpé de complot, l'entente illégale constituait l'essence même de l'infraction. (Voir *Belyea c. Le Roi*³, *Paradis c. Le Roi*⁴, et spécialement *McDonald c. La Reine*⁵, à la p. 195). Il n'y avait eu qu'une seule entente et le fait qu'il avait été démontré que les parties au complot se proposaient plus d'une violation de la loi en concluant cette entente n'avait pas transformé le complot en deux infractions de façon à justifier des déclarations de culpabilité distinctes à l'égard de chacune.

Avec le plus grand respect pour ceux qui peuvent être d'un avis différent, je n'estime pas que l'arrêt *Cox et Paton c. La Reine* fasse autorité à l'appui de la proposition suivant laquelle un accusé ne peut pas être inculpé et reconnu coupable de deux infractions distinctes lorsque ces deux infractions ont été commises au moyen d'un seul et même acte.

Il me semble qu'en adoptant l'art. 11 du *Code criminel* le Parlement ait reconnu que plus d'une infraction peut être commise en conséquence d'un seul et même acte. L'article 11 se lit comme suit:

Lorsqu'un acte ou une omission constitue une infraction visée par plus d'une loi du Parlement du Canada, qu'elle soit punissable par voie d'acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, une

² [1963] S.C.R. 500.

³ [1932] S.C.R. 279.

⁴ [1934] S.C.R. 167.

⁵ [1960] S.C.R. 186.

² [1963] R.C.S. 500.

³ [1932] R.C.S. 279.

⁴ [1934] R.C.S. 167.

⁵ [1960] R.C.S. 186.

unless a contrary intention appears, subject to proceedings under any of those Acts, but is not liable to be punished more than once for the same offence.

A similar section appears as s. 33 of the *Interpretation Act* 1889 (U.K.) c. 63 which reads:

Where an act or omission constituted an offence under two or more Acts, or both under an Act or at common law, . . . the offender shall, unless the contrary intention appears, be liable to be prosecuted and punished under either or any of those Acts or at common law, but shall not be liable to be punished twice for the same offence.

In interpreting the effect of this section, Humphreys J. in *Rex v. Thomas*⁶, said at p. 204:

It is not the law that a person shall not be liable to be punished twice for the same act; no one has ever said so in any case, and the Interpretation Act does not say so. What the Act says is that a person 'shall not be liable to be punished twice for the same offence'. Not only is it not the law, but it never has been the law, and that it is not the law was expressly decided in the highest criminal Court in the land then existing the Court for the Consideration of Crown Cases Reserved, as far back as 1867, in *Morris* (1867), 10 Cox C.C. 480.

In the *Thomas* case the accused had been convicted of assault and was thereafter tried again for manslaughter arising out of the same facts, his victim having died after his first conviction as a result of the assault, but the observations of Humphreys J. are by no means limited to such a case as can be seen from the reasons for judgment of Lord Reading in *R. v. Barron*⁷, where the accused, having been convicted of sodomy, was also charged with an act of gross indecency with another male person and Lord Reading took occasion to comment on

personne qui accomplit l'acte ou fait l'omission devient, à moins que l'intention contraire ne soit manifeste, assujettie aux procédures que prévoit l'une quelconque de ces lois, mais elle n'est pas susceptible d'être punie plus d'une fois pour la même infraction.

Un article similaire figure comme art. 33 de l'*Interpretation Act* 1889 (R.-U.) c. 63 qui se lit:

[TRADUCTION] Lorsqu'un acte ou une omission constitue une infraction visée par deux lois ou plus, ou à la fois par une loi et par la common law . . . le contrevenant est, à moins que l'intention contraire ne soit manifeste, susceptible d'être poursuivi et puni en vertu de l'une ou l'autre ou de l'une quelconque de ces lois ou de la common law, mais il n'est pas susceptible d'être puni deux fois pour la même infraction.

En interprétant la portée de cet article, M. le Juge Humphreys dans l'affaire *Rex v. Thomas*⁶, a dit, à la p. 204:

[TRADUCTION] Il n'est pas vrai en droit qu'une personne n'est pas susceptible d'être punie deux fois pour le même acte; personne ne l'a jamais dit dans quelque affaire que ce soit, et l'*Interpretation Act* ne le dit pas. Ce que l'*Interpretation Act* dit, c'est qu'une personne «n'est pas susceptible d'être punie deux fois pour la même infraction». Non seulement ce n'est pas vrai en droit mais cela ne l'a jamais été, et que ce n'est pas vrai en droit fut expressément décidé par le plus haut tribunal criminel d'alors au pays, la *Court for the Consideration of Crown Cases Reserved*, dans une affaire qui remonte à 1867, soit celle de *Morris* (1867), 10 Cox C.C. 480.

Dans l'affaire *Thomas* l'accusé avait été trouvé coupable de voies de fait et il avait ultérieurement subi son procès pour homicide involontaire coupable découlant des mêmes faits, sa victime ayant, après sa première condamnation, succombé des suites des voies de fait, mais les observations du Juge Humphreys ne sont aucunement restreintes à un tel cas, comme le font voir les motifs de jugement de Lord Reading dans l'affaire *The King v. Barron*⁷, affaire dans laquelle l'accusé, ayant été reconnu coupable de sodomie, fut aussi inculpé

⁶ (1949), 33 Cr. App. R. 200.

⁷ [1914] 2 K.B. 570.

⁶ (1949), 33 Cr. App. R. 200.

⁷ [1914] 2 K.B. 570.

the observations of Hawkins J. in *R. v. King*⁸, where that judge had said:

It is against the very first principles of the criminal law that a man should be placed twice in jeopardy upon the same facts: the offences are practically the same, though not their legal operation.

As to this Lord Reading said, at p. 575:

It is quite plain that the learned judge did not intend to lay down and did not lay down as a general principle of law that a man cannot be placed twice in jeopardy upon the same facts if the offences are different. The statement obviously refers to a case where the offences are the same . . .

Being satisfied that the first and second counts of this indictment charge separate offences and that the second is not included in the first, I think it must follow that the defence of *autrefois convict* is not available to the appellant, but it was strongly contended that the plea of *res judicata* or issue estoppel was available in this case to preclude a conviction being entered on the second count after a finding of guilty on the first. In regard to this last argument I have been greatly assisted by a textbook entitled *Res Judicata* prepared by Spencer-Bower and Turner 2nd Ed. (1969) where it is said at p. 391, para. 479:

As has been pointed out in a previous chapter, the plea of *autrefois convict* is the process by which the doctrine of merger in judgment becomes effective in criminal jurisdiction. Once the accused has been tried for an offence, and convicted of it, that is an end to his criminal liability, and his conduct cannot serve as the basis of a second accusation of the same crime. As in civil, so in criminal law—*transit in rem judicatam*: the criminal liability of the prisoner for the offence which he has committed is merged in his

d'avoir commis un acte de grossière indécence avec une autre personne du sexe masculin, et dans laquelle Lord Reading a saisi l'occasion de commenter les observations suivantes faites par le Juge Hawkins dans l'arrêt *R. v. King*⁸,

[TRADUCTION] C'est aller à l'encontre des principes les plus élémentaires du droit pénal que de placer un homme deux fois, à cause des mêmes faits, dans une situation où sa liberté peut être compromise: les infractions sont pour ainsi dire les mêmes, bien qu'en droit elles n'aient pas les mêmes effets.

A ce sujet Lord Reading a dit, à la p. 575:

[TRADUCTION] Il est bien évident que le savant juge n'a pas eu l'intention d'ériger en principe général de droit qu'un homme ne peut pas être placé deux fois à cause des mêmes faits dans une situation où sa liberté peut être compromise, si les infractions sont différentes, et il ne l'a pas fait. L'énoncé vise évidemment un cas où les infractions sont les mêmes.

Étant convaincu que le premier et le second chef de l'acte d'accusation portent sur des infractions distinctes et que le second n'est pas compris dans le premier, je crois qu'il doit s'ensuivre que le moyen de défense d'*autrefois convict* est inaccessible à l'appelant, mais il a été vigoureusement soutenu que le moyen de chose jugée (*res judicata*) ou d'irrecevabilité à remettre en cause une question (*Issue estoppel*) était accessible en l'espèce pour prévenir l'inscription d'une condamnation sous le second chef après un jugement de culpabilité sur le premier. En ce qui a trait à cette dernière prétention, un ouvrage de référence intitulé *Res Judicata* préparé par Spencer-Bower et Turner, 2^e éd. (1969) m'a été d'un grand secours; il y est dit à la p. 391, par. 479:

[TRADUCTION] Comme le signale un chapitre précédent, le plaidoyer d'*autrefois convict* est ce par quoi la doctrine de la fusion en jugement (*Merger in judgment*) entre en opération en matière pénale. Une fois que l'accusé a subi son procès pour une infraction, et qu'il en a été déclaré coupable, c'est la fin de sa responsabilité criminelle, et sa conduite ne peut pas servir de fondement à une seconde accusation pour le même crime. Tant en matière civile qu'en droit criminel—*transit in rem judicatam*: la responsabilité crimi-

⁸ [1897] 1 Q.B. 214.

⁸ [1897] 1 Q.B. 214.

conviction for that offence, once it has been obtained, and his liability to be punished is discharged by the punishment (if any) which has been inflicted in respect thereof.

It is particularly to be noticed, however, that while the maxim *nemo debet bis puniri pro uno delicto* forbids a second verdict of guilty for the same *crime*, it does not forbid a second prosecution for the same *conduct*, in cases in which such conduct may amount to two separate crimes. Whether it is just to prosecute an accused again after one conviction, may be debated on the facts of the particular case; but the maxim will not forbid it. Neither will an exemption from criminal liability on the second charge follow from the application of the maxim *transit in rem judicatam*. What has passed into *res judicata* is the offence of which he was convicted, together with those other offences of which he could have been convicted on the same facts on the same indictment.

I think it is clear that the words "same indictment" as employed in the last sentence of this quotation are, for the purpose of this case, synonymous with "second count". (See s. 520 (2) of the *Criminal Code*.)

The comment made by Lord Morris in the course of his very comprehensive judgment in *Connelly v. The Director of Public Prosecutions*⁹, at pp. 1307 and 1308, also appears to me to be of assistance in determining the validity of a second conviction arising out of the same facts. Lord Morris there said:

The principle seems clearly to have been recognised that if someone had been either convicted or acquitted of an offence he could not later be charged with the same offence or with what was in effect the same offence. In determining whether or not he was being so charged the court was not confined to an examination of the record. The reality of the matter was to be ascertained. That, however, did not mean that if two separate offences were committed at the same time a conviction or an acquittal in respect of one would be any bar to a subsequent prosecution in respect of the other. It was the offence or offences that had to be considered. Was there in substance one

nelle du prisonnier pour l'infraction qu'il a commise se fond dans la déclaration de sa culpabilité de cette infraction, une fois la déclaration prononcée, et son assujettissement à une punition est annulé par la punition (s'il en est) qui lui a été imposée à cet égard.

Il faut toutefois signaler particulièrement que, bien que l'adage *nemo debet bis puniri pro uno delicto* interdise un second verdict de culpabilité pour le même *crime*, il n'interdit pas une seconde poursuite pour la même *conduite*, dans des affaires où une telle conduite peut équivaloir à deux crimes distincts. Savoir s'il est juste ou non d'intenter de nouvelles procédures contre un accusé après une condamnation, est une question qui peut être débattue d'après les faits du cas particulier; mais l'adage ne l'interdit pas. Une exemption de responsabilité criminelle sous la seconde inculpation ne découlera pas davantage de l'application de la maxime *transit in rem judicatam*. Ce qui a passé en *res judicata*, c'est l'infraction dont il a été trouvé coupable, ainsi que les autres infractions dont il aurait pu être déclaré coupable sur les mêmes faits sur le même acte d'accusation.

Je pense qu'il est évident que les mots «même acte d'accusation» figurant dans la dernière phrase de cette citation sont, pour les fins de la présente affaire, synonymes de «second chef». (Voir l'art. 520, (2), du *Code criminel*).

L'observation faite par Lord Morris dans le jugement très exhaustif qu'il a rédigé dans l'affaire *Connelly v. The Director of Public Prosecutions*⁹, aux pp. 1307 et 1308, me paraît aussi de quelque secours pour déterminer la validité d'une seconde déclaration de culpabilité découlant des mêmes faits. Lord Morris dit ceci:

[TRADUCTION] Il semble que l'on ait manifestement reconnu le principe suivant lequel si quelqu'un a été soit déclaré coupable soit acquitté d'une infraction, on ne saurait plus tard l'inculper de la même infraction ou de ce qui est effectivement la même infraction. Pour décider s'il est inculpé ainsi de la même infraction, la cour n'a pas à se limiter à un examen du dossier. Elle doit s'assurer de la réalité de la chose. Cela ne signifie cependant pas que si deux infractions distinctes sont commises au même moment, une déclaration de culpabilité ou un acquittement, à l'égard de l'une constitue un empêchement à des poursuites subséquentes à l'égard de l'autre. C'est

⁹ [1964] A.C. 1254.

⁹ [1964] A.C. 1254.

offence—or had someone committed two or more offences?

In considering the question posed by the last sentence in this passage, I think it desirable to make reference to the case of *The King v. Quon*¹⁰, and *R. v. Siggins*¹¹.

In the *Quon* case the accused had been charged on two counts. The first laid under s. 446(c) of the *Code* alleged robbery while armed; the second laid under s. 122 of the *Code* alleged possession of a firearm capable of being concealed upon the person while committing "any criminal offence". At his trial Quon pleaded guilty to the first charge and he was also found guilty of the second offence and sentenced to two years on each count. The Court of Appeal quashed the conviction on the second count and this decision was affirmed on appeal to this Court. In the course of his reasons for judgment, Mr. Justice Kellock made it clear that his reason for affirming the dismissal on the second count was that he regarded the offence there charged, not as a separate offence, but as an essential part of the offence charged in the first count. In the course of these reasons he said, at p. 525:

Coming to section 446(c), Parliament has by this provision, declared that for that offence, involving as one of its main elements, the presence on the offender of an offensive weapon, the penalty may be imprisonment for life and whipping. That is expressly the penalty for the totality of that conduct. I do not think therefore, that there is to be attributed to Parliament the intention that one part of that conduct (where the weapon in question is a firearm) may be made the subject of a separate charge under section 122,

In reaching this conclusion, Mr. Justice Kellock had occasion to quote from the judgment of

l'infraction ou les infractions qu'il faut considérer. Y a-t-il fondamentalement une infraction—ou quelqu'un a-t-il commis deux infractions ou plus?

En examinant la question posée par la dernière phrase de ce passage, je crois bon de m'en référer aux arrêts *Le Roi c. Quon*¹⁰, et *R. c. Siggins*¹¹.

Dans l'affaire *Quon* l'accusé avait été inculpé sous deux chefs d'accusation. Le premier porté en vertu de l'art. 446, al. c), du *Code*, l'inculpait de vol à main armée; le second, porté en vertu de l'art. 122 du *Code*, l'inculpait de possession d'une arme à feu pouvant être dissimulée sur la personne pendant qu'elle commet «un acte criminel». A son procès, Quon a plaidé coupable sur la première inculpation et a aussi été déclaré coupable de la seconde infraction et condamné à deux ans d'emprisonnement sur chaque chef. La Cour d'appel a écarté la déclaration de culpabilité prononcée sur le second chef et sa décision fut confirmée en appel devant cette Cour. Dans ses motifs de jugement, M. le Juge Kellock a clairement indiqué qu'il confirmait le rejet sur le deuxième chef parce qu'il considérait l'infraction y imputée non comme une infraction distincte, mais comme un élément essentiel de l'infraction imputée dans le premier chef d'accusation. Au cours de ses motifs il a dit, à la p. 525:

[TRADUCTION] Je passe maintenant à l'article 446, alinéa c). Le Parlement, par cette disposition, a déclaré que pour cette infraction, dont l'un des éléments essentiels est la présence d'une arme offensive sur le contrevenant, la peine peut être l'emprisonnement à perpétuité et le fouet. C'est expressément la peine prévue pour l'intégralité de cette conduite. Je ne pense donc pas qu'il faille attribuer au Parlement l'intention de permettre qu'un élément de cette conduite (lorsque l'arme en question est une arme à feu) puisse faire l'objet d'une inculpation distincte en vertu de l'article 122,

Pour arriver à cette conclusion, M. le Juge Kellock a eu l'occasion de citer un passage du

¹⁰ [1948] S.C.R. 508.

¹¹ (1960), 127 C.C.C. 409.

¹⁰ [1948] R.C.S. 508.

¹¹ (1960), 127 C.C.C. 409.

Blackburn J. in *Wemyss v. Hopkins*¹², the passage to which reference has been made in the reasons for judgment of my brother Laskin, the most relevant part of which reads as follows:

The defence does not arise on a plea of autrefois convict, but on the well established rule at common law, that when a person has been convicted and punished for an offence by a court of competent jurisdiction, *transit in rem judicatam*, that is, the conviction shall be a bar to all further proceedings for the same offence, and he shall not be punished again for the same matter; . . .

At the conclusion of this quotation, Mr. Justice Kellock observed:

The above principle is embodied in section 14 of the *Code*. The common law principle is as applicable, in my opinion, in the case of two sections of the same statute as in the case of separate statutes.

Reference to the *Criminal Code* as it existed in 1948 makes it plain that Mr. Justice Kellock was referring to s. 15 rather than s. 14 in making the last-quoted comment. Section 14 of the *Criminal Code* as it then read abolished the distinction between felony and misdemeanour, but s. 15 was the precursor of the present s. 11, and I am in any event in agreement that the provisions of that section, viewed in the light of what Humphreys J. said in *R. v. Thomas, supra*, respecting the equivalent English section, are just as applicable in the case of two sections of the *Criminal Code* as they are in the case of two statutes. One act may thus be the subject of convictions under two sections of the *Criminal Code*, but only one punishment can be imposed for the same offence.

The clear distinction between the *Quon* case and the case at bar is that the age of the victim is not one of the essential elements in the offence of rape and the same distinction applies to the case of *Rex v. Siggins, supra*, in which the reasons for judgment delivered by MacKay J.A.

¹² (1875), 10 Q.B. 378.

jugement du Juge Blackburn dans l'affaire *Wemyss c. Hopkins*¹², passage auquel mon collègue le Juge Laskin s'est référé dans ses motifs de jugement et dont voici la partie la plus pertinente:

[TRADUCTION] Ce moyen de défense ne peut être soulevé sur la base d'un plaidoyer d'autrefois convict; il relève plutôt d'une règle consacrée en *common law* suivant laquelle lorsqu'une personne a été trouvée coupable d'une infraction et punie, par une cour compétente, alors *transit in rem judicatam*, c'est-à-dire: la condamnation empêche toute procédure subséquente intentée pour la même infraction et la personne ne peut être punie de nouveau pour la même chose; . . .

A la fin de cette citation, M. le Juge Kellock a fait observer:

[TRADUCTION] Le principe ci-dessus est consacré à l'article 14 du *Code*. Le principe de *common law* s'applique autant, à mon avis, lorsqu'il s'agit de deux articles d'une même loi que lorsqu'il s'agit de lois distinctes.

Une mention du *Code criminel* tel qu'il existait en 1948 fait clairement voir que M. le Juge Kellock se reportait à l'art. 15 plutôt qu'à l'art. 14 dans le dernier commentaire cité. L'article 14 du *Code criminel* d'alors abolissait la distinction entre la félonie et le délit, mais l'art. 15 a été le précurseur de l'art. 11 actuel et, en tout état de cause, je suis d'avis que les dispositions de cet article, étudiées à la lumière de ce qu'a dit M. le Juge Humphreys dans l'arrêt *R. v. Thomas*, précité, au sujet de l'article correspondant de la loi anglaise, s'appliquent tout autant à deux articles du *Code criminel* qu'à deux lois. Un acte peut dès lors faire l'objet de déclarations de culpabilité en vertu de deux articles du *Code criminel*, mais une seule peine peut être imposée pour la même infraction.

La distinction nette entre l'affaire *Quon* et la présente, c'est que l'âge de la victime n'est pas l'un des éléments essentiels de l'infraction de viol, et la même distinction vaut pour l'affaire *Rex v. Siggins*, précitée, dans laquelle les motifs de jugement rédigés par M. le Juge d'appel

¹² (1875), 10 Q.B. 378.

on behalf of the majority of the Court were clearly predicated on the assumption that:

The offence of theft where the person charged is the actual thief, necessarily involves the taking of possession by him of the article stolen, and the person found in the possession of goods which he himself has stolen has also committed the offence of having in his possession goods knowing them to have been stolen.

I do not purport to either approve or disapprove this assumption, but I mention it simply to indicate that the counts charging unlawful possession in that case were quashed because the Court took the view that theft "necessarily involves the taking of possession" whereas, as I have said, rape does not necessarily involve an offence under s. 146(1).

In summary, the position in the present case is this. The appellant has been charged with two separate and distinct offences under the *Criminal Code*. He was tried in respect of both charges. He was guilty of both offences. In those circumstances, on what basis can it be said that he cannot be convicted of both? There is nothing in the *Criminal Code* to preclude it. He was not being convicted twice in respect of the same offence. The cases dealing with double punishment are not relevant to the issue of law which is before us, which is concerned with the legal power to convict in respect of two offences, and not with the question of sentence.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

The judgment of Judson, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ. was delivered by

LASKIN J.—There are no facts in dispute in this appeal and only the barest narration is necessary for its disposition. The appellant accused was indicted jointly with another male person on two counts of sexual offences against a girl admittedly thirteen years of age at the time. The offences charged were (1) rape, con-

MacKay au nom de la majorité de la Cour étaient clairement fondés sur la prémisse suivante:

[TRADUCTION] L'infraction de vol implique nécessairement, lorsque la personne accusée est celle qui l'a réellement perpétrée, la prise par celle-ci de l'objet volé, et la personne trouvée en possession d'effets qu'elle a elle-même volés se trouve également à avoir commis l'infraction de possession d'effets que l'on sait avoir été obtenus par le vol.

Je n'entends pas approuver ni désapprouver cette prémisse, mais j'en parle simplement pour indiquer que les chefs d'accusation imputant possession illégale dans cette affaire-là ont été annulés du fait que la Cour avait adopté le point de vue suivant lequel le vol «implique nécessairement la prise de possession» alors que, je l'ai déjà dit, le viol n'implique pas nécessairement une infraction visée par le par. (1) de l'art. 146.

En bref, la situation dans la présente affaire est la suivante. L'appelant a été inculpé de deux infractions séparées et distinctes en vertu du *Code criminel*. Il a subi son procès sur les deux inculpations. Il était coupable des deux infractions. Dans ces conditions, sur quoi peut-on se fonder pour dire qu'il ne peut pas être déclaré coupable des deux? Il n'y a rien dans le *Code criminel* qui l'interdise. Il n'a pas été trouvé coupable deux fois de la même infraction. Les arrêts traitant de dualité de peines n'ont rien à voir avec la question de droit qui nous est soumise, laquelle porte sur le pouvoir légal de prononcer la culpabilité quant à deux infractions, et non sur la question de l'imposition de la peine.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Le jugement des Juges Judson, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson a été rendu par

LE JUGE LASKIN—Les faits du pourvoi ne sont aucunement contestés et il suffit de les relater très brièvement pour trancher le litige. L'appelant fut inculpé, conjointement avec une autre personne du sexe masculin, sous deux chefs d'accusation lui reprochant des infractions d'ordre sexuel contre une adolescente qui, de

trary to s. 143 of the *Criminal Code*, and (2) unlawful carnal knowledge of a female under fourteen years of age, contrary to s. 146(1).

The relevant portion of the trial judge's charge to the jury in respect of these two counts was as follows:

As to Kienapple, your possible verdicts are guilty or not guilty on Count 1, rape; if you find him guilty on Count 1, then you need not consider any of the included offences that I am about to mention and mentioned previously and you may also proceed at once to find him guilty on Count 2, because a conviction for rape also includes a finding of intercourse with a girl. It is admitted that she is under fourteen. So that you may find him guilty on Counts 1 and 2, but if you find him not guilty on Count 1, that is of rape, then you should consider whether it has been proven that he is guilty in Count 2, that is of having had sexual intercourse with a girl under fourteen. If you find him guilty of rape, then you stop right there because that takes care of the other count. If you find him not guilty of rape, go on to consider whether there was intercourse in Count 2.

1974 CanLII 14 (SCC)

The jury, on this direction, brought in a verdict of guilty on both counts, and the accused was subsequently sentenced to two concurrent terms of imprisonment of ten years. The Court of Appeal of Ontario dismissed the accused's appeal without written or recorded reasons. Leave to appeal to this Court was given on the following question:

Whether the accused, having been convicted of rape, should in respect of the same single act have also been convicted of sexual intercourse with a female under the age of fourteen, not being his wife.

I should say that the issue raised by this question was not raised in the Courts below.

l'aveu général, était âgée de treize ans à l'époque pertinente. Les infractions reprochées sont: (1) le viol, en contravention de l'art. 143 du *Code criminel*, et (2) rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans, en contravention de l'art. 146, par. (1).

La partie pertinente des directives du juge de première instance relativement à ces deux chefs d'accusation est la suivante:

[TRANSLATION] Quant à Kienapple, il vous est possible de rendre un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité sur le premier chef d'accusation—ayant trait au viol; si vous le trouvez coupable sur le premier chef, alors vous n'avez pas à considérer les infractions incluses ci-après mentionnées et mentionnées ci-dessus, et vous pouvez du même coup le trouver coupable sur le deuxième chef, parce qu'une déclaration de culpabilité de viol comprend aussi une conclusion de rapports sexuels. Il est reconnu que la victime a moins de quatorze ans. Ainsi vous pouvez le trouver coupable sur les deux chefs 1 et 2, mais si vous ne le trouvez pas coupable sur le premier chef, soit celui de viol, alors vous devez décider si on a prouvé sa culpabilité sur le second chef, soit celui d'avoir eu des rapports sexuels avec une fille de moins de quatorze ans. Si vous le trouvez coupable de viol, alors vous vous arrêtez là parce que cela règle le sort de l'autre chef. Si vous le trouvez non coupable de viol, demandez-vous alors s'il y a eu rapports sexuels illicites, tel qu'imputé dans le second chef.

Vu cette directive, le jury a rendu un verdict de culpabilité sur les deux chefs d'accusation, et l'accusé fut subséquemment condamné à deux peines de dix ans d'emprisonnement à être purgées simultanément. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de l'accusé sans rédiger ni inscrire de motifs. La permission d'interjeter appel à cette Cour fut accordée sur la question de savoir:

si l'accusé, ayant été déclaré coupable de viol, devait à l'égard du seul et même acte être également reconnu coupable d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans qui n'est pas son épouse.

Je dois dire que le point que soulève cette question n'a pas été soulevé dans les cours d'instance inférieure.

Sections 143 and 146(1), as amended by 1972 (Can.), c. 13, s. 70, reads as follows:

143. A male person commits rape when he has sexual intercourse with a female person who is not his wife,

(a) without her consent, or

(b) with her consent if the consent

(i) is extorted by threats or fear of bodily harm,

(ii) is obtained by personating her husband, or

(iii) is obtained by false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act.

146. (1) Every male person who has sexual intercourse with a female person who

(a) is not his wife, and

(b) is under the age of fourteen years,

whether or not he believes that she is fourteen years of age or more, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

The punishment for rape is prescribed by s. 144 which, as also amended by 1972 (Can.), c. 13, s. 70, reads now as follows:

Every one who commits rape is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

At the material time, so far as the charges against the accused were concerned, the punishments provisions for the two offences also included liability to be whipped. Section 140 is material to the definition of the offence under s. 146(1) in providing that the fact that there was consent to the commission of the offence is not a defence.

It is common ground that unlawful carnal knowledge under s. 146(1) is not an included offence on a charge of rape. Indeed, it could not be because s. 146(1) embraces two situations, one of which has all the ingredients of rape but is in respect of a female under age fourteen, and the second is inconsistent with rape in that there is consent. In a case therefore where there has

L'article 143 et le par. (1) de l'art. 146, modifié par l'art. 70 du c. 13 des statuts (Can.) de 1972, se lisent comme suit:

143. Une personne du sexe masculin commet un viol en ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse,

a) sans le consentement de cette personne du sexe féminin, ou

b) avec le consentement de cette dernière, si le consentement

(i) est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles,

(ii) est obtenu en se faisant passer pour son époux, ou

(iii) est obtenu par de fausses et frauduleuses représentations sur la nature et le caractère de l'acte.

146. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

a) qui n'est pas son épouse, et

b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non agée de quatorze ans ou plus.

La punition prévue pour le viol est prescrite par l'art. 144, lequel, également modifié par l'art. 70 du c. 13 des statuts de 1972, se lit comme suit:

Quiconque commet un viol est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.

A l'époque pertinente, en ce qui a trait aux accusations portées contre l'inculpé, les dispositions punitives visant les deux infractions prévoyaient la passibilité d'une condamnation à la peine du fouet. L'article 140 a une portée sur la définition de l'infraction visée au par. (1) de l'art. 146, car il édicte que le consentement à la perpétration de l'infraction ne constitue pas un moyen de défense.

Il est admis de part et d'autre que les rapports sexuels illicites visés par l'art. 146, par. (1), ne constituent pas une infraction incluse lors d'une inculpation pour viol. En effet, ils ne pourraient l'être parce que le paragraphe (1) de l'art. 146 embrasse deux situations, dont l'une a tous les éléments du viol mais concerne une personne du sexe féminin qui a moins de quatorze ans, et la

been sexual intercourse with a girl under age fourteen and the question of consent is in issue (the burden being on the Crown on a charge of rape to negative it beyond a reasonable doubt), it is entirely understandable that the Crown would seek to indict an accused on two counts, as in the present case. Where the jury brings in a verdict of guilty on the first count of rape, there being only one act of sexual intercourse involved with the same girl, it has perforce found that the sexual intercourse was without consent and there can be no finding of guilt on the second count on the basis of consent, albeit this is not a defence. It is said, however, that there is no inconsistency in finding the accused guilty under s. 146(1) simply on the basis of the verdict of guilty of rape; such a finding, it is contended, merely fastens on that aspect of s. 146(1) which I described as paralleling all the ingredients of rape but in respect of a female under age fourteen.

It is plain, of course, that Parliament has defined two offences in ss. 143 and 146(1), but there is an overlap in the sense that one embraces the other when the sexual intercourse has been with a girl under age fourteen without her consent. It is my view that in such a case, if the accused has been charged, first, with rape and, secondly, with a s. 146(1) offence, and there is a verdict of guilty of rape, the second charge falls as an alternative charge and the jury should be so directed. Correlatively, however, the jury should also be directed that if they find the accused not guilty of rape they may still find him guilty under s. 146(1) where sexual intercourse with a girl under age fourteen has been proved.

The rationale of my conclusion that the charges must be treated as alternative if there is

seconde est incompatible avec le viol puisqu'il y a consentement. Donc, lorsqu'il s'agit de rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans et que la question de consentement se pose (dans une accusation de viol, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y en a pas eu), il est tout à fait compréhensible que le ministère public veuille inculper sous deux chefs d'accusation, comme c'est ici le cas. Quand le jury rend un verdict de culpabilité sur le premier chef, soit le viol, lorsqu'il n'est question que d'un seul acte de rapports sexuels avec la même jeune fille, il conclut forcément que les rapports sexuels ont eu lieu sans le consentement de cette dernière et il ne peut y avoir de verdict de culpabilité sur le second chef sur la base du consentement, bien que cela ne soit pas un moyen de défense. On dit, cependant, qu'il n'y a pas d'incompatibilité à trouver l'accusé coupable en vertu du par. (1) de l'art. 146 simplement en se fondant sur le verdict de culpabilité de viol; une telle conclusion, prétend-on, s'accroche seulement à cet aspect du par. (1) de l'art. 146 que j'ai décrit comme réunissant tous les éléments du viol mais en ce qui concerne une personne du sexe féminin qui a moins de quatorze ans.

Il est clair, bien entendu, que le Parlement a défini deux infractions aux art. 143 et 146 (1), mais il y a recoupement en ce sens que l'une embrasse l'autre quand les rapports sexuels ont eu lieu avec une jeune fille de moins de quatorze ans sans son consentement. Je suis d'avis que dans un tel cas, si l'accusé est d'abord inculqué de viol et, ensuite, d'une infraction prévue à l'art. 146, par. (1), et si un verdict de culpabilité de viol est rendu, la seconde inculpation tombe comme inculpation de remplacement et il faut en instruire le jury. Corrélativement, toutefois, il faut aussi dire au jury que s'il trouve l'accusé non coupable de viol il peut encore le trouver coupable d'une infraction prévue à l'art. 146, par. (1), lorsque des rapports sexuels avec une fille de moins de quatorze ans ont été prouvés.

Ce qui motive ma conclusion que les inculpations doivent être traitées comme offrant un

a verdict of guilty of rape on the first count, that there should not be multiple convictions for the same delict against the same girl, has a long history in the common law. A convenient beginning is with the maxim expressed in *Hudson v. Lee*¹³, at p. 990, "nemo debet bis puniri pro uno delicto", which although framed in terms of double punishment, has come to be understood as directed also against double or multiple convictions; in short, *nemo bis vexari* as well as *nemo bis puniri*. This was exemplified in the unanimous judgment of this Court in *Cox and Paton v. The Queen*¹⁴, which involved, *inter alia*, convictions of the accused on two counts, numbered (1) and (3), for conspiracy to steal and conspiracy to defraud, both relating to the same money and securities. Cartwright J., as he then was, speaking for this Court, held that the Manitoba Court of Appeal had properly quashed one of the convictions. He put the matter in these words (at p. 516):

The reason that the convictions on counts 1 and 3 cannot both be supported is not that they are "mutually destructive", as was said of the counts in *R. v. Mills* [1959] Cr.L.Rev. 662, but rather that if both were allowed to stand the accused would in reality be convicted twice of the same offence. It is the same conspiracy which is alleged in the two counts and it would be contrary to law that the accused should be punished more than once for the same offence.

Of course, in a strict sense, *Cox and Paton* was no more a case of multiple convictions for the same offence than is the present case. Rather it was a case, as is the present one, of multiple convictions for the same matter. It is clear to me that in the context of the decision in *Cox and Paton* the word "offence" was used in

choix si un verdict de culpabilité de viol est rendu sur le premier chef, qu'il ne doit pas y avoir de déclarations de culpabilité multiples pour le même délit perpétré contre la même adolescente, remonte loin dans l'histoire de la *common law*. Il convient de commencer avec l'adage exprimé dans l'arrêt *Hudson v. Lee*¹³ à la p. 990, «nemo debet bis puniri pro uno delicto», adage qui, même s'il est formulé en termes de double punition, en est venu à être compris comme dirigé aussi contre les déclarations de culpabilité doubles ou multiples; bref, *nemo bis vexari* aussi bien que *nemo bis puniri*. C'est ce qu'illustre le jugement unanime de cette Cour dans l'affaire *Cox et Paton c. La Reine*¹⁴, qui portait, entre autres choses, sur des déclarations de culpabilité prononcées contre l'inculpé sur deux chefs d'accusation, numérotés (1) et (3), de complot en vue de commettre un viol et de complot en vue de frauder, lesquels avaient tous deux trait aux mêmes deniers et aux mêmes valeurs. M. le Juge Cartwright, alors juge puîné, parlant au nom de cette Cour, a conclu que c'était à bon droit que la Cour d'appel du Manitoba avait invalidé l'une des déclarations de culpabilité. Il a exposé la chose en ces termes (à la p. 516):

[TRANSLATION] La raison pour laquelle les déclarations de culpabilité prononcées sur les chefs 1 et 3 ne peuvent être maintenues toutes les deux n'est pas qu'elles «se détruisent mutuellement», comme on l'a dit des chefs qui étaient en cause dans l'affaire *R. v. Mills* (1959) Cr. L. Rev. 662, mais plutôt que, si on les laissait subsister toutes les deux, l'accusé serait en réalité déclaré coupable deux fois pour la même infraction. C'est le même complot qui est allégué dans les deux chefs d'accusation et il serait contraire à la loi de punir l'accusé plus d'une fois pour la même infraction.

Évidemment, dans un sens strict, l'affaire *Cox et Paton* n'était pas plus un cas de déclarations de culpabilité multiples pour la même infraction que ne l'est la présente espèce. Il s'agissait plutôt, comme ici, de déclarations de culpabilité multiples pour la même chose. Pour moi, il est clair que dans le contexte de la décision *Cox et*

¹³ (1589), 4 Co. Rep. 43a, 76 E.R. 989.

¹⁴ [1963] S.C.R. 500.

¹³ (1589), 4 Co. Rep. 43a, 76 E.R. 989.

¹⁴ [1963] R.C.S. 500.

the sense attributed to it by Pollock B. in *The Queen v. Miles*¹⁵ at p. 436, where he said:

At the trial it was proved on behalf of the prisoner, and admitted by counsel for the prosecution, that the first four counts of the indictment referred to the same matter as the offence mentioned in the record. In substance, therefore, the plea and the evidence establish that there was but one offence, and that the acts done by the defendant in respect of which he was convicted, by whatever legal name they might be called, were the same as those to which the indictment referred, and therefore the rule of law *Nemo debet bis puniri pro uno delicto* applies, and if the prisoner were guilty of the modified crime only he could not be guilty of the same acts with the addition of malice and design.

That case involved a charge of wounding laid under a statute. There had been a previous conviction for assault at common law, and although the offences were different it was held that the accused could not be convicted again for the same matter. Reference was made to *The Queen v. Miles* by Humphreys J. in *Rex v. Thomas*¹⁶, at p. 30 as follows:

The accused entered a plea in bar in which he alleged that the assault of which he had been convicted previously and the wounding and battery in the first four counts of the indictment, were one and the same assault and battery and not other and different. The Court for the Consideration of Crown Cases Reserved upheld the appellant's plea, which they regarded as an informal plea of autrefois convict, and it is important to examine the reasons why they so held. All the judges considered that the plea and the evidence established that there was one offence only committed by the accused. It was one and the same assault, although in three of the counts that assault was alleged to have been accompanied by circumstances of aggravation.

Blackburn J. had earlier expressed a similar

¹⁵ (1890), 24 Q.B.D. 423.

¹⁶ [1950] 1 K.B. 26.

Paton le mot «infraction» a été utilisé dans le sens que lui a attribué le Baron Pollock dans l'arrêt *The Queen v. Miles*¹⁵ à la p. 436:

[TRADUCTION] Au procès il a été prouvé au nom de l'accusé, et reconnu par l'avocat du poursuivant, que les quatre premiers chefs de l'acte d'accusation ont trait à la même chose que l'infraction mentionnée au dossier. En substance, par conséquent, le moyen et la preuve établissent qu'il n'y avait qu'une seule infraction et que les actes pour lesquels le défendeur a été condamné, quel que soit le nom qu'on leur donne en droit, sont les mêmes que ceux mentionnés dans l'acte d'accusation, et par conséquent le principe de droit *nemo debet bis puniri pro uno delicto* s'applique, et si l'accusé était coupable du crime modifié seulement il ne pouvait pas être coupable des mêmes actes assortis de malice et d'intention.

Cette affaire-là portait sur une accusation d'avoir infligé des blessures, portée en vertu d'une loi. Il existait une condamnation antérieure pour voies de fait selon la *common law*, et même s'il s'agissait d'infractions différentes il a été statué que l'accusé ne pouvait pas être condamné de nouveau pour la même chose. M. le Juge Humphreys s'est référé à l'affaire *The Queen v. Miles* dans l'arrêt *Rex v. Thomas*¹⁶, à la p. 30, comme suit:

[TRADUCTION] L'accusé a opposé un moyen d'irrecevabilité (*plea in bar*), alléguant que les voies de fait dont il avait été trouvé coupable antérieurement et les coups et blessures dont font état les quatre premiers chefs de l'acte d'accusation, étaient les seules et mêmes voies de fait et coups et n'étaient ni autres, ni différents. La *Court for the Consideration of Crown Cases Reserved* a retenu le moyen de l'appelant, qu'elle a considéré comme équivalant à un plaidoyer d'autrefois convict offert sans les formalités habituelles, et il est important d'examiner les motifs pour lesquels elle en a ainsi conclu. Tous les juges ont estimé que le moyen et la preuve établissaient que l'accusé n'avait commis qu'une seule infraction. Il s'agissait des seules et mêmes voies de fait, même si dans trois des chefs d'accusation on alléguait que ces voies de fait s'assortissaient de circonstances aggravantes.

M. le Juge Blackburn avait antérieurement

¹⁵ (1890), 24 Q.B.D. 423.

¹⁶ [1950] 1 K.B. 26.

view in his judgment in *Wemyss v. Hopkins*¹⁷ at p. 381 when he said (in respect of a case where there were successive prosecutions under different statutes):

I think the fact that the appellant had been convicted by justices under one Act of Parliament for what amounted to an assault is a bar to a conviction under another Act of Parliament for the same assault. The defence does not arise on a plea of *autrefois convict*, but on the well-established rule at common law, that where a person has been convicted and punished for an offence by a Court of competent jurisdiction, *transit in rem judicatam*, that is, the conviction shall be a bar to all further proceedings for the same offence, and he shall not be punished again for the same matter; otherwise there might be two different punishments for the same offence.

This statement was quoted with approval by Kellock J. in *The King v. Quon*¹⁸, at p. 519. In *Connelly v. Director of Public Prosecutions*¹⁹, Lord Pearce, at p. 1362 referred to *Wemyss v. Hopkins* and like cases for the proposition that "the court in its criminal jurisdiction retained a power to prevent a repetition of prosecutions even when it did not fall within the exact limits of the pleas in bar".

The pleas in bar are dealt with in ss. 535 to 537 and s. 743(2) of the *Criminal Code*. So far as *autrefois convict* is concerned, the relevant provisions, for present purposes, are ss. 536 and 537(1)(a) which speak, respectively, of "the identity of the charges" and, in that connection, "that the matter on which the accused was given in charge on the former trial is the same in whole or in part". This last quoted provision in s. 537(1)(a) suggests that, so far at least as successive prosecutions are involved, the plea of *autrefois convict* goes beyond strict identity of offences and is akin to *res judicata*. But even if the pleas of *autrefois* be narrowly construed,

exprimé un point de vue semblable dans le jugement qu'il avait rendu dans *Wemyss v. Hopkins*¹⁷, à la p. 381, (relativement à une affaire où des poursuites successives avaient été intentées en vertu de différentes lois):

[TRADUCTION] Je crois que le fait que l'appelant avait été condamné par des juges de paix en vertu d'une loi du Parlement pour ce qui équivaut à des voies de fait constitue un empêchement à une condamnation en vertu d'une autre loi du Parlement pour les mêmes voies de fait. Ce moyen de défense ne peut être soulevé sur la base d'un plaidoyer d'*autrefois convict*, il relève plutôt d'une règle consacrée en *common law* suivant laquelle lorsqu'une personne a été trouvée coupable d'une infraction et punie, par une cour compétente, alors *transit in rem judicatam*, c'est-à-dire: la condamnation empêche toute procédure subséquente intentée pour la même infraction et la personne ne peut être punie de nouveau pour la même chose; autrement, il y aurait possibilité de deux punitions différentes pour la même infraction.

M. le Juge Kellock a approuvé cet énoncé en le citant dans l'arrêt *Le Roi c. Quon*¹⁸, à la p. 519. Dans l'affaire *Connelly v. Director of Public Prosecutions*¹⁹, Lord Pearce, à la p. 1362, s'est reporté à l'arrêt *Wemyss v. Hopkins* et autres arrêts du genre pour étayer la proposition que [TRADUCTION] «la cour en sa juridiction criminelle a conservé le pouvoir d'empêcher une répétition de poursuites même lorsque cela ne s'insère pas dans le cadre exact des moyens d'irrecevabilité».

Il est traité des moyens d'irrecevabilité (*pleas in bar*) dans les art. 535 à 537 et dans l'art. 743, par. 2, du *Code criminel*. Pour ce qui est de l'*autrefois convict*, les dispositions pertinentes, pour les fins présentes, sont l'art. 536 et l'al. a) du par. (1) de l'art. 537, qui parlent, respectivement, de «l'identité des inculpations» et, à cet égard, de circonstances où «l'affaire au sujet de laquelle l'accusé a été remis entre les mains de l'autorité compétente lors du procès antérieur est la même, en totalité ou en partie». Cette dernière citation tirée de l'al. a) du par. (1) de l'art. 537 donne à entendre que, au moins dans la mesure où des poursuites successives sont en

¹⁷ (1875), L.R. 10 Q.B. 378.

¹⁸ [1948] S.C.R. 508.

¹⁹ [1964] A.C. 1254.

¹⁷ (1875), L.R. 10 Q.B. 378.

¹⁸ [1948] R.C.S. 508.

¹⁹ [1964] A.C. 1254.

res judicata as a common law defence to a charge is preserved by s. 7(2) of the *Criminal Code*.

In my view, the term *res judicata* best expresses the theory of precluding multiple convictions for the same delict, although the matter is the basis of two separate offences. In *Studies in Criminal Law* (1964) by Morris and Howard, the authors in an essay entitled *Res Judicata in the Criminal Law*, at p. 252, say that "*res judicata* as a general principle concerns itself only with the question whether an issue has been decided not with the question in whose favour the decision went". Although *transit in rem judicatam*, as used by Blackburn J. in *Wemyss v. Hopkins*, *supra*, is more appropriate to a plea of *autrefois acquit* or issue estoppel, it is clear that he was concerned with a matter more akin to double jeopardy and *autrefois convict*, as was Cartwright J. in the *Cox and Paton* case. Where there has been a previous conviction of an accused, whether in a former trial or on one count of a multicount indictment, issue estoppel is obviously an inappropriate term to urge against a further conviction of another offence. So too would be *autrefois convict* in its strict connotation; hence, the utility of *res judicata*.

On this view, nothing is added or subtracted by s. 11 of the *Criminal Code* which reads as follows:

Where an act or omission is an offence under more than one Act of the Parliament of Canada, whether punishable by indictment or on summary conviction, a person who does the act or makes the omission is,

cause, le moyen de défense d'autrefois convict va au delà de la stricte identité des infractions et s'apparente à la chose jugée (*res judicata*). Mais même si l'on interprète strictement les moyens de défense d'autrefois acquit ou autrefois convict, la chose jugée, en tant que moyen de défense de *common law* contre une accusation, est conservée par l'art. 7, par (2), du *Code criminel*.

A mon avis, l'expression «chose jugée» est celle qui exprime le mieux la théorie qui empêche des condamnations multiples pour le même délit, même si la chose ou affaire sert de fondement à deux infractions distinctes. Dans *Studies in Criminal Law* (1964) de Morris et Howard, les auteurs, dans une étude intitulée *Res judicata in the Criminal Law*, à la p. 252, disent que [TRADUCTION] «en tant que thèse générale la chose jugée s'attache uniquement à la question de savoir si une question a été décidée, et non à celle de savoir en faveur de qui elle l'a été». Même si le brocard *transit in rem judicatam* employé par le Juge Blackburn dans l'affaire *Wemyss v. Hopkins*, précitée, convient davantage à l'autrefois acquit ou à l'irrecevabilité à remettre en cause une question (*issue estoppel*), il est clair que le juge, tout comme M. le Juge Cartwright dans l'affaire *Cox et Paton*, se penchait sur une question s'apparentant davantage à une dualité de poursuites pour un même fait et à l'autrefois convict. Lorsqu'il y a eu condamnation antérieure d'un inculpé, lors d'un procès antérieur ou sur un chef contenu dans un acte d'accusation énonçant plusieurs chefs, *issue estoppel* est évidemment un terme impropre lorsqu'on veut empêcher une déclaration de culpabilité supplémentaire pour une autre infraction. Il en est de même pour l'expression autrefois convict dans sa connotation stricte; d'où, l'utilité de «chose jugée».

A ce point de vue, l'art. 11 suivant du *Code criminel* n'ajoute ni n'enlève rien:

Lorsqu'un acte ou une omission constitue une infraction visée par plus d'une loi du Parlement du Canada, qu'elle soit punissable par voie d'acte d'accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, une

unless a contrary intention appears, subject to proceedings under any of those Acts, but is not liable to be punished more than once for the same offence.

This provision had its origin, as a general provision, in *An Act respecting Punishments, Pardons and the Commutation of Sentences*, R.S.C. 1886, c. 181, s. 3 where it was as follows:

Whenever any offender is punishable under two or more Acts or two or more sections of the same Act, he may be tried and punished under any of such Acts or sections, but no person shall be twice punished for the same offence.

The above-quoted s. 3 was an amalgam of earlier legislation having a particular application and found in *The Offences against the Person Act*, 1869 (Can.), c. 20, ss. 40 and 41, *The Wreck and Salvage Act*, 1873 (Can.), c. 55, s. 33, and *The Breaches of Contract Act*, 1877 (Can.), c. 35, s. 6. It was carried literally into the first *Criminal Code*, 1892 (Can.), c. 29, s. 933, but in the 1906 revision it underwent a change to conform with s. 33 of the *United Kingdom Interpretation Act*, 1889 (U.K.), c. 63. The present s. 11 of the *Criminal Code* is in substance a reenactment of the United Kingdom s. 33, but with a slight alteration in language. In its material terms, it conforms to the comparable United Kingdom section. I find it a curious provision because in its opening words ("where an act or omission is an offence under more than one Act . . .") it appears to reflect the maxim *nemo bis vexari*, and yet in its concluding words ("not liable to be punished more than once for the same offence") it reflects the maxim *nemo debet bis puniri pro uno delicto*:

Humphreys J. in *Rex v. Thomas*, *supra*, insisted on a literal application of those concluding words, rejecting a text-book gloss on them as embracing "act" and "cause" as well as "offence" in the strict sense. I do not think that his illustration of successive successful prosecu-

personne qui accomplit l'acte ou fait l'omission devient, à moins que l'intention contraire ne soit manifeste, assujettie aux procédures que prévoit l'une quelconque de ces lois, mais elle n'est pas susceptible d'être punie plus d'une fois pour la même infraction.

Cette disposition prend son origine, comme disposition générale, dans l'*Acte concernant les peines, pardons et commutations de sentences*, S.R.C. 1886, c. 181, art. 3, où il était conçu comme suit:

Si un délinquant peut être puni en vertu de deux actes ou plus, ou en vertu de deux articles ou plus du même acte, il pourra être jugé et puni sous l'empire de l'un ou l'autre de ces actes ou articles; mais nul ne sera puni deux fois pour le même crime ou délit.

L'art. 3, précité était un amalgame de textes antérieurs d'application particulière que l'on retrouvait dans l'*Acte concernant les offences contre la Personne*, 1869 (Can.), c. 20, art. 40 et 41, l'*Acte concernant les naufrages et le sauvetage*, 1873 (Can.), c. 55, art. 33, et l'*Acte concernant les violations de contrat*, 1877 (Can.), c. 35, art. 6. Il a été incorporé à la lettre dans le premier *Code criminel*, 1892 (Can.), c. 29, art. 933, mais dans la révision effectuée en 1906 il a subi un changement pour se conformer à l'art. 33 de l'*United Kingdom Interpretation Act*, 1889 (R.-U.), c. 63. L'article 11 actuel du *Code criminel* est fondamentalement une réadoption de l'art. 33 du Royaume-Uni, mais avec une légère modification dans l'énoncé. Dans ses termes essentiels, il se conforme à l'article assimilable de la loi du Royaume-Uni. Je trouve qu'il s'agit là d'une disposition bizarre parce que dans ses premiers mots («lorsqu'un acte ou une omission constitue une infraction visée par plus d'une loi . . .») il paraît refléter le principe de droit *nemo bis vexari*, et cependant dans les mots qui le terminent («n'est pas susceptible d'être punie plus d'une fois pour la même infraction») il reflète l'adage *nemo debet bis puniri pro uno delicto*.

M. le Juge Humphreys, dans l'affaire *Rex v. Thomas*, précitée, a insisté sur l'application littérale de ces derniers mots de l'article, refusant une interprétation doctrinale voulant qu'ils embrassent «acte» et «cause» tout autant que «infraction» au sens propre. Je ne crois pas que

tions for assault and for manslaughter (after the assault victim dies), as shown in *Regina v. Morris*²⁰, is a convincing support for reading s. 33 with literal emphasis on its concluding words and no emphasis on its opening words. That situation and the one that was presented in *Rex v. Thomas* itself (conviction of wounding with intent to murder, followed by an indictment for murder when the victim dies) can stand on their own without warranting a restrictive reading of the English s. 33 and our s. 11. The ensuing death brings into view a new relevant element not present when the first conviction occurred. That is not so in the case at bar. I would note, further, that if manslaughter and assault were charged in the same indictment the accused could not be convicted of both because of the included offence rule.

I cannot view s. 11 as modifying the scope of *res judicata*, let alone the scope of the pleas of *autrefois* as defined in ss. 535 to 537 of the *Criminal Code*. The relevant inquiry so far as *res judicata* is concerned is whether the same cause or matter (rather than the same offence) is comprehended by two or more offences. Moreover, it cannot be the case that if an accused is tried on several counts charging different offences, he is liable to be convicted and sentenced on each count, and yet if he was tried and convicted on one only he would be entitled to set up the defence of *res judicata* as a defence to other charges arising out of the same cause or matter.

Although there have been cases where multiple convictions were registered, when in substance only one "crime" has been committed, refusal to interfere on appeal was justified on

l'illustration qu'il a donnée d'un cas, rapporté dans l'arrêt *Regina v. Morris*²⁰, où des poursuites consécutives pour voies de fait et pour homicide involontaire coupable (après le décès de la victime des voies de fait) avaient été couronnées de succès, étaye de façon convaincante une interprétation de l'art. 33 qui insiste sur le sens propre des derniers mots de l'article et ne le fait pas pour les premiers mots. Cette situation et celle que présentait l'affaire *Rex v. Thomas* même (déclaration de culpabilité d'avoir blessé avec l'intention de tuer, suivie d'une mise en accusation pour meurtre lorsque la victime est décédée) peuvent se défendre par elles-mêmes, sans nécessité d'une interprétation restrictive de l'art. 33 de la loi anglaise et de l'art. 11 de la nôtre. Le décès subséquent fait ressortir un nouvel élément pertinent qui n'était pas présent au moment de la première condamnation. Il n'en est pas ainsi en la présente espèce. Je signale, en outre, que si l'homicide involontaire coupable et les voies de fait figuraient dans le même acte d'accusation, l'inculpé ne saurait être trouvé coupable des deux à cause de la règle de l'infraction incluse.

Je suis incapable de voir que l'art. 11 modifie la portée de la chose jugée, sans parler de la portée des plaidoyers d'autrefois acquit et autrefois convict définis dans les art. 535 à 537 du *Code criminel*. La question pertinente pour ce qui est de l'autorité de la chose jugée est de savoir si la même cause ou chose (plutôt que la même infraction) se trouve comprise dans deux infractions ou plus. En outre, il ne se peut pas que si un accusé subit son procès sous plusieurs chefs l'inculpant d'infractions différentes, il est susceptible d'être trouvé coupable et puni sur chaque chef, alors que s'il subissait son procès sous un seul et était déclaré coupable il aurait le droit d'invoquer l'autorité de la chose jugée comme moyen de défense contre d'autres inculpations découlant de la même cause ou chose.

Bien qu'il y ait eu des cas où on a inscrit des déclarations de culpabilité multiples quand en substance un seul «crime» avait été commis, les cours d'appel ont justifié leur refus d'intervenir

²⁰ (1867), L.R. 1 C.C.R. 90.

²⁰ (1867), L.R. 1 C.C.R. 90.

the "no substantial wrong" basis because only one sentence was imposed: see *Rex v. Lockett*²¹, *Kelly v. The King*²². The better practice, however, is to avoid multiple convictions, as was done in the *Cox and Paton* case, and earlier by the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Siggins*²³, which relied on the opinion of Kellock J. in *The King v. Quon, supra*. *Siggins* was a not uncommon case of charging an alleged thief, found in possession of stolen goods, with both theft and unlawful possession. It was there said (at p. 285) that

The Crown is entitled to lay both charges against him, but at the trial, if the jury convict of theft they should not convict on the charge of unlawful possession. If they acquit on the charge of theft they may then consider and, if they see fit to do so, convict on the charge of unlawful possession.

In short, in relation to potentially multiple convictions, it is important to know the verdict on the first count, just as in the case of successive prosecutions it is important to know the result of the first trial: see Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 94.

If there is a verdict of guilty on the first count and the same or substantially the same elements make up the offence charged in a second count, the situation invites application of a rule against multiple convictions: see *Connelly v. Director of Public Prosecutions*²⁴, at pp. 1305 and 1308, per Lord Morris of Borth-y-Gest; cf. *Rex v. Kendrick and Smith*²⁵.

I test the matter in two other ways. If an accused may be charged on two counts, as in the present case, and may properly be found guilty on each for the one act of sexual intercourse with the same girl, it should be open to the Crown to charge him successively in the

par l'absence de «tort important» du fait qu'une seule peine avait été imposée: voir *Rex v. Lockett*²¹, *Kelly c. Le Roi*²². Le mieux, cependant, est d'éviter les déclarations de culpabilité multiples, comme on l'a fait dans l'affaire *Cox et Paton* et comme l'avait fait auparavant, dans l'arrêt *Regina v. Siggins*²³, la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait trouvé un appui dans l'avis exprimé par M. le Juge Kellock dans l'arrêt *Le Roi c. Quon*, précité. L'arrêt *Siggins* concerne un de ces cas assez fréquents où un présumé voleur, trouvé en possession d'effets volés, est accusé à la fois de vol et de possession illégale. On y déclare (à la p. 285) que

[TRADUCTION] La Couronne a le droit de porter ces deux accusations contre lui mais, au procès, le jury ne doit pas, s'il rend un verdict de vol, rendre un verdict de possession illégale. Si le jury prononce un verdict d'acquiescement sur l'accusation de vol, il peut délibérer et, s'il le juge à propos, trouver coupable, sur l'accusation de possession illégale.

En bref, lorsqu'il y a possibilité de déclarations de culpabilité multiples, il importe de connaître le verdict relatif au premier chef, tout comme, dans le cas de poursuites consécutives, il importe de connaître le résultat du premier procès: voir Friedland, *Double Jeopardy* (1969), à la p. 94.

Si un verdict de culpabilité est rendu sur le premier chef et que les mêmes éléments, ou fondamentalement les mêmes, constituent l'infraction imputée dans le second chef, la situation invite l'application d'une règle s'opposant aux condamnations multiples: voir *Connelly v. Director of Public Prosecutions*²⁴, aux pp. 1305 et 1308, par Lord Morris of Borth-y-Gest; cf. *Rex v. Kendrick and Smith*²⁵.

Je juge la question d'après deux autres critères. Si un accusé peut être inculpé sur deux chefs, comme c'est ici le cas, et être à bon droit trouvé coupable sur chacun d'eux pour un seul acte de rapports sexuels avec la même jeune fille, il doit être loisible au ministère public de

²¹ [1914] 2 K.B. 720.

²² (1916), 54 S.C.R. 220.

²³ [1960] O.R. 284.

²⁴ [1964] A.C. 1254.

²⁵ (1931), 23 Cr. App. R. 1.

²¹ [1914] 2 K.B. 720.

²² (1916), 54 R.C.S. 220.

²³ [1960] O.R. 284.

²⁴ [1964] A.C. 1254.

²⁵ (1931), 23 Cr. App. R. 1.

same way. If it obtains a verdict of guilty of rape it should be entitled to prefer another charge under s. 146(1) in order to obtain another verdict of guilty and seek a further consecutive sentence. Yet it seems clear enough that on the second charge, *res judicata* would be a complete defence since all the elements and facts supporting the conviction of rape would necessarily be the same under s. 146(1). Moreover, since the occurrence involved a proved negation of consent, there could be no conviction under the second aspect of s. 146(1) when there has been a conviction of rape.

In saying that *res judicata* (as an expression broader than *autrefois convict*) would be a complete defence, I am applying the *bis vexari* principle against successive prosecutions, a principle that, according to Morris and Howard, in the essay mentioned earlier, is grounded on the Court's power to protect an individual from an undue exercise by the Crown of its power to prosecute and punish.

The second test is to reverse the order of the counts in the present case. If on the first charge of an offence under s. 146(1) the jury brings in a verdict of guilty, it would be inconsistent to find an accused guilty on a second count of rape because there may have been consent; and even if not, the considerations underlying *res judicata* would preclude a verdict of guilty of rape. Of course, if on a first count under s. 146(1) the accused was found not guilty, there could obviously be no finding of guilty of rape unless on the basis that the girl involved was over age fourteen; apart from that, there has been either no sexual intercourse proved even if there was no consent, or there has been no sexual intercourse proved albeit there was consent.

l'inculper consécutivement de la même façon. Si le ministère public obtient un verdict de culpabilité de viol, il doit avoir le droit de porter une autre accusation sous le régime de l'art. 146, par. (1), afin d'obtenir un autre verdict de culpabilité, et de chercher à faire prononcer une peine consécutive. Pourtant, il semble assez évident que sur la seconde accusation, l'autorité de la chose jugée constitue un moyen de défense complet puisque tous les éléments et faits étayant la déclaration de culpabilité de viol sont nécessairement les mêmes sous le régime de l'art. 146, par. (1). En outre puisque le fait délictueux a comporté un refus de consentement établi, il ne s'aurait y avoir de déclaration de culpabilité sur le second aspect du par. (1) de l'art. 146 lorsqu'il y a eu condamnation pour viol.

En disant que la chose jugée (une expression plus large que l'expression *autrefois convict*) constituerait un moyen de défense complet, j'applique le principe *bis vexari* contre les poursuites consécutives, un principe qui, d'après Morris et Howard, dans l'étude précitée, a sa source dans le pouvoir qu'a la cour de protéger une personne contre l'abus du pouvoir de poursuivre et de punir que possède le ministère public.

Le second critère est de renverser l'ordre des chefs d'accusation dans la présente affaire. Si sur une première inculpation relative à l'infraction visée par le par. (1) de l'art. 146 le jury rend un verdict de culpabilité, il serait illogique de trouver l'accusé coupable sur un second chef l'inculpant de viol, parce qu'il a pu y avoir consentement; et même dans le cas contraire, les considérations sous-jacentes au moyen de défense de chose jugée interdiraient un verdict de culpabilité de viol. Bien entendu, si sur un premier chef d'accusation porté en vertu de l'art. 146, par. (1), l'accusé était déclaré non coupable, il ne pourrait évidemment pas être trouvé coupable de viol si ce n'est pour le motif que la jeune fille en cause avait plus que quatorze ans; en dehors de cela, de deux choses l'une: il n'y a pas eu de rapports sexuels prouvés même s'il n'y a pas eu consentement, ou il

Parliament's power to constitute two separate offences out of the same matter is not in question, but unless there is a clear indication that multiple prosecutions and, indeed, multiple convictions are envisaged, the common law principle expressed in the *Cox and Paton* case should be followed. Neither the definitions of the respective offences nor their history gives any support to the view that that common law principle has been ousted. The limits of punishment are the same, and I have already spoken of the ingredients of the respective offences. As a matter of history, the present s. 146(1) has its origin in s. 269 of the original *Criminal Code* 1892 (Can.), c. 29, which used the phrase "carnally knows" instead of "sexual intercourse" both for that offence and for rape. Section 269 was taken from s. 39 of the *Offences against the Person Act*, R.S.C. 1886, c. 162 which, as amended by 1890 (Can.), c. 37, s. 12 raised the age ingredient from ten years to fourteen and added whipping to the prescribed punishment of a term for life or for not less than five years. When the *Offences against the Person Act* was first enacted in Canada by 1869, c. 20, carnal knowledge of a girl under ten was a capital offence under s. 51, as was rape; but, unlike rape, which remained a capital offence until the enactment of 1953-1954 (Can.), c. 51, s. 136 (although whipping was added in 1921 to the alternative maximum punishment of life imprisonment), the maximum punishment for unlawful carnal knowledge was changed to a life term by 1877 (Can.), c. 28, s. 2.

If any conclusion can be drawn from this short history, it is that carnal knowledge of a victim under age ten, and later under age fourteen, with its lesser punishment after 1877 (and until that for rape was changed), was regarded

n'y a pas eu de rapports sexuels prouvés quoiqu'il y ait eu consentement.

Le pouvoir du Parlement de créer deux infractions distinctes à propos de la même chose n'est pas contesté, mais à moins d'une indication claire qu'on a en vue des poursuites multiples et, il va de soi, des condamnations multiples, le principe de *common law* énoncé dans l'arrêt *Cox et Paton* doit être suivi. Ni les définitions, ni l'historique des infractions respectives n'étaient la conclusion que ce principe de *common law* a été écarté. Les limites de peine sont les mêmes, et j'ai déjà parlé des éléments constitutifs des infractions respectives. Parlant d'historique, l'actuel par. (1) de l'art. 146 prend sa source dans l'art. 269 du premier *Code criminel*, 1892 (Can.), c. 29, qui s'est servi de l'expression «à un commerce charnel» au lieu de «rapports sexuels» à la fois pour cette infraction-là et pour le viol. L'article 269 est tiré de l'art. 39 de l'*Acte concernant les crimes et délits contre les personnes*, S.R.C. 1886, c. 162 qui, modifié par 1890 (Can.), c. 37, art. 12, a porté de dix à quatorze ans l'âge maximum pour qu'il y ait infraction et ajouté la peine du fouet à la punition prescrite d'emprisonnement à perpétuité ou pour une période d'au moins cinq ans. Lorsque l'*Acte concernant les crimes et délits contre les personnes* fut adopté pour la première fois au Canada par le c. 20 des statuts de 1869, le commerce charnel avec une jeune fille âgée de moins de dix ans constituait un crime punissable de mort en vertu de l'art. 51, tout comme le viol; mais, contrairement au viol, qui est demeuré un crime punissable de mort jusqu'à l'adoption de l'art. 136 du c. 51, 1953-54 (Can.)—bien que la peine du fouet ait été ajoutée en 1921 à la peine maximale de remplacement, l'emprisonnement à perpétuité—la peine maximale pour le commerce charnel illicite fut changée en incarcération pour la vie par 1877 (Can.), c. 28, art. 2.

Si une conclusion peut être tirée de ce bref historique, c'est que le commerce charnel avec une victime âgée de moins de dix ans, et plus tard de moins de quatorze ans, avec sa peine plus légère après 1877 (et jusqu'à ce que soit

as an alternative charge to rape, unnecessary where there was no consent (since age was not and is not a necessary averment in rape) but available where proof of want of consent could not be made or was doubtful. As a practical matter, this situation invited statutory reform to make it possible for a jury to return a verdict of guilty of unlawful carnal knowledge on a charge of rape of a girl under fourteen. In England, this situation was met by the *Criminal Law Amendment Act*, 1885 (U.K.), c. 69, s. 9, and similar enactments were made in the Australian States: see Howard, *Australian Criminal Law* (2nd ed. 1970), pp. 172-3. The English provision was continued under s. 37 of the *Sexual Offences Act*, 1956 (U.K.), c. 69, but was repealed by s. 10 and Schedule 3, s. 13(1)(d)(i) of the *Criminal Law Act*, 1967 (U.K.), c. 58; and see *Regina v. Hodgson*²⁶.

We have never had legislation of that kind in Canada, and hence we continue to be governed by the law as to included offences, which excludes a conviction under s. 146(1) on a charge of rape. *Rex v. Marcus and Richmond*²⁷, a judgment of the Ontario Appellate Division, is particularly illustrative. The accused was charged with rape the victim being a girl under age fourteen. There was some question at the trial whether the Crown proved want of consent, and the trial judge charged the jury, wrongly, that it was open to them to bring in a verdict of guilty of unlawful carnal knowledge of a girl under age fourteen. In setting aside the verdict and ordering a new trial on the charge of rape the Court added (at p. 166) that "it is probable that the Crown will see fit to lay a further charge based upon the provisions of sec.

changée la peine pour viol), était considéré, relativement au viol, comme une infraction de remplacement, inutile lorsqu'il n'y avait pas eu consentement (vu que l'âge n'était pas un élément à alléguer et ne l'est pas encore, en matière de viol) mais disponible lorsque la preuve de l'absence de consentement ne pouvait être faite ou était douteuse. Sur le plan pratique, cette situation invitait une réforme par voie législative qui rendrait possible à un jury de rendre un verdict de culpabilité de commerce charnel illicite sur une inculpation de viol d'une adolescente de moins de quatorze ans. En Angleterre, c'est l'art. 9 du *Criminal Law Amendment Act*, 1885 (Royaume-Uni), c. 69, qui a réglé cette situation et des dispositions législatives semblables furent adoptées dans les États australiens: voir Howard *Australian Criminal Law* (2^e éd. 1970), aux pp. 172-3. La disposition anglaise est demeurée en vigueur sous l'art. 37 du *Sexual Offences Act*, 1956 (Royaume-Uni), c. 69, mais elle fut abrogée par l'art. 10 et l'Annexe 3, art. 13, par. (1), al. d), sous al. (i) du *Criminal Law Act*, 1967 (Royaume-Uni), c. 58; et voir *Regina v. Hodgson*²⁶.

Nous n'avons jamais eu de législation du genre au Canada, et partant, nous continuons à être régis par les règles relatives aux infractions incluses qui excluent une déclaration de culpabilité en vertu du par. (1) de l'art. 146 lorsqu'il y a inculpation de viol. L'arrêt *Rex v. Marcus and Richmond*²⁷, rendu par la Division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario, en est un bon exemple. L'accusé était inculpé de viol, la victime étant âgée de moins de quatorze ans. On s'est demandé au procès si la Couronne avait prouvé l'absence de consentement, et le juge, à tort, a informé le jury qu'il lui était loisible de rendre un verdict de culpabilité de rapports sexuels illicites avec une jeune fille de moins de quatorze ans. En écartant le verdict et ordonnant un nouveau procès sous l'inculpation de viol, la Cour a ajouté (à la p. 166) que [TRADUCTION] «il est probable que la Couronne jugera bon de

²⁶ (1973), 57 Cr. App. R. 502.

²⁷ [1931] O.R. 164.

²⁶ (1973), 57 Cr. App. R. 502.

²⁷ [1931] O.R. 164.

301 [now s. 146(1)]”.

In the circumstances of the present case, the superadded element of age in s. 146(1) does not operate to distinguish unlawful carnal knowledge from rape. Age under fourteen is certainly material where consent to the sexual intercourse is present; but once that is ruled out, as it is in the present case, it becomes meaningless as a distinguishing feature of the offences of rape and unlawful carnal knowledge. No doubt, it can be taken into account on sentence under s. 146(1), but, equally, it can be considered under s. 143; and I can see no basis for departing from the principle under discussion if the age of the victim happens to be thirteen instead of fifteen when the maximum punishment is the same under both s. 143 and s. 146(1).

In the result, I would allow the appeal and quash the conviction for unlawful carnal knowledge under s. 146(1), and, of course, the concurrent sentence of ten years imposed in consequence of that conviction must also fall.

Appeal allowed, FAUTEUX C.J. and ABBOTT, MARTLAND and RITCHIE J.J. dissenting.

Solicitor for the appellant: J. D. Morton, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Ontario.

porter une accusation supplémentaire fondée sur les dispositions de l'art. 301 [maintenant l'art. 146, par. (1)]».

Dans les circonstances de l'espèce présente, l'élément surajouté que constitue l'âge à l'art. 146, par. (1), n'a pas pour effet de distinguer les rapports sexuels illicites du viol. Un âge inférieur à quatorze ans est certainement pertinent lorsqu'il y a eu consentement aux rapports sexuels; mais dès lors que cela est éliminé, comme c'est ici le cas, l'âge perd tout son sens en tant que trait distinctif de l'infraction de viol et de rapports sexuels illicites. Sans doute, on peut en tenir compte dans l'imposition de la peine sous le régime de l'art. 146, par. (1), mais, également, on peut le prendre en considération sous le régime de l'art. 143; et je ne vois aucun fondement à une dérogation au principe à l'étude s'il arrive que la victime ait treize ans au lieu de quinze, quand la peine maximale est la même en vertu de l'art. 143 et du par. (1) de l'art. 146.

En fin de compte, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'écarter la déclaration de culpabilité de rapports sexuels illicites prononcée en vertu du par. (1) de l'art. 146, et, naturellement, d'annuler aussi la sentence concomitante de dix ans d'emprisonnement imposée par suite de cette déclaration de culpabilité.

Appel accueilli, le JUGE EN CHEF FAUTEUX et les JUGES ABBOTT, MARTLAND et RITCHIE étant dissidents.

Procureur de l'appelant: J. D. Morton, Toronto.

Procureur de l'intimée: The Attorney General of Ontario.