

Edward Ralston Nicholson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1981: October 26; 1981: December 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Weapons offence — Sentencing — Use of firearm while committing indictable offence — First offence minimum sentence less than subsequent offence minimum sentence — Prior offence where accused not in personal possession of weapon occurring before offence created — Sentence to be imposed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83(1)(a),(d), (2), as amended.

The issue in this appeal was whether the consecutive sentence imposed on appellant for use of a firearm while committing an indictable offence was to be for a minimum one-year term for a first offence under *Criminal Code* s. 83(1)(c) or for a minimum three-year term for a second or subsequent offence under s. 83(1)(d). Accused's earlier conviction for being party to a robbery where a gun had been possessed and pointed by another person occurred before the enactment of s. 83. Appellant appealed the substitution by the Manitoba Court of Appeal of a three-year minimum term for the one-year minimum term given at trial.

Held: The Appeal should be dismissed.

Section 83(1)(d) applied to this case. The words of the section overcame any issue of retroactivity, even assuming that that issue would otherwise govern. Moreover, the words "in the course of which he used a firearm" could not be read so restrictively as to exclude the application of s. 21 where s. 21(1) defined who was a party to an offence, and s. 21(2) defined who were parties by engaging in a common unlawful purpose and carrying it out as defined. The *Code* generally defines offences in terms of those who commit them and the culpability of a person, such as a party under s. 21, has never been excluded except where the definition was

Edward Ralston Nicholson *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1981: 26 octobre; 1981: 1^{er} décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Infraction relative à une arme — Sentence — Utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Peine minimum pour une première infraction d'une moindre durée que celle applicable à une infraction subséquente — Perpétration, avant la création de l'infraction en cause, d'une infraction au cours de laquelle l'accusé n'avait pas été lui-même en possession d'une arme — Peine appropriée — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1)(a),d), (2), et modifications.

La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la peine consécutive infligée à l'appellant pour l'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel doit être d'une durée minimum d'un an pour une première infraction suivant l'al. 83(1)c) du *Code criminel* ou de trois ans pour une infraction subséquente à une première infraction, suivant l'al. 83(1)d). La déclaration de culpabilité antérieure de l'accusé pour avoir été partie à un vol qualifié au cours duquel une autre personne avait braqué sur quelqu'un une arme à feu qu'elle avait en sa possession, est intervenue avant que l'art. 83 ne soit adopté. L'appellant a fait appel de la substitution par la Cour d'appel du Manitoba d'une peine d'une durée minimum de trois ans à celle d'une durée minimum d'un an qu'on lui avait infligée au procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'alinéa 83(1)d) s'applique en l'espèce. Les mots de l'alinéa résolvent toute question d'effet rétroactif, à supposer même que cette question aurait d'autre part été déterminante. De plus, les mots «en employant une arme à feu lors de cette perpétration» ne peuvent recevoir une interprétation à ce point restrictive qu'ils excluent l'application de l'art. 21 qui précise, à son par. (1), qui est partie à une infraction et, à son par. (2), qui sont parties du fait d'avoir poursuivi ensemble une fin illégale, comme le prévoit cette disposition. Le *Code* en général définit les infractions en disant qui les commet et on n'a jamais exclu la culpabilité d'une personne, par exemple

clearly limited to those committing the offence. This limitation was not achieved by s. 83(1)(a) or (d).

Paquette v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 189, distinguished; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, referred to.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal¹, allowing an appeal from the sentence imposed at trial and substituting another. Appeal dismissed.

D. E. Bowman, for the appellant.

J. G. B. Dangerfield, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Although this appeal has some affinity with *McGuigan v. The Queen*, heard immediately before the present case, it is based on a much narrower and, indeed, on a very special ground. The accused pleaded guilty to a charge of robbery under *Criminal Code*, s. 302(d) (stealing while armed with an offensive weapon, a handgun) and also to a charge under s. 83(1)(a) of using a firearm while committing the indictable offence of robbery. He was sentenced to a term of four years on the robbery. A question then arose whether the consecutive sentence prescribed under s. 83(2) was to be a minimum one-year term as for a first offence under s. 83(1)(c) or a minimum three-year term as for a second or subsequent offence under s. 83(1)(d) or by reason of a prior offence committed before the enactment of s. 83(1)(d).

The issue arose in this way. In 1969, prior to the enactment of s. 83 (which came into force in 1978), the accused had been convicted as a party to an offence of robbery in which a gun had been

¹ [1980] 5 W.W.R. 115; (1980), 2 Man. R. (2d) 367, 52 C.C.C. (2d) 157.

une partie visée par l'art. 21, sauf lorsque la définition se limite clairement aux personnes qui commettent l'infraction. Ni l'al. 83(1)a) ni l'al. 83(1)d) ne crée pareille restriction.

Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; arrêt mentionné: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, qui a accueilli un appel de la sentence prononcée au procès et l'a remplacée par une autre. Pourvoi rejeté.

D. E. Bowman, pour l'appelant.

J. G. B. Dangerfield, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Bien que ce pourvoi ait une certaine affinité avec l'affaire *McGuigan c. La Reine*, entendue immédiatement avant la présente espèce, il est fondé sur un moyen beaucoup plus restreint et même très spécial. L'accusé s'est avoué coupable de vol qualifié par suite d'une accusation portée en vertu de l'al. 302d) du *Code criminel* (avoir volé alors que muni d'une arme offensive, en l'occurrence un pistolet) et aussi sur une accusation portée en vertu de l'al. 83(1)a) d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel, savoir un vol qualifié. Il a été condamné à quatre ans d'emprisonnement pour le vol qualifié. On a alors soulevé la question de savoir si la peine consécutive prescrite en vertu du par. 83(2) devait être d'une durée minimum d'un an comme dans le cas d'une première infraction suivant l'al. 83(1)c) ou de trois ans comme dans le cas d'une infraction subséquente à une première infraction, suivant l'al. 83(1)d), ou en raison d'une infraction commise avant l'adoption de l'al. 83(1)d).

Voici l'historique du litige. En 1969, avant l'adoption de l'art. 83 (il est entré en vigueur en 1978), l'accusé avait été déclaré coupable à titre de partie à un vol qualifié au cours duquel une

¹ [1980] 5 W.W.R. 115; (1980), 2 Man. R. (2d) 367, 52 C.C.C. (2d) 157.

possessed and pointed by another person. The Provincial Court Judge, in sentencing the accused for the offence under s. 83(1)(a), accepted a defence contention that s. 83(1)(c) applied and not s. 83(1)(d) and, consequently, sentenced the accused to a consecutive one-year term as for a first offence. On appeal by the Crown, the Manitoba Court of Appeal, speaking through Matas J.A., concluded that s. 83(1)(d) applied and substituted a sentence of three years consecutive to the four-year term for robbery.

Section 83, which it is desirable to set out in full, reads as follows:

83. (1) Every one who uses a firearm

(a) while committing or attempting to commit an indictable offence, or

(b) during his flight after committing or attempting to commit an indictable offence,

whether or not he causes or means to cause bodily harm to any person as a result thereof, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment

(c) in the case of a first offence under this subsection, except as provided in paragraph (d), for not more than fourteen years and not less than one year; and

(d) in the case of a second or subsequent offence under this subsection, or in the case of a first such offence committed by a person who, prior to the coming into force of this subsection, was convicted of an indictable offence or an attempt to commit an indictable offence, in the course of which or during his flight after the commission or attempted commission of which he used a firearm, for not more than fourteen years and not less than three years.

(2) A sentence imposed on a person for an offence under subsection (1) shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events and to any other sentence to which he is subject at the time the sentence is imposed on him for an offence under subsection (1).

autre personne avait braqué sur quelqu'un une arme à feu qu'elle avait en sa possession. Le juge de la Cour provinciale, en prononçant la sentence contre l'accusé pour l'infraction visée à l'al. 83(1)a), a retenu la prétention de la défense que c'est l'al. 83(1)c) qui s'applique et non l'al. 83(1)d) et a donc condamné l'accusé à une peine d'un an d'emprisonnement à purger consécutivement, comme dans le cas d'une première infraction. Le ministère public ayant interjeté appel, la Cour d'appel du Manitoba, parlant par l'intermédiaire du juge Matas, a conclu que l'al. 83(1)d) s'applique et a substitué à la première sentence une peine de trois ans à purger consécutivement à la peine de quatre ans d'emprisonnement pour vol qualifié.

Il convient de citer l'art. 83 intégralement. En voici le texte:

83. (1) Quiconque utilise une arme à feu

a) lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel, ou

b) lors de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre un acte criminel,

qu'il cause ou non des lésions corporelles en conséquence ou qu'il ait ou non l'intention d'en causer, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement

c) d'au plus quatorze ans et d'au moins un an, dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe, sauf dans les cas où l'alinéa d) s'applique; et

d) d'au plus quatorze ans et d'au moins trois ans, dans le cas d'une infraction au présent paragraphe subséquente à une première infraction ou dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe commise par une personne qui, avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, avait déjà été trouvée coupable d'avoir commis un acte criminel, ou d'avoir tenté de le commettre, en employant une arme à feu lors de cette perpétration ou tentative de perpétration ou lors de sa fuite après la perpétration ou tentative de perpétration.

(2) La sentence imposée à une personne pour une infraction prévue au paragraphe (1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits et à toute autre sentence qu'elle purge à ce moment-là.

Counsel for the accused does not raise the *Kienapple* defence (*Kienapple v. The Queen*²) of multiple convictions for the same matter or delict, a defence raised in the *McGuigan* case. Nor does he contend that on any other ground (and other grounds were raised in the *McGuigan* case) the accused could not properly be convicted under s. 83(1)(a). His sole submission is that s. 83(1)(d) cannot support the increased sentence imposed by the Manitoba Court of Appeal, both because it would involve retrospective imposition of punishment (by analogy to *nulla poena sine lege*) and because even if s. 83(1)(d) could apply to an offence involving a firearm committed before the enactment of s. 83, its application was restricted to a case where the accused had himself used or possessed a firearm and not where his prior culpability was only as a party.

Counsel for the accused did not contest the proposition that if today an accused were found guilty of robbery, involving use of a firearm, as a party to the offence under *Criminal Code*, s. 21 and, subsequently, was again convicted of using a firearm while committing robbery or convicted as a party to the subsequent offence, he would be liable to the extended consecutive sentence prescribed by s. 83(1)(d). He was not conceding the point, however, because he did not have to face it in the present case. Similarly, he did not have to meet the case of an accused in 1969 having himself used or possessed a firearm while committing robbery.

In counsel's view, a construction of s. 83(1)(d) that would apply to the accused would have the effect of punishing him for his complicity in robbery with a firearm in 1969 when he could not have known nor ought he to have known that his involvement in 1969 as a party pursuant to s. 21(2) would expose him years later to an increased penalty for an offence for which he had already

L'avocat de l'accusé ne soulève pas le moyen de défense de déclarations de culpabilité multiples pour la même chose ou pour le même délit, invoqué dans l'affaire *Kienapple c. La Reine*², et soulevé dans l'affaire *McGuigan*. Il ne prétend pas non plus que l'on ne peut à bon droit, pour quelque autre motif (et d'autres moyens ont été soulevés dans l'affaire *McGuigan*), déclarer l'accusé coupable en vertu de l'al. 83(1)(a). Il fait simplement valoir que l'al. 83(1)(d) ne peut pas justifier la peine plus sévère que la Cour d'appel du Manitoba a imposée, parce que cela comporterait l'imposition rétroactive d'une peine (par analogie avec le principe *nulla poena sine lege*) et que, même si l'al. 83(1)(d) peut s'appliquer à une infraction relativement à une arme à feu commise avant l'adoption de l'art. 83, son application se limite au cas où l'accusé a lui-même utilisé une arme à feu ou l'avait en sa possession et non au cas où il a antérieurement été déclaré coupable simplement à titre de partie à l'infraction.

L'avocat de l'accusé ne conteste pas la proposition que si aujourd'hui on déclarait un accusé coupable, en vertu de l'art. 21 du *Code criminel*, à titre de partie à l'infraction, d'un vol qualifié où il y avait eu emploi d'une arme à feu et si par la suite il était de nouveau reconnu coupable d'utilisation d'une arme à feu lors de la perpétration d'un vol qualifié ou déclaré coupable de l'infraction subséquente à titre de partie, il serait passible de la peine d'emprisonnement consécutive prolongée que prescrit l'al. 83(1)(d). Il ne concède cependant pas le point parce que le cas ne se présente pas en l'espèce. De même, il ne s'agit pas d'un accusé qui, en 1969, a lui-même utilisé une arme à feu ou l'avait en sa possession alors qu'il commettait un vol qualifié.

Selon l'avocat, l'application de l'al. 83(1)(d) à l'accusé aurait pour effet de le punir pour complicité à un vol qualifié avec une arme à feu commis en 1969 alors qu'il ne pouvait ni n'aurait dû savoir que sa participation comme partie de la façon visée au par. 21(2) l'exposerait des années après à une peine plus sévère relativement à une infraction pour laquelle il avait déjà été puni ou à une peine

² [1975] 1 S.C.R. 729.

² [1975] 1 R.C.S. 729.

been punished or would expose him to an additional penalty under a subsequently created penal provision.

The question, as both counsel for the Crown and for the accused made plain, is what does s. 83(1)(d) command. It is plain to me that s. 83(1)(d) envisages the kind of case which is now before us. I refer to the following words of that provision:

... in the case of a first such offence committed by a person who, prior to the coming into force of this subsection, was convicted of an indictable offence ... in the course of which ... he used a firearm ...

In their application to the present case they overcome any issue of retrospectivity urged by the appellant, even assuming that issue would otherwise govern. Moreover, I am of the opinion that the words "in the course of which he used a firearm" cannot be read so restrictively as to exclude the application of s. 21, defining in s. 21(1) who is a party to an offence and, under s. 21(2), who are parties by engaging in a common unlawful purpose and carrying it out as defined in that provision.

The *Code* generally defines offences in terms of those who commit them and, save where the definition is clearly limited to those committing, it has never been applied to exclude culpability of a person as a party under s. 21. I do not find that paras. 83(1)(a) or (d) have this limited effect.

*Paquette v. The Queen*³ concerning the defence of duress or compulsion under s. 17 of the *Criminal Code* is a different case from the present one. There the Court construed s. 17, in its provision of an excuse from culpability, as affording that excuse only in favour of a person who himself commits an offence under the defined duress or compulsion. The Court gave a limited construction to s. 17 so as to exclude reliance on it by a person who was a party by virtue of s. 21. Moreover, the defence is not available even to an accused committing an offence if the offence is robbery or

additionnelle en vertu d'une disposition pénale établie par la suite.

La question, comme le font ressortir le substitut du procureur général et l'avocat de l'accusé, est de savoir à quoi s'applique l'al. 83(1)d). Il est évident à mon avis que l'al. 83(1)d) vise le type d'affaire dont nous sommes présentement saisis. Je cite les mots suivants de cette disposition:

... dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe commise par une personne qui, avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, avait déjà été trouvée coupable d'avoir commis un acte criminel ... en employant une arme à feu lors de cette perpétration ...

Appliqués à l'espèce, ces mots résolvent toute question d'effet rétroactif soulevée par l'appellant, à supposer même que cette question aurait d'autre part été déterminante. De plus, je suis d'avis que les mots «en employant une arme à feu lors de cette perpétration» ne peuvent recevoir une interprétation à ce point restrictive qu'elle exclut l'application de l'art. 21 qui précise, à son par. (1), qui est partie à une infraction et, à son par. (2), qui sont parties du fait d'avoir poursuivi ensemble une fin illégale, comme le prévoit cette disposition.

Le *Code* en général définit les infractions en disant qui les commet et, sauf lorsqu'elle est clairement limitée à ceux qui les commettent, on n'a jamais appliqué une définition pour exclure la culpabilité d'une personne à titre de partie en vertu de l'art. 21. Je n'estime pas que les al. 83(1)a) ou d) aient cet effet restreint.

L'affaire *Paquette c. La Reine*³, où il est question de la défense fondée sur la contrainte prévue à l'art. 17 du *Code criminel*, est différente de la présente espèce. Suivant l'interprétation que la Cour a donnée dans l'arrêt *Paquette*, l'art. 17 ne fournit une excuse protégeant contre une déclaration de culpabilité qu'à la personne qui commet elle-même une infraction par suite de la contrainte prévue à l'art. 17. La Cour a interprété l'art. 17 de façon restrictive afin d'éviter qu'il soit invoqué par une personne qui est partie à une infraction au sens de l'art. 21. D'autre part, même un accusé qui

³ [1977] 2 S.C.R. 189.

³ [1977] 2 R.C.S. 189.

murder, as was the *Paquette* case. In the result, the accused there had to rely on s. 7(3) of the *Criminal Code* as providing a common law defence outside of s. 17, and he succeeded thereon because of the Court's conclusion that s. 21(2) could not implicate him when the duress or compulsion practised upon him prevented him from forming a genuine intention to carry out an unlawful purpose with the person who had exerted the duress or compulsion. I see no correspondence between a limited exculpatory provision as that found in s. 17 and the exoneration asserted under s. 83(1)(a) and (d) to relieve a person from liability, outside of any excuse of duress or compulsion, where he is a party to an offence under s. 21(1) or (2).

I would, accordingly, dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Bowman & Bowman, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

a commis une infraction ne peut se prévaloir de ce moyen de défense s'il s'agit d'un vol qualifié ou d'un meurtre, comme dans l'affaire *Paquette*. En définitive, l'accusé dans cette affaire a dû s'appuyer sur le par. 7(3) du *Code criminel* qui prévoit un moyen de défense de *common law* distinct de l'art. 17, et il a réussi parce que la Cour a conclu que le par. 21(2) ne pouvait s'appliquer à lui puisque la contrainte exercée sur lui l'a rendu incapable de former une véritable intention de poursuivre une fin illégale de concert avec la personne qui avait exercé cette contrainte. Je ne vois pas de rapport entre une disposition disculpante de portée limitée comme l'art. 17 et la disculpation réclamée relativement aux al. 83(1)a) et d) afin d'exonérer une personne de toute responsabilité, indépendamment de toute excuse de contrainte, lorsqu'elle est partie à une infraction au sens des par. 21(1) ou (2).

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Bowman & Bowman, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.