

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Lynn Fice *Respondent***INDEXED AS: R. v. FICE****Neutral citation: 2005 SCC 32.**

File No.: 29965.

2005: January 13; 2005: May 20.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Whether pre-sentence custody should affect sentencing judge's determination of availability of conditional sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 742.1.

The accused pleaded guilty to aggravated assault, fraud, personation, forgery and breach of recognizance. At the time of sentencing, she had spent approximately 16 months in pre-sentence custody and six months in a circumstance of house arrest. Defence counsel conceded that a penitentiary sentence would have been appropriate had it been imposed at the time of arrest. The sentencing judge considered the accused's pre-sentence custody to be the equivalent of almost three years of incarceration and concluded that she should serve an additional 14 months in the community on certain conditions. The Court of Appeal upheld the conditional sentence. Relying on the plain meaning of the language of ss. 742.1 and 719(3) of the *Criminal Code*, the court concluded that these provisions allow the sentencing judge to take pre-sentence custody into account in determining the range of sentence under the conditional sentencing regime.

Held (Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie and Abella JJ.: The sentencing judge erred in imposing a conditional sentence. Under s. 742.1 of the *Criminal Code*, such a sentence cannot become available to an

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Lynn Fice *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. FICE****Référence neutre : 2005 CSC 32.**

N° du greffe : 29965.

2005 : 13 janvier; 2005 : 20 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish et Abella.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — La période de détention présentencielle devrait-elle influencer sur la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), 742.1.

L'accusée a plaidé coupable à des accusations de voies de fait graves, de fraude, d'usurpation d'identité, de contrefaçon et de manquement à un engagement. Au moment du prononcé de la peine, elle avait passé environ 16 mois en détention présentencielle et six mois en détention à domicile. L'avocat de la défense a reconnu que l'emprisonnement dans un pénitencier aurait été approprié si la peine avait été infligée au moment de l'arrestation. Le juge chargé de déterminer la peine a estimé que la détention présentencielle de l'accusée équivalait à presque trois ans d'incarcération et a conclu qu'elle devait purger 14 mois de plus au sein de la collectivité moyennant l'observation de certaines conditions. La Cour d'appel a maintenu la peine d'emprisonnement avec sursis. Se fondant sur une interprétation littérale du texte de l'art. 742.1 et du par. 719(3) du *Code criminel*, la Cour d'appel a jugé que ces dispositions autorisent le tribunal à tenir compte de la période de détention présentencielle dans la détermination de la fourchette des peines pour l'application du régime de l'emprisonnement avec sursis.

Arrêt (les juges Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie et Abella : Le juge qui a fixé la peine a commis une erreur en prononçant un emprisonnement avec sursis. Suivant l'art. 742.1 du *Code criminel*,

offender who otherwise deserves a penitentiary term solely because of the time the offender has spent in pre-sentence custody. The conditional sentence regime was not designed for those offenders for whom a penitentiary term is appropriate. When a sentencing judge considers the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender and concludes that a sentence in the penitentiary range is warranted and that a conditional sentence is therefore unavailable, time spent in pre-sentence custody ought not to disturb this conclusion.

Section 742.1 provides that a sentence of imprisonment of less than two years must be imposed before a conditional sentence can be authorized. The *Proulx* approach to s. 742.1 requires a sentencing judge to proceed in two stages. At the first stage, the judge must determine if a conditional sentence is available. In doing so, the judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration; rather, he need only exclude two possibilities: probationary measures and a penitentiary term. If a conditional sentence is available, the judge must, at the second stage, determine if it is appropriate. The time spent in pre-sentence custody ought to be taken into account at the second stage of the analysis with respect to the duration of the sentence, not at the first stage with respect to sentence range. To hold otherwise would run counter to the nature of the conditional sentencing regime, as it was defined in *Proulx*. The time spent in pre-sentence custody should be considered part of the offender's total punishment rather than a mitigating factor that can affect the range of sentence and the availability of a conditional sentence. Furthermore, under the *Proulx* approach, s. 742.1(a) should not be construed literally. The requirement in s. 742.1(a) that the court impose "a sentence of imprisonment of less than two years" must be interpreted purposively, and it is fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences.

The judicial discretion, provided for in s. 719(3) of the *Code*, to consider the time spent in pre-sentencing custody in determining the sentence to be imposed does not mean that the requirement in s. 742.1(a) refers only to the actual time to be spent in jail after sentencing; rather, this requirement refers to the total time taken into account by

le délinquant qui mérite par ailleurs l'emprisonnement dans un pénitencier ne saurait avoir accès à l'emprisonnement avec sursis du seul fait de la période qu'il passe en détention présentencielle. Le régime d'emprisonnement avec sursis n'a pas été conçu à l'intention des délinquants à l'égard desquels l'emprisonnement dans un pénitencier est approprié. Quand, après avoir examiné la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant, le tribunal conclut qu'une peine située dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier est justifiée et qu'un sursis à l'emprisonnement n'est donc pas possible, la période de détention présentencielle ne doit pas avoir pour effet de modifier cette conclusion.

L'article 742.1 prévoit que le délinquant doit avoir été condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à l'emprisonnement avec sursis. Conformément à l'approche établie dans *Proulx* à l'égard de l'art. 742.1, le juge qui détermine la peine doit procéder en deux étapes. Il doit d'abord se demander s'il est possible de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis. À cette étape, le juge n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée; il n'a qu'à décider s'il y a lieu d'écarter deux possibilités : (i) les mesures probatoires; (ii) l'emprisonnement dans un pénitencier. Si le juge peut prononcer l'emprisonnement avec sursis, il doit ensuite décider si cette peine est appropriée. La période passée en détention présentencielle doit être prise en compte à cette deuxième étape de l'analyse, qui concerne la durée de la peine, plutôt qu'à la première, qui concerne la fourchette des peines applicables. Toute autre conclusion serait contraire à la nature du régime d'emprisonnement avec sursis, tel qu'il a été défini dans *Proulx*. La période passée sous garde par le délinquant avant le prononcé de sa peine doit être considérée comme faisant partie de la durée totale de l'emprisonnement plutôt que comme un facteur atténuant susceptible d'avoir une incidence sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur son admissibilité à l'emprisonnement avec sursis. En outre, suivant l'approche établie dans *Proulx*, la condition prévue par l'art. 742.1 requérant que le tribunal condamne le délinquant « à un emprisonnement de moins de deux ans » doit être interprétée téléologiquement. Le tribunal satisfait à cette condition en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables.

Le pouvoir discrétionnaire que confère le par. 719(3) du *Code* de prendre en compte la période de détention présentencielle pour fixer la peine à infliger ne signifie pas que le second préalable prévu par l'art. 742.1 — à savoir que la personne ait été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à un

the sentencing judge in determining the degree of punishment warranted by the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender.

Per Deschamps and Fish JJ. (dissenting): The Court of Appeal's reasons and its conclusion that a conditional sentence was available in this case are agreed with. A sentence of less than two years is not transformed into a sentence of more than two years for the purpose of s. 742.1(a) of the *Criminal Code* simply because the trial judge took into account, in imposing the sentence of less than two years, time already spent in custody as a result of the offence. When the offence is not punishable by a minimum term of imprisonment, a court is empowered by s. 742.1, in the plainest of terms, to impose a conditional sentence whenever it imposes a sentence of less than two years and is satisfied that serving the sentence in the community meets the test set out in s. 742.1(b). A court that might otherwise have imposed a sentence of more than two years is authorized by s. 719(3) of the *Code* to impose a sentence of less than two years where a longer term of imprisonment would be excessive, bearing in mind the time already spent in custody as a result of the offence. From a statutory point of view, the resulting sentence of less than two years clearly satisfies s. 742.1(a). Nothing in *Proulx* precludes the imposition of a conditional sentence where, as here, the statutory conditions are met.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; **referred to:** *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Knoblauch*, [2000] 2 S.C.R. 780, 2000 SCC 58; *R. v. Predenichuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. v. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. v. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536; *R. v. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41; *R. v. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695; *R. v. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. v. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. v. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. v. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. v. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42.

sursis à l'emprisonnement — vise uniquement la période qui devra de fait être passée en prison après le prononcé de la peine; ce préalable concerne plutôt la période totale que le tribunal prend en compte pour déterminer la sévérité de la sanction requise par la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant.

Les juges Deschamps et Fish (dissidents) : Il y a accord avec les motifs de la Cour d'appel et avec sa conclusion suivant laquelle l'emprisonnement avec sursis pouvait être prononcé en l'espèce. Une peine de moins de deux ans ne se transforme pas, pour l'application du second préalable de l'art. 742.1 du *Code criminel*, en une peine de plus de deux ans simplement parce que le juge du procès a, en infligeant la peine de moins de deux ans, pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. Lorsque aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue à l'égard de l'infraction, l'art. 742.1 habilite le tribunal, en termes on ne peut plus clairs, à surseoir à l'emprisonnement chaque fois qu'il inflige une peine de moins de deux ans et qu'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité satisfait au critère énoncé à cet égard à l'art. 742.1. Le paragraphe 719(3) du *Code* autorise le tribunal qui aurait autrement pu prononcer une peine de plus de deux ans à infliger une peine de moins de deux ans dans le cas où un emprisonnement plus long constituerait une peine excessive, vu la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. Sur le plan de la loi, la peine de moins de deux ans qui en résulte satisfait clairement au second préalable de l'art. 742.1. Rien dans l'arrêt *Proulx* n'exclut la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis dans les cas où, comme en l'espèce, les conditions prévues par la loi sont réunies.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530, 2003 CSC 73; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Knoblauch*, [2000] 2 R.C.S. 780, 2000 CSC 58; *R. c. Predenichuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. c. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. c. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536; *R. c. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41; *R. c. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695; *R. c. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. c. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. c. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. c. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. c. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXIII, ss. 718, 718.1, 718.2, 719(1), (3), 731(1)(b), 742.1.

Authors Cited

Roberts, Julian V. “Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence: Crediting ‘Dead Time’ to Effect ‘Regime Change’ in Sentencing” (2005), 9 *Can. Crim. L. Rev.* 191.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Charron, Moldaver and Feldman JJ.A.) (2003), 65 O.R. (3d) 751, 173 O.A.C. 357, 13 C.R. (6th) 174, 177 C.C.C. (3d) 566, [2003] O.J. No. 2617 (QL), affirming a decision of McLean J., 2002 CarswellOnt 5477. Appeal allowed, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

Philip Perlmutter, for the appellant.

D. Edwin Boeve, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie and Abella JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Overview

The issue in this case is whether pre-sentence custody should affect a sentencing judge’s determination of the availability of a conditional sentence. The problem here is one of statutory interpretation. Section 719(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, authorizes a court to take into account time spent in custody in determining the sentence to be imposed, while s. 742.1(a) of the *Criminal Code* provides that a sentence of imprisonment of less than two years must be imposed before a conditional sentence can be authorized. Does a sentencing judge decide on the availability of a conditional sentence on the basis of the actual time to be spent in jail after sentencing, or the total punishment of the offender, which reflects the degree of punishment warranted

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, Partie XXIII, art. 718, 718.1, 718.2, 719(1), (3), 731(1)(b), 742.1.

Doctrine citée

Roberts, Julian V. « Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence : Crediting “Dead Time” to Effect “Regime Change” in Sentencing » (2005), 9 *R.C.D.P.* 191.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Charron, Moldaver et Feldman) (2003), 65 O.R. (3d) 751, 173 O.A.C. 357, 13 C.R. (6th) 174, 177 C.C.C. (3d) 566, [2003] O.J. No. 2617 (QL), qui a confirmé une décision du juge McLean, 2002 CarswellOnt 5477. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Fish sont dissidents.

Philip Perlmutter, pour l’appelante.

D. Edwin Boeve, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie et Abella rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Aperçu

Il s’agit en l’espèce de savoir si la détention pré-sentencielle devrait avoir une incidence sur la possibilité d’ordonner l’emprisonnement avec sursis. Le problème posé en est un d’interprétation législative. Le paragraphe 719(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise le tribunal à prendre en compte la période passée sous garde pour fixer la peine à infliger, alors que, suivant une des conditions prévues par l’art. 742.1 du *Code criminel*, le délinquant doit avoir été condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à l’emprisonnement avec sursis. Pour se prononcer sur la possibilité de surseoir à l’emprisonnement, le juge se fonde-t-il sur la période pendant laquelle le délinquant sera effectivement incarcéré après le

by the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender?

2

Section 742.1(a) was interpreted in a purposeful manner in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5. This Court decided that the requirement that the court must impose a sentence of imprisonment of less than two years before a conditional sentence can be authorized should be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences. In the course of this determination, the judge need only exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. The judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration in the first stage of the application of s. 742.1(a). Thus, it can be stated that the object of the requirement in s. 742.1(a) is to exclude categories of offenders from the conditional sentencing regime on the basis of the range of sentence that would apply to them. In particular, offenders for whom probation or a penitentiary sentence would be considered appropriate are barred from receiving a conditional sentence.

3

In my view, this interpretation of s. 742.1(a) is determinative of the issue in the present case. Here, the respondent pleaded guilty to aggravated assault, fraud over \$5,000, personation, forgery and breach of recognizance. Defence counsel conceded that a penitentiary sentence was otherwise warranted but urged a conditional sentence be imposed because of the time spent in pre-sentence custody. The respondent had spent approximately 16 months in pre-sentence custody and six months in a circumstance of house arrest at the time of sentencing. Without addressing the Crown's argument that it was not open to him as a matter of law to impose a conditional sentence, the sentencing judge considered the respondent's pre-sentence custody to be the equivalent of almost three years of incarceration. He then concluded that the respondent should serve an additional 14 months in the community on certain conditions.

prononcé de la peine, ou sur la durée totale de l'emprisonnement, laquelle reflète la peine requise par la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant?

La condition prévue par l'art. 742.1 requérant que le délinquant soit condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour pouvoir être admissible au sursis à l'emprisonnement a reçu une interprétation téléologique dans l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5. Notre Cour a jugé que, pour décider si cette condition est respectée, le tribunal détermine de façon préliminaire la fourchette des peines applicables. Pour ce faire, il suffit au tribunal de décider s'il y a lieu d'écarter deux possibilités : a) les mesures probatoires; b) l'emprisonnement dans un pénitencier. Il n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée à la première étape de l'examen de cette condition. On peut en conséquence affirmer que la condition en question a pour objet d'exclure certaines catégories de délinquants du régime de sursis à l'emprisonnement sur la base de la fourchette des peines qui leur seraient applicables. Plus particulièrement, les délinquants pour lesquels la probation ou une peine d'emprisonnement dans un pénitencier serait jugée appropriée ne peuvent bénéficier d'un sursis à l'emprisonnement.

À mon avis, cette interprétation de la condition de l'art. 742.1 requérant une condamnation à un emprisonnement de moins de deux ans permet de trancher la question en litige dans la présente affaire. L'intimée a plaidé coupable à des accusations de voies de fait graves, de fraude de plus de 5 000 \$, d'usurpation d'identité, de contrefaçon et de manquement à un engagement. L'avocat de la défense a reconnu qu'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier était par ailleurs justifiée, mais a demandé l'octroi d'un sursis compte tenu de la période de détention présentencielle purgée par l'intimée. Au moment du prononcé de la peine, cette dernière avait passé environ 16 mois en détention présentencielle et six mois en détention à domicile. Sans statuer sur l'argument du ministère public voulant qu'il ne pouvait légalement ordonner l'emprisonnement avec sursis, le juge chargé de déterminer la peine a estimé que la détention

The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal: (2003), 65 O.R. (3d) 751.

As noted above, defence counsel conceded that a penitentiary sentence was otherwise appropriate. According to this Court's purposive interpretation of s. 742.1(a) in *Proulx*, the respondent therefore fell into a category of offenders that is excluded from the conditional sentencing regime. In my view, the sentencing judge erred in imposing such a sentence. A conditional sentence cannot become available to an offender who otherwise deserves a penitentiary term solely because of the time the offender spends in pre-sentence custody.

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

719. (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

. . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

présententielle de l'intimée équivalait à presque trois ans d'incarcération. Il a conclu que l'intimée devait purger 14 mois de plus au sein de la collectivité moyennant l'observation de certaines conditions. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé par la Couronne : (2003), 65 O.R. (3d) 751.

Comme il a été indiqué précédemment, l'avocat de la défense a admis qu'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier était à tous autres égards appropriée. Suivant l'interprétation téléologique que notre Cour a donnée dans l'arrêt *Proulx* de la condition susmentionnée prévue par l'art. 742.1, l'intimée tombait donc dans une catégorie de délinquants exclue du champ d'application du régime de sursis à l'emprisonnement. Selon moi, le juge qui a fixé la peine a commis une erreur en prononçant une telle condamnation. Le délinquant qui mérite par ailleurs l'emprisonnement dans un pénitencier ne saurait avoir accès à l'emprisonnement avec sursis du seul fait de la période qu'il passe en détention présententielle.

II. Dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

719. (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente.

. . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

III. Analysis

6 The provisions regarding conditional sentences were first considered in *Proulx*. In that case, Lamer C.J. noted that the conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to achieve Parliament's two objectives: (i) reducing the use of prison as a sanction, and (ii) expanding the use of restorative justice principles in sentencing (paras. 15 and 21). He described the conditional sentence as "a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders" (para. 21).

7 After identifying the objectives underlying the new conditional sentencing regime, Lamer C.J. then turned to the criteria, set out in s. 742.1, that a court must consider before deciding to impose a conditional sentence:

- (1) the offender must be convicted of an offence that is not punishable by a minimum term of imprisonment;
- (2) the court must impose a term of imprisonment of less than two years;
- (3) the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community; and
- (4) a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. [para. 46]

He described the first three criteria as "prerequisites" to any conditional sentence, in that they "answer the question of whether or not a conditional sentence is possible in the circumstances" (para. 47). In the context of this appeal, we are concerned with the second prerequisite — i.e. that the court impose a term of imprisonment of less than two years. This prerequisite is set out in s. 742.1(a) of the *Criminal Code*.

8 In his reasons for judgment in *Proulx*, Lamer C.J. acknowledged that a literal reading of s. 742.1(a) suggests that the decision to impose

III. Analyse

Les dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis ont été examinées pour la première fois dans l'arrêt *Proulx*. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a indiqué que la peine d'emprisonnement avec sursis a été établie précisément en tant que sanction visant à la réalisation des deux objectifs suivants du législateur : (i) réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction; (ii) élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine (par. 15 et 21). Il a décrit l'emprisonnement avec sursis comme « une solution de rechange à l'incarcération de certains délinquants non dangereux » (par. 21).

Après avoir défini les objectifs à la base du nouveau régime de sursis à l'emprisonnement, le juge en chef Lamer a examiné les critères, énoncés à l'art. 742.1, que le tribunal doit prendre en compte avant d'octroyer le sursis :

- (1) le délinquant doit être déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue;
- (2) le tribunal doit infliger au délinquant une peine d'emprisonnement de moins de deux ans;
- (3) le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci;
- (4) le prononcé d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. [par. 46]

Il a qualifié les trois premiers critères de « préalables » au prononcé de toute condamnation à l'emprisonnement avec sursis, en ce que leur présence « répond à la question de savoir si une telle peine peut être infligée dans les circonstances » (par. 47). Pour les besoins du présent pourvoi, nous nous intéressons au deuxième préalable — soit celui qui requiert que le délinquant ait été condamné à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans.

Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a reconnu que, suivant une interprétation littérale du second préalable prévu

a conditional sentence should be made in two distinct stages. He described these two stages as follows:

In the first stage, the judge would have to decide the appropriate sentence according to the general purposes and principles of sentencing (now set out in ss. 718 to 718.2). Having found that a term of imprisonment of less than two years is warranted, the judge would then, in a second stage, decide whether this same term should be served in the community pursuant to s. 742.1. [para. 50]

Nevertheless, Lamer C.J. did not accept this literal interpretation of s. 742.1(a) and the two-step approach it implied because it would have introduced “a rigidity which is both unworkable and undesirable in practice” (para. 51). He was concerned with two issues in particular.

First, he was concerned with the fact that, in practice, “the determination of a term of imprisonment is necessarily intertwined with the decision of where the offender will serve the sentence” (para. 52). For example, he noted that “[a] judge does not impose a fixed sentence of ‘x months’ in the abstract, without having in mind where that sentence will be served” (para. 52). Moreover, when a conditional sentence is chosen, he observed that its duration will depend on the type of conditions imposed. In light of this concern, Lamer C.J. concluded that “the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue” (para. 52).

Second, Lamer C.J. was concerned that if the rigid, two-step approach implied by a literal reading of s. 742.1(a) were to be followed, then this could lead to a “penological paradox”, in that the “second step of the analytical process would effectively compromise the principles of sentencing that led to the imposition of a sentence of imprisonment in the first place” (para. 54). He explained that the principle of proportionality, set out in s. 718.1 as the fundamental principle of sentencing, requires that all sentences be proportional to the gravity of the offence and the degree of

par l’art. 742.1, la décision de prononcer l’emprisonnement avec sursis doit être prise en deux étapes distinctes. Il a décrit ainsi les deux étapes en question :

Premièrement, le tribunal devrait déterminer la peine appropriée en conformité avec les principes et les objectifs généraux de la détermination de la peine (maintenant énoncés aux art. 718 à 718.2). Deuxièmement, lorsqu’il a jugé qu’une peine d’emprisonnement de moins de deux ans est justifiée, le tribunal devrait décider si cette peine doit être purgée au sein de la collectivité conformément à l’art. 742.1. [par. 50]

Toutefois, le juge en chef Lamer n’a pas souscrit à cette interprétation littérale du second préalable de l’art. 742.1 et à la démarche en deux étapes qu’elle impliquait, parce que cela aurait amené « une rigidité qui n’est ni souhaitable ni applicable en pratique » (par. 51). Il s’est dit préoccupé par deux questions en particulier.

Premièrement, il s’est inquiété du fait qu’en pratique « la détermination de la durée d’une peine d’emprisonnement et la détermination du lieu où elle sera purgée par le délinquant sont inextricablement liées » (par. 52). Il a fait observer, par exemple, que « [l]e juge n’inflige pas un emprisonnement de “x mois” dans l’abstrait, sans se demander où cette peine sera purgée » (par. 52). De plus, il a souligné que, lorsque le tribunal opte pour l’emprisonnement avec sursis, sa durée dépend du genre de conditions dont l’ordonnance est assortie. À cet égard, il a conclu que « [l]a durée de la peine ne peut donc pas être déterminée indépendamment du lieu où celle-ci sera purgée » (par. 52).

Deuxièmement, le juge en chef Lamer craignait que le fait de suivre la démarche rigide en deux étapes qu’impliquait l’interprétation littérale du second préalable prévu par l’art. 742.1 conduise à un « paradoxe pénologique », en ce que la « seconde étape de la démarche analytique aurait concrètement pour effet de compromettre l’application des principes de détermination de la peine faite initialement et qui a mené à l’infliction de la peine d’emprisonnement » (par. 54). Il a expliqué que le principe de la proportionnalité — principe fondamental en matière de détermination de la peine énoncé à

9

10

11

responsibility of the offender. However, Lamer C.J. noted that

[w]hen a judge — in the first stage decides that a term of imprisonment of “x months” is appropriate, it means that this sentence is proportional. If the sentencing judge decides — in the second stage — that the same term can be served in the community, it is possible that the sentence is no longer proportional to the gravity of the offence and the responsibility of the offender, since a conditional sentence will generally be more lenient than a jail term of equivalent duration. [Emphasis in original; para. 54.]

Therefore, he concluded that the two-step approach implied by a literal reading of s. 742.1 “introduces a rigidity in the sentencing process that could lead to an unfit sentence” (para. 54).

12 On the basis of these two concerns, Lamer C.J. declined to interpret s. 742.1(a) literally. Instead, he proposed to interpret this provision purposively and said that the requirement that the court impose a sentence of imprisonment of less than two years before a conditional sentence can be authorized

was included to identify the type of offenders who could be entitled to a conditional sentence. At one end of the range, Parliament denied the possibility of a conditional sentence for offenders who should receive a penitentiary term. At the other end, Parliament intended to ensure that offenders who were entitled to a more lenient community measure — such as a suspended sentence with probation — did not receive a conditional sentence, a harsher sanction in this legislative scheme. [para. 55]

13 Therefore, Lamer C.J. held that “the requirement that the court must impose a sentence of imprisonment of less than two years can be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences” (para. 58). Of course, the overall approach to s. 742.1 suggested by Lamer C.J. still requires a sentencing

l’art. 718.1 — exige que la peine soit proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Le juge en chef Lamer a toutefois affirmé que

[]orsque, à la première étape, le tribunal détermine qu’une peine d’emprisonnement de « x mois » est justifiée, cela signifie que cette peine est proportionnelle. Si, à la seconde étape, il décide que la peine en question peut être purgée au sein de la collectivité, il est possible que la peine ne soit plus proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant, puisqu’une peine d’emprisonnement avec sursis est généralement une peine plus clémente qu’un emprisonnement de même durée. [Soulignements dans l’original; par. 54.]

Il a donc conclu que la démarche en deux étapes qu’implique une interprétation littérale de l’art. 742.1 « donne au processus de détermination de la peine une rigidité qui pourrait entraîner l’infliction d’une peine inappropriée » (par. 54).

En raison de ces deux préoccupations, le juge en chef Lamer a refusé d’interpréter littéralement le second préalable prévu par l’art. 742.1. Il a plutôt proposé d’interpréter téléologiquement cette disposition, affirmant que la condition requérant que le délinquant ait été condamné à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à un sursis a

été établie en vue d’indiquer le type de délinquants admissibles au sursis à l’emprisonnement. À une extrémité du spectre, le législateur a refusé le bénéfice de cette sanction aux délinquants qui devraient recevoir une peine d’emprisonnement dans un pénitencier. À l’autre extrémité du spectre, il a voulu faire en sorte que les délinquants admissibles à une sanction communautaire plus clémente — telle qu’un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation — ne soient pas condamnés à l’emprisonnement avec sursis, sanction plus sévère dans le régime législatif. [par. 55]

Aussi, le juge en chef Lamer a estimé que « le tribunal peut s’acquitter de l’obligation qui lui est faite de condamner le délinquant à un emprisonnement de moins de deux ans en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables » (par. 58). Évidemment, l’approche globale que le juge en chef Lamer préconise à

judge to proceed in two stages: first, the judge must determine if a conditional sentence is available; if it is, the judge must then determine if it is appropriate. However, at the first stage of this analysis, Lamer C.J. made it clear that the judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration; rather, the judge need only exclude two possibilities: (i) probationary measures, and (ii) a penitentiary term. Lamer C.J. explained that “[i]f either of these sentences is appropriate, then a conditional sentence should not be imposed” (para. 58). In making this preliminary determination, he noted that “the judge need only consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender” (para. 59).

In this case, it is not argued that a penitentiary sentence was unwarranted; what is argued is that the actual sentence imposed by the sentencing judge was less than two years and that a conditional sentence was therefore available. This argument is not consistent with the conditional sentencing regime, as defined in *Proulx*, for three reasons.

First, the object of the requirement in s. 742.1(a) is to ensure that a conditional sentence is only available for those offenders who would have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years. Offenders for whom probation or penitentiary sentence would be appropriate are barred from receiving a conditional sentence: see *Proulx*, at paras. 49 and 55. In his sentencing submissions, defence counsel conceded that a penitentiary sentence would have been appropriate had it been imposed at the time of the respondent’s arrest. The time spent in pre-sentence custody notwithstanding, since the respondent was the type of offender who deserved a penitentiary

l’égard de l’art. 742.1 oblige quand même le tribunal à procéder en deux étapes : il doit d’abord se demander s’il est possible de prononcer une condamnation à l’emprisonnement avec sursis; dans l’affirmative, il doit ensuite décider si cette peine est appropriée. Cependant, le juge en chef Lamer a clairement indiqué que, à la première étape de cette analyse, le tribunal n’a pas à infliger une peine d’emprisonnement d’une durée déterminée; il n’a qu’à décider s’il y a lieu d’écartier deux possibilités : (i) les mesures probatoires; (ii) l’emprisonnement dans un pénitencier. Le juge en chef Lamer a indiqué que « [s]i l’une ou l’autre de ces sanctions est appropriée, l’emprisonnement avec sursis ne devrait pas être prononcé » (par. 58). Il a souligné que, pour rendre cette décision préliminaire, « il suffit au tribunal de prendre en compte l’objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant » (par. 59).

Dans l’affaire qui nous est soumise, on ne prétend pas qu’une peine d’emprisonnement dans un pénitencier n’était pas justifiée; ce qu’on prétend, c’est que la peine infligée dans les faits par le tribunal était de moins de deux ans et que, par conséquent, il était possible de prononcer une ordonnance de sursis. Cet argument n’est pas compatible avec le régime de sursis à l’emprisonnement, tel que défini dans l’arrêt *Proulx*, et ce, pour trois raisons.

Premièrement, le second préalable prévu par l’art. 742.1 vise à faire en sorte que seuls les délinquants qui auraient autrement été condamnés à une peine d’emprisonnement de moins de deux ans puissent bénéficier d’un sursis. Les délinquants à l’égard desquels la probation ou une peine d’emprisonnement dans un pénitencier seraient appropriées sont exclus de ce régime : voir *Proulx*, par. 49 et 55. Dans ses observations sur la détermination de la peine, l’avocat de la défense a reconnu que l’emprisonnement dans un pénitencier aurait été approprié si la peine avait été infligée au moment de l’arrestation de l’intimée. Si l’on fait abstraction de sa période de détention présentencielle, comme

14

15

term, by operation of s. 742.1(a) and this Court's interpretation of this requirement in *Proulx*, a conditional sentence was not available.

16 This conclusion accords with this Court's caution against "widening the net" of the conditional sentencing regime. In *Proulx*, Lamer C.J. warned against imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a non-custodial disposition, since this could undermine Parliament's objective of reducing incarceration for less serious offenders (para. 56). Similarly, in *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73, Binnie J. for a majority of this Court stated that to imprison an offender in his or her home under punitive conditions purely on the basis of his or her inability to pay a fine would be to widen the net of the conditional sentencing regime, and such widening is repugnant to the regime that was enacted by Parliament (para. 27).

17 Although the cautions against net widening in *Proulx* and *Wu* relate to imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a non-custodial disposition, in my view, this caution should also extend to imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a penitentiary term, as is the case here. In this regard, I agree with the appellant that in enacting s. 742.1, Parliament intended to cast a small net and only capture conduct serious enough to attract a sentence of incarceration but not so severe as to warrant a penitentiary term. The limits of this net are clearly defined in s. 742.1 and should not be stretched at either end. Therefore, just as the conditional sentence net should not be stretched to include an offender who simply cannot pay a fine, it should likewise not be stretched to include an offender for whom a penitentiary term would be appropriate were it

l'intimée était le type de délinquante qui méritait l'emprisonnement dans un pénitencier, elle n'était pas admissible au sursis à l'emprisonnement, par suite de l'effet du second préalable prévu par l'art. 742.1 et de l'interprétation que notre Cour a donnée de cette condition dans l'arrêt *Proulx*.

Cette conclusion concorde avec la mise en garde formulée par notre Cour contre l'« extension de l'application » du régime d'emprisonnement avec sursis. Dans l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a en effet dit qu'il faudrait se garder d'octroyer le sursis aux délinquants qui n'auraient autrement pas été emprisonnés, étant donné que cela pourrait compromettre la réalisation de l'objectif du législateur qui est de réduire le recours à l'emprisonnement pour les délinquants non dangereux (par. 56). De même, dans l'arrêt *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530, 2003 CSC 73, le juge Binnie a affirmé, au nom des juges majoritaires de notre Cour, que le fait de détenir un délinquant à domicile et de l'assujettir à des conditions à caractère punitif sur le seul fondement de son incapacité de payer une amende aurait pour effet d'étendre l'application du régime d'emprisonnement avec sursis, et que cette extension serait contraire à l'esprit du régime établi par le législateur (par. 27).

Bien que les mises en garde contre l'extension du régime d'emprisonnement avec sursis formulées dans les arrêts *Proulx* et *Wu* concernent les délinquants qui autrement se seraient vu infliger une peine autre que l'emprisonnement, elles devraient également à mon avis s'appliquer aux délinquants qui auraient autrement reçu une peine d'emprisonnement dans un pénitencier, comme c'est le cas en l'espèce. À cet égard, je suis d'accord avec l'appelante pour dire que, en édictant l'art. 742.1, le législateur entendait créer un régime d'application limitée ne visant que les actes suffisamment graves pour donner lieu à une peine d'incarcération, mais pas assez graves pour justifier l'emprisonnement dans un pénitencier. Les limites de cette application sont clairement définies à l'art. 742.1 et ne devraient pas être repoussées à l'une ou l'autre extrémité. Ainsi, tout comme l'application du régime d'emprisonnement

not for his or her time spent in pre-sentence custody.

The second reason why it is inconsistent with the conditional sentencing regime to argue that pre-sentence custody should be taken into account in determining the availability of a conditional sentence is because the time spent in pre-sentence custody is part of the total punishment imposed; it is not a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence.

In *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, this Court considered the issue of whether, when Parliament has imposed a mandatory minimum sentence for a certain offence, a sentencing judge may exercise the discretion provided for in s. 719(3) of the *Criminal Code* and credit time spent in pre-sentence custody when calculating the appropriate sentence, if this has the effect of reducing the sentence pronounced by the court to less than the minimum provided by law. On behalf of this Court, Arbour J. approved of the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57, in which Rosenberg J.A., writing for a unanimous court, held that pre-sentence custody could be considered even if such credit resulted in reducing the sentence imposed on conviction below the mandatory minimum, since the total punishment would still equal this minimum.

In *Wust*, Arbour J. stated that “[t]o maintain that pre-sentencing custody can never be deemed punishment following conviction because the legal system does not punish innocent people is an exercise in semantics that does not acknowledge the reality of pre-sentencing custody” (para. 41 (emphasis in

avec sursis ne devrait pas être élargie pour inclure les délinquants qui sont tout simplement incapables de payer une amende, son application ne devrait pas non plus être étendue pour inclure une délinquante à l’égard de laquelle l’emprisonnement dans un pénitencier aurait été approprié n’eût été la période qu’elle a passée en détention présentencielle.

La deuxième raison pour laquelle il n’est pas conforme à l’esprit du régime d’emprisonnement avec sursis de prétendre qu’il faut prendre en compte la détention présentencielle pour déterminer si un délinquant est admissible à ce régime réside dans le fait que la période passée en détention présentencielle fait partie de la durée totale de l’emprisonnement; ce n’est pas un facteur atténuant susceptible d’avoir une incidence sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis.

Dans l’arrêt *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, notre Cour a examiné la question de savoir si, dans les cas où le législateur établit une peine minimale obligatoire pour une infraction donnée, le tribunal peut exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 719(3) du *Code criminel* pour prendre en compte la période que le délinquant a passée sous garde avant le prononcé de sa peine lorsque, de ce fait, la peine qui lui serait infligée serait inférieure à la peine minimale prévue par la loi. Au nom de notre Cour, la juge Arbour a souscrit à la décision rendue par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57, où le juge Rosenberg, signant l’opinion unanime, a conclu que la période de détention présentencielle pouvait être prise en compte, même si cela avait pour effet de réduire la peine infligée en cas de déclaration de culpabilité en deçà du minimum obligatoire, puisque la durée totale de l’emprisonnement serait quand même égale à ce minimum.

Dans l’arrêt *Wust*, la juge Arbour a affirmé que « [p]rétendre que la détention présentencielle ne peut jamais être réputée constituer une peine après la déclaration de culpabilité — parce que le système judiciaire ne punit pas des personnes innocentes — est un exercice de sémantique qui ne

18

19

20

original)). In particular, Arbour J. noted the typically harsh nature of pre-sentence custody and its frequent characterization as “dead time” (paras. 28-29). She concluded that “while pre-trial detention is not intended as punishment when it is imposed, it is, in effect, deemed part of the punishment following the offender’s conviction, by the operation of s. 719(3)” (para. 41).

21

Applying the reasoning in *Wust* to the issue in this case, I conclude that the time credited to an offender for time served before sentence ought to be considered part of his or her total punishment rather than a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. If the credit for time served awarded by the sentencing judge in this case is considered part of the respondent’s total punishment, it is clear that this global sum of 50 months’ imprisonment (three years pre-sentence plus 14 months post-sentence) is in the penitentiary range, thus rendering a conditional sentence an impossibility. Treating pre-sentence custody as part of the total punishment imposed also accords with the fact that, for purposes of precedent, the respondent’s “sentence” for the offence she committed will generally be understood to be the global sum of 50 months, rather than the 14 months actually imposed by the sentencing judge.

22

Since the time spent in pre-sentence custody is part of the total punishment imposed, it is clear that it is not a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence, as argued by the respondent. This makes sense because the appropriate range of sentence is related to the gravity of the offence or the moral blameworthiness of the offender, and these

tient pas compte de la réalité de cette détention » (par. 41 (soulignement dans l’original)). En particulier, la juge Arbour a fait état du caractère généralement pénible de la détention présentencielle et du fait qu’on qualifiait fréquemment cette période de « temps mort » (par. 28-29). Elle a conclu que « bien que la détention avant le procès ne se veuille pas une sanction lorsqu’elle est infligée, elle est, de fait, réputée faire partie de la peine après la déclaration de culpabilité du délinquant, par l’application du par. 719(3) » (par. 41).

Si j’applique le raisonnement suivi dans *Wust* à la question litigieuse en l’espèce, j’arrive à la conclusion que la réduction de peine accordée au délinquant pour tenir compte de la période qu’il a passée sous garde avant le prononcé de sa peine doit être considérée comme faisant partie de la durée totale de l’emprisonnement plutôt que comme un facteur atténuant susceptible d’avoir une incidence sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur l’admissibilité à l’emprisonnement avec sursis. Si la réduction de peine accordée en l’espèce par le tribunal est considérée comme faisant partie de la durée totale de la peine de l’intimée, il est clair que ce total de 50 mois d’emprisonnement (trois ans de détention présentencielle plus 14 mois de détention après le prononcé de la peine) se situe dans la fourchette des peines d’emprisonnement dans un pénitencier, d’où l’impossibilité d’octroyer un sursis. Le fait de considérer la détention présentencielle comme faisant partie de la durée totale de la peine infligée s’accorde également avec le fait que, en tant que précédent, la « peine » infligée à l’intimée pour l’infraction qu’elle a commise sera généralement perçue comme constituée du total de 50 mois, plutôt que des 14 mois infligés dans les faits par le tribunal ayant déterminé la peine.

Comme la période passée en détention présentencielle fait partie de la durée totale de la peine infligée, il est clair qu’il ne s’agit pas là d’un facteur atténuant susceptible d’influer sur la fourchette des peines applicables et de ce fait sur l’admissibilité à l’emprisonnement avec sursis, comme le prétend l’intimée. Cette conclusion est logique, puisque la fourchette des peines applicables dépend de

concepts do not change with the time spent in pre-sentence custody. Let me explain.

When considering whether a conditional sentence was warranted in *Wu*, Binnie J. recognized that such a sentence should only arise for consideration when the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender require a term of imprisonment of less than two years. Specifically, Binnie J. wrote:

Only when the sentencing judge has rejected other sentencing options, such as a conditional discharge, a suspended sentence, probation or a fine, and has concluded that a term of imprisonment of less than two years is required by the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, does a conditional sentence arise for consideration. [para. 25]

On the basis of this passage from *Wu*, it is clear to me that the appropriate range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence is dependent on the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. This conclusion is also evident from Lamer C.J.'s reference in *Proulx* to the “type of offenders” envisaged by Parliament who could be entitled to a conditional sentence (para. 55).

The conclusion that the appropriate range of sentence is dependent on the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender begs the question: what effect does pre-sentence custody have on these two concepts? In my view, spending time in custody pre-sentence in no way changes the gravity of the offence, the degree of responsibility of the offender, or, as it was put in *Proulx*, the “type of offender”. Thus, it is clear that the time spent in pre-sentence custody is not a mitigating factor that can affect the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence.

This conclusion also accords with Lamer C.J.'s statement in *Proulx* that “[i]n making [a] preliminary determination [of the appropriate range of

la gravité de l'infraction ou de la culpabilité morale du délinquant, et que ces notions ne varient pas en fonction de la période de détention présentencielle. Je m'explique.

Lorsqu'il s'est demandé s'il était justifié d'octroyer le sursis à l'emprisonnement dans *Wu*, le juge Binnie a reconnu qu'un tel sursis ne peut être envisagé que dans les cas où la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant appellent une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Plus précisément, le juge Binnie a écrit ceci :

Le juge chargé de la détermination de la peine n'envisage l'octroi du sursis à l'emprisonnement qu'après avoir rejeté les autres peines possibles — telles que l'absolution sous conditions, le sursis au prononcé de la peine, la mise en probation ou l'imposition d'une amende — et après avoir conclu que la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant appellent une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. [par. 25]

À la lumière de ce passage de l'arrêt *Wu*, il me semble évident que la fourchette des peines applicables et donc l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis dépend de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant. Cette conclusion ressort également de l'arrêt *Proulx*, où le juge en chef Lamer parle du « type de délinquants » que le législateur a voulu rendre admissibles au sursis à l'emprisonnement (par. 55).

La conclusion selon laquelle la fourchette des peines applicables dépend de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant soulève la question suivante : Quelle incidence la détention présentencielle a-t-elle sur ces deux notions? Selon moi, la période de détention présentencielle ne change en rien la gravité de l'infraction, le degré de responsabilité du délinquant ou, comme on l'a dit dans l'arrêt *Proulx*, le « type de délinquant ». Il est donc clair que la période passée en détention présentencielle ne constitue pas un facteur atténuant pouvant influencer sur la fourchette des peines applicables et, partant, sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis.

Cette conclusion est également conforme à l'énoncé du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Proulx* portant que « [p]our rendre [sa] décision

23

24

25

sentence], the judge need only consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender” (para. 59). Not only did Lamer C.J. direct that the purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 need only be considered in a limited fashion when determining the range of sentence, it is also clear that he did not at all mention s. 719(3) and the discretion it bestows on a judge to take into account pre-sentence custody as a consideration at this stage of the analysis. This further supports the conclusion that time spent in pre-sentence custody should not be considered at the first stage of the analysis with respect to sentence range. This is not to say that time spent in pre-sentence custody is never taken into account. Rather, as I will explain below, this factor is properly considered at the second stage of the analysis with respect to the duration of the sentence.

26

The third reason why it is inconsistent with the conditional sentencing regime to argue that time spent in pre-sentence custody should be taken into account in determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence is because this argument, accepted by the Court of Appeal and advanced by the respondent before this Court, is based on a plain reading of the requirement in s. 742.1(a), and such a reading has already been rejected by this Court.

27

For instance, for a unanimous Court of Appeal in this case, Charron J.A. (as she then was) noted that “[t]he first criterion that must be met under s. 742.1(a) is that ‘the court *imposes a sentence* of imprisonment of less than two years’”, and, “[i]n ‘determining the *sentence to be imposed*’, s. 719(3) allows the court to count pre-sentence custody” (para. 18 (emphasis in original)). Relying on the plain meaning of the language of ss. 742.1 and 719(3), Charron J.A. concluded that these provisions allow the sentencing judge to take into account pre-sentence

préliminaire [quant à la fourchette des peines applicables], il suffit au tribunal de prendre en compte l’objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant » (par. 59). Non seulement le juge en chef Lamer a-t-il indiqué que l’objectif et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 ne doivent être pris en compte que de façon limitée lors de la détermination de la fourchette des peines applicables, il est en outre clair qu’il n’a fait aucune mention du par. 719(3) et du pouvoir discrétionnaire que celui-ci confère au juge de prendre en compte, à cette étape de l’analyse, la période passée en détention présentencielle. Voilà qui renforce la conclusion que la période de détention présentencielle ne doit pas être prise en compte à la première étape de l’analyse, qui concerne la fourchette des peines applicables. Cela ne signifie pas que cette période n’est jamais prise en compte. Au contraire, comme je l’expliquerai plus loin, il convient de tenir compte de ce facteur à la deuxième étape de l’analyse, qui concerne la durée de la peine.

La troisième raison pour laquelle il n’est pas conforme à l’esprit du régime d’emprisonnement avec sursis de prétendre que la période de détention présentencielle devrait être prise en compte lors de la détermination de la fourchette des peines applicables et donc de l’applicabilité du sursis, tient au fait que cet argument, accepté par la Cour d’appel et invoqué par l’intimée devant notre Cour, repose sur une interprétation littérale du second préalable prévu par l’art. 742.1, interprétation que notre Cour a déjà rejetée.

Par exemple, dans l’arrêt unanime qu’elle a rédigé pour la Cour d’appel dans la présente affaire, la juge Charron (maintenant juge de notre Cour) a fait observer que [TRADUCTION] « [L]e premier critère auquel il faut satisfaire pour l’application du régime de l’art. 742.1 est que la personne soit “*condamnée* à un emprisonnement de moins de deux ans” », et que « pour “fixer *la peine à infliger*”, le tribunal est autorisé par le par. 719(3) à prendre en compte la période passée sous garde avant le prononcé de la peine » (par. 18 (en italique dans l’original)). Se

custody in determining the range of sentence under the conditional sentencing regime.

This conclusion must be rejected because, as discussed above, in *Proulx*, this Court declined to read s. 742.1(a) literally and instead gave the requirement that the court “impos[e] a sentence of imprisonment of less than two years” a purposive interpretation, in which it concluded that this requirement should be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences (para. 58). It is only after this preliminary determination is made and all other statutory prerequisites are met that the judge should proceed to the second stage of the analysis, in which the duration, venue and, if imposing a conditional sentence, conditions of the sentence are determined (*Proulx*, at para. 60).

In my view, the time spent in pre-sentence custody ought to be considered at the second stage of the analysis with respect to the duration of the sentence rather than at the first stage with respect to sentence range. I have already explained above why the time spent in pre-sentence custody should not affect the range of the sentence. Let me now explain why this factor ought to be considered with respect to the duration of the sentence.

First, as noted above, in *Proulx*, Lamer C.J. held that when the sentencing judge is determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence, he or she need not impose a term of imprisonment of fixed duration; rather, the judge need only exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. Therefore, to argue, as the respondent does, that the judge should nonetheless be permitted to take into account the time spent in pre-sentence custody

fondant sur une interprétation littérale du texte de l’art. 742.1 et du par. 719(3), la juge Charron a conclu que ces dispositions autorisent le tribunal à tenir compte de la période de détention présentencielle dans la détermination de la fourchette des peines pour l’application du régime de l’emprisonnement avec sursis.

Cette conclusion doit être rejetée parce que, comme nous l’avons expliqué plus tôt, notre Cour a, dans l’arrêt *Proulx*, refusé d’interpréter littéralement le second préalable prévu par l’art. 742.1, et a plutôt donné une interprétation téléologique de la condition requérant que la personne déclarée coupable ait été « condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans », ce qui l’a amenée à conclure que l’on peut satisfaire à cette condition en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables (par. 58). Ce n’est qu’une fois qu’il a pris cette décision préliminaire, et que tous les autres préalables prévus par la loi sont respectés, que le juge passe à la seconde étape de l’analyse, où sont fixés la durée de la peine et l’endroit où elle sera purgée, et, s’il rend une ordonnance de sursis à l’emprisonnement, la nature des conditions dont elle sera assortie (*Proulx*, par. 60).

À mon avis, la période passée en détention présentencielle doit être prise en compte à la deuxième étape de l’analyse, qui concerne la durée de la peine, plutôt qu’à la première, qui concerne la fourchette des peines applicables. J’ai déjà expliqué pourquoi la période de détention présentencielle ne devait pas influencer sur la fourchette des peines applicables. Voyons maintenant pourquoi ce facteur doit être pris en compte pour ce qui est de la durée de la peine.

Premièrement, comme je l’ai dit précédemment, le juge en chef Lamer a conclu dans *Proulx* que, lorsque le tribunal se prononce sur la fourchette des peines applicables et donc sur l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis, il n’a pas à infliger une peine d’emprisonnement d’une durée déterminée; il lui suffit de décider s’il y a lieu d’écarter deux possibilités : a) les mesures probatoires; b) l’emprisonnement dans un pénitencier. Par conséquent, prétendre, comme le fait l’intimée, que le juge devrait

28

29

30

at this stage of the analysis does not make sense, since the judge cannot deduct a specific figure (i.e. the credit for the time served) from a general range of sentence. Instead, the judge ought to apply any credit for time served when he or she finally fixes the duration of the sentence imposed. This will occur in the second stage of the analysis set out in *Proulx*.

31

Second, in *Wust*, Arbour J. stated that by holding that s. 719(3) may be applied to mandatory minimum punishments, “this Court can uphold both Parliament’s intention that offenders under s. 344(a) receive a minimum punishment of four years imprisonment and and Parliament’s equally important intention to preserve the judicial discretion to consider pre-sentencing custody under s. 719(3) and ensure that justice is done in the individual case” (para. 9 (emphasis in original)). I agree with the appellant that it can likewise be stated that by holding that pre-sentence custody ought to be considered at the second stage of the *Proulx* analysis with respect to sentence duration rather than at the first stage with respect to sentence range, this Court can give effect to Parliament’s intention to exclude from the conditional sentencing regime those offenders for whom a penitentiary term would be appropriate, while also honouring “Parliament’s equally important intention to preserve the judicial discretion to consider pre-sentencing custody under s. 719(3) and ensure that justice is done in the individual case” (para. 9).

32

In this regard, it is important to emphasize that there is a significant difference between a conditional sentence of imprisonment in the community and a jail term of equivalent duration, since offenders serving their sentence in the community are only partially deprived of their freedom, and a conditional sentence is not subject to reduction through

néanmoins être autorisé à prendre en compte la période passée en détention présentencielle à cette étape de l’analyse est illogique, puisque le juge ne peut pas soustraire un chiffre précis (c’est-à-dire la réduction accordée pour la période passée sous garde) d’une fourchette générale de peines. Il doit plutôt accorder toute réduction de peine pour détention présentencielle au moment où il fixe de manière définitive la durée de la peine infligée, c’est-à-dire à la deuxième étape de l’analyse exposée dans l’arrêt *Proulx*.

Deuxièmement, dans l’arrêt *Wust*, la juge Arbour a affirmé que, en statuant que le par. 719(3) peut être appliqué aux peines minimales obligatoires, « notre Cour est en mesure de donner effet à la volonté du législateur que les délinquants déclarés coupables en vertu de l’al. 344a) reçoivent une peine minimale de quatre ans d’emprisonnement et à son désir, tout aussi important, de laisser aux juges le pouvoir discrétionnaire que leur confère le par. 719(3) de prendre en compte la période de détention présentencielle et de faire en sorte que justice soit rendue dans chaque cas » (par. 9 (soulignement dans l’original)). À l’instar de l’appelante, j’estime qu’on peut également affirmer que, en statuant que la détention présentencielle doit être prise en compte à la deuxième étape de l’analyse exposée dans l’arrêt *Proulx*, qui concerne la durée de la peine, plutôt qu’à la première, qui concerne la fourchette des peines applicables, notre Cour donne effet à l’intention du législateur d’exclure du régime de sursis à l’emprisonnement les délinquants à l’égard desquels l’emprisonnement dans un pénitencier serait approprié, tout en respectant « son désir, tout aussi important, de laisser aux juges le pouvoir discrétionnaire que leur confère le par. 719(3) de prendre en compte la période de détention présentencielle et de faire en sorte que justice soit rendue dans chaque cas » (par. 9).

À cet égard, il importe de souligner qu’il existe une différence importante entre la peine d’emprisonnement avec sursis à purger au sein de la collectivité et la peine d’emprisonnement d’une durée équivalente, puisque le délinquant qui purge sa peine au sein de la collectivité n’est que partiellement privé de sa liberté, et que l’emprisonnement

parole: see *Proulx*, at paras. 40-44. Because a conditional sentence is conceptually distinct from a jail sentence, I agree with the appellant that it is not inequitable for an offender who warrants a sentence in the penitentiary range and is therefore ineligible for a conditional sentence to find that the duration of his or her sentence is nonetheless reduced by operation of s. 719(3) to a reformatory term of less than two years. In the end, this offender will still have served the jail sentence warranted in respect of the offence. The change in location from a federal to a provincial institution does not change the nature of the sentence, which is one of institutional confinement: see J. V. Roberts, “Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence: Crediting ‘Dead Time’ to Effect ‘Regime Change’ in Sentencing” (2005), 9 *Can. Crim. L. Rev.* 191, at p. 207.

For all these reasons, I conclude that the time spent in pre-sentence custody should not affect a sentencing judge’s determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. Rather, it is a factor that ought to be considered in the course of the judge’s determination of the duration of the actual sentence imposed. To hold otherwise would run contrary to the nature of the conditional sentencing regime, as it was defined in *Proulx*.

Besides this Court’s decision in *Proulx*, the case law regarding the conditional sentencing regime does not assist in resolving the issue of whether pre-sentence custody should affect a sentencing judge’s determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. For example, in *R. v. Knoblauch*, [2000] 2 S.C.R. 780, 2000 SCC 58, this Court examined the legality of the conditional sentence originally imposed by the trial judge. In the course of her determination that this sentence was indeed legal and fit, Arbour J., writing for a majority of this Court, noted that

avec sursis n’ouvre droit à aucune réduction de peine par voie de libération conditionnelle : voir *Proulx*, par. 40-44. Étant donné qu’une peine d’emprisonnement avec sursis se distingue, sur le plan conceptuel, d’une peine d’emprisonnement, je suis d’accord avec l’appelante pour dire qu’il n’est pas inequitable que le délinquant qui mérite une peine située dans la fourchette des peines d’emprisonnement dans un pénitencier et qui ne peut, par conséquent, bénéficier d’un sursis voit néanmoins la durée de sa peine réduite, par application du par. 719(3), à moins de deux ans. Au bout du compte, ce délinquant n’en aura pas moins purgé la peine d’emprisonnement que commande l’infraction qu’il a commise. Qu’il purge sa peine dans un établissement provincial plutôt que dans un établissement fédéral ne change pas la nature de la peine, qui en est une d’emprisonnement : voir J. V. Roberts, « Pre-Trial Custody, Terms of Imprisonment and the Conditional Sentence : Crediting “Dead Time” to Effect “Regime Change” in Sentencing » (2005), 9 *R.C.D.P.* 191, p. 207.

Pour toutes ces raisons, je conclus que la période passée en détention présentencielle ne doit pas influencer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur la possibilité de prononcer une condamnation à l’emprisonnement avec sursis. Il s’agit plutôt d’un facteur que le tribunal doit prendre en compte pour fixer la durée de la peine infligée dans les faits. Toute autre conclusion serait contraire à la nature du régime d’emprisonnement avec sursis, tel qu’il a été défini dans l’arrêt *Proulx*.

Hormis l’arrêt *Proulx* de notre Cour, la jurisprudence en matière d’emprisonnement avec sursis n’aide guère à résoudre la question de savoir si la détention présentencielle devrait influencer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis. Dans l’arrêt *R. c. Knoblauch*, [2000] 2 R.C.S. 780, 2000 CSC 58, par exemple, notre Cour a examiné la légalité de la peine d’emprisonnement avec sursis infligée initialement par le juge du procès. Estimant que cette peine était bien juste et conforme au droit, la juge Arbour, qui s’exprimait pour la Cour à la majorité, a signalé que,

33

34

in this case both the trial judge and the Court of Appeal were of the view, which has not been disputed before us, that considering all the circumstances, the appropriate punishment for this offender would have been a sentence of three years of incarceration which was properly reduced to two years less a day to take into account the period spent in pre-trial custody. [para. 16]

In determining the availability of a conditional sentence in these circumstances, Arbour J. briefly addressed the first criterion in s. 742.1(a) as follows:

There is no dispute, as I indicated earlier, that a sentence of two years less a day was a fit and appropriate sentence in all the circumstances. The first criterion in s. 742.1 of the Code having been satisfied, it remains only to be decided whether the trial judge was entitled to conclude that “serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing”, in accordance with s. 742.1(b). [Emphasis added; para. 25.]

Given Arbour J.’s comment that the first criterion in s. 742.1 of the *Criminal Code* (i.e. that a judge impose a sentence of imprisonment of less than two years) was satisfied in this case, despite the fact that but for pre-sentence custody the appropriate sentence would have been three years and therefore in the penitentiary range, it can be argued that, contrary to my conclusion here, this Court has implicitly ruled that a sentencing judge can consider pre-sentence custody in determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. However, as I noted in dissent in *Knoblauch*, at para. 67, the central point of contention between the appellant and the respondent in that case related to the third conditional sentence prerequisite of safety to the community. In neither the majority nor the dissenting reasons in *Knoblauch* was there any comprehensive consideration of whether it was proper for the trial judge to consider pre-sentence custody in narrowing the range of sentence thereby making a conditional sentence a possibility. Thus, I conclude that this Court’s decision in *Knoblauch* is

en l’espèce, tant le juge du procès que la Cour d’appel en sont arrivés à la conclusion — qui n’a pas été contestée devant nous — que, eu égard à toutes les circonstances, la sanction appropriée à l’égard du délinquant en cause aurait été une peine d’incarcération de trois ans, sanction qui a à juste titre été réduite à deux ans moins un jour pour tenir compte de la période passée sous garde avant le procès. [par. 16]

Lorsqu’elle s’est prononcée sur l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis eu égard aux circonstances de cette affaire, la juge Arbour a abordé brièvement le critère de l’art. 742.1 requérant que la personne ait été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans :

Comme je l’ai indiqué précédemment, il n’est pas contesté qu’une peine d’emprisonnement de deux ans moins un jour était juste et appropriée eu égard aux circonstances. Le premier critère énoncé à l’art. 742.1 du Code ayant été satisfait, il ne reste plus qu’à décider si le juge du procès était autorisé à conclure que « le fait [pour l’appelant] de purger la peine au sein de la collectivité ne met[tait] pas en danger la sécurité de celle-ci et [était] conforme à l’objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2 », conformément au deuxième critère de l’art. 742.1. [Je souligne; par. 25]

Étant donné l’observation de la juge Arbour portant que le critère de l’art. 742.1 du *Code criminel* requérant une condamnation à un emprisonnement de moins de deux ans était respecté dans cette affaire, en dépit du fait que, n’eût été la période de détention présentencielle, la peine appropriée aurait été de trois ans et se serait donc située dans la fourchette des peines d’emprisonnement dans un pénitencier, il serait possible de prétendre que, contrairement à ma conclusion en l’espèce, notre Cour a implicitement statué que le tribunal peut prendre en compte la période de détention présentencielle pour déterminer la fourchette des peines applicables et, partant, l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis. Cependant, comme je l’ai indiqué dans les motifs de dissidence que j’ai rédigés dans l’arrêt *Knoblauch*, par. 67, le désaccord central entre l’appelant et l’intimée dans cette affaire portait sur le troisième préalable à l’emprisonnement avec sursis, soit la sécurité de la collectivité. Ni les juges majoritaires ni les juges dissidents dans *Knoblauch* n’ont procédé à un examen exhaustif de la question de savoir s’il était approprié que le juge du procès prenne en compte la

not particularly helpful in resolving the issue in the case at bar.

Jurisprudence from the lower courts is similarly unhelpful. Decisions arising out of Saskatchewan and Ontario appear to hold that a sentencing judge cannot calculate the amount of time that the accused has spent on remand and deduct it to determine whether the conduct in question would normally merit the imposition of imprisonment within a penitentiary: see *R. v. Predenchuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. v. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. v. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536 (C.A.). Another decision from Ontario and one from Quebec are not as clear and seem to suggest that where a penitentiary sentence is otherwise warranted, a conditional sentence will only be imposed in a rare and exceptional case after factoring in time spent in pre-trial custody: see *R. v. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41 (Ont. C.A.); *R. c. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695 (C.Q.). In contrast, decisions arising out of Alberta and British Columbia implicitly support the respondent's argument that pre-sentence custody can be considered with respect to the range of sentence and therefore can impact upon the availability of a conditional sentence: see *R. v. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. v. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. v. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. v. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. v. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152.

As was the case with *Knoblauch*, none of these cases offer a thorough analysis of the issue of whether pre-sentence custody should affect a sentencing judge's determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. Therefore, they do not assist with resolving the issue in the case at bar.

période de détention présentencielle pour délimiter la fourchette des peines applicables, et rende ainsi possible l'emprisonnement avec sursis. Je conclus donc que l'arrêt *Knoblauch* de notre Cour n'est pas particulièrement utile pour résoudre la question litigieuse en l'espèce.

La jurisprudence des tribunaux d'instance inférieure n'est guère plus utile. Il semble ressortir de décisions rendues en Saskatchewan et en Ontario que le juge qui fixe la peine ne peut calculer puis soustraire la période que l'accusé a passée en détention préventive pour déterminer si les actes reprochés commanderaient normalement l'infliction d'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier : voir *R. c. Predenchuk* (2000), 199 Sask. R. 264, 2000 SKCA 122; *R. c. Runns* (2002), 165 C.C.C. (3d) 217, 2002 SKCA 48; *R. c. Dobis* (2002), 58 O.R. (3d) 536 (C.A.). Une autre décision de l'Ontario, ainsi qu'une décision du Québec, ne sont pas aussi claires et semblent indiquer que, dans les cas où l'emprisonnement dans un pénitencier est par ailleurs justifié, l'emprisonnement avec sursis ne sera ordonné que rarement et à titre exceptionnel, après avoir pris en compte le temps passé sous garde avant le procès : voir *R. c. Persaud* (2002), 26 M.V.R. (4th) 41 (C.A. Ont.); *R. c. Bastien*, [2003] R.J.Q. 1695 (C.Q.). Par contre, des décisions rendues en Alberta et en Colombie-Britannique appuient implicitement l'argument de l'intimée selon lequel la détention présentencielle peut être prise en compte pour ce qui est de la fourchette des peines applicables et peut donc influencer sur l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis : voir *R. c. McClelland* (2001), 281 A.R. 378, 2001 ABCA 182; *R. c. La* (2003), 15 Alta. L.R. (4th) 56, 2003 ABQB 391; *R. c. Skani* (2002), 331 A.R. 50, 2002 ABQB 1097; *R. c. Brown* (2002), 32 M.V.R. (4th) 211, 2002 ABPC 187; *R. c. Harris* (2002), 167 C.C.C. (3d) 246, 2002 BCCA 152.

Tout comme l'arrêt *Knoblauch*, aucune de ces décisions ne fournit une analyse approfondie de la question de savoir si la détention présentencielle doit influencer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur la possibilité de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis. Elles ne permettent donc pas de résoudre la question en litige dans la présente affaire.

37

It remains to consider the respondent's argument that prohibiting a sentencing judge from considering pre-sentence custody at the first stage of the *Proulx* analysis will lead to inequitable results. For example, in her written submissions to this Court, the respondent described a situation in which two accused are arrested on serious charges normally warranting a sentence in the range of three years. At a bail hearing, the more affluent accused presents evidence of a good financial background and a surety with some assets. This accused is released with some bail conditions. The second accused has no money and can present no suitable surety. This accused is detained in custody. Twelve months later, at the sentencing hearing, defence counsel for the first accused tells the judge that his or her client should get a conditional sentence because, while released, the offender has, for example, followed restrictive bail conditions, upgraded his or her education or secured a steady job. The sentencing judge is impressed by this behaviour and imposes a conditional sentence. The second accused has not been able to achieve any of these mitigating factors, because he or she has been detained. Therefore, a conditional sentence is not available to this accused. In order to correct this apparent inequity, the respondent submits that, in determining whether the sentence comes within the range in which a conditional sentence is available, the sentencing judge should be able to consider all the factors presented by both individuals at the time of sentencing, including the time spent in pre-sentence custody.

38

In contrast to the respondent's argument, the Crown submitted that if this Court allows pre-sentence custody to be considered in determining the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence, this may result in the unequal treatment of similarly situated offenders and an increase in sentencing discrepancies between the least and worst offenders, given that only those meriting detention before trial could potentially qualify for conditional sentences by virtue of time spent in pre-sentence custody. In support of this argument, the Crown offered the example of two co-accused

Il reste à examiner l'argument de l'intimée voulant que le fait d'interdire au juge qui fixe la peine de prendre en compte la détention présentencielle à la première étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Proulx* conduirait à des résultats inéquitables. Par exemple, dans les observations écrites qu'elle a présentées à notre Cour, l'intimée a soumis la situation de deux accusés qui seraient arrêtés suite de graves accusations appelant normalement une peine d'environ trois ans. Lors de l'enquête relative au cautionnement, l'accusé le mieux nanti présente une preuve de ses bonnes assises financières ainsi qu'une caution disposant de certains actifs. Cet accusé est mis en liberté à certaines conditions. Le deuxième accusé n'a pas d'argent et ne peut présenter aucune caution valable. Cet accusé est placé en détention. Douze mois plus tard, à l'audience de détermination de la peine, l'avocat du premier accusé explique au juge que son client devrait obtenir un sursis à l'emprisonnement parce que, pendant la période où il était en liberté, il a, par exemple, respecté des conditions restrictives de liberté sous caution, poursuivi ses études ou trouvé un emploi stable. Impressionné par ce comportement, le juge ordonne l'emprisonnement avec sursis. Du fait qu'il était détenu, le deuxième accusé n'a pu faire valoir aucun de ces facteurs atténuants. Il ne peut donc bénéficier d'un sursis à l'emprisonnement. L'intimée soutient que, pour corriger cet apparent manque d'équité, le tribunal doit pouvoir, lorsqu'il détermine si la peine se situe dans une fourchette donnant ouverture à l'emprisonnement avec sursis, prendre en considération tous les facteurs présentés par les deux accusés au moment du prononcé de la peine, y compris la période de détention présentencielle.

Contrairement aux prétentions de l'intimée, le ministère public soutient que si notre Cour autorisait la prise en compte de la détention présentencielle pour déterminer la fourchette des peines applicables et donc l'applicabilité de l'emprisonnement avec sursis, il pourrait en résulter des traitements différents pour des délinquants placés dans des situations semblables ainsi qu'une accentuation de l'écart entre les peines infligées aux délinquants les moins dangereux et aux délinquants les plus dangereux, puisque seuls ceux dont la détention avant procès est justifiée pourraient remplir les conditions

who are arrested for a serious crime. One accused, a first-time offender, is released on bail. The other accused is detained on the strength of his substantial criminal record. The first-time offender enters an early plea and receives a three-year penitentiary term. The other accused eventually pleads guilty after 18 months in custody and receives credit for 36 months. Pursuant to the Court of Appeal's interpretation of ss. 719(3) and 742.1(a), even if the sentence this accused would otherwise have received was five years on account of his record, he would be eligible for a conditional sentence because of the time spent in pre-sentence custody. This sentencing option would be unavailable to his accomplice, in spite of his prior unblemished record and earlier guilty plea.

It is clear that there are potential inequitable results associated with both positions. Whatever the circumstances, it is always necessary to choose the interpretation of ss. 719(3) and 742.1(a) that best honours Parliament's intention in enacting the conditional sentence regime. In *Proulx*, this Court held that "Parliament intended that a conditional sentence be considered only for those offenders who would have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years" (para. 49). It was not designed for those offenders for whom a penitentiary term is appropriate. Thus, once a sentencing judge considers the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender and concludes that a sentence in the penitentiary range is warranted and that a conditional sentence is therefore unavailable, time spent in pre-sentence custody ought not to disturb this conclusion. Instead, this time should be considered at the second stage of the *Proulx* analysis with respect to the duration of the sentence actually imposed. Not only does this approach honour Parliament's intention to offer an alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders, it also makes good

requis pour obtenir un sursis à l'emprisonnement du fait de cette période passée en détention présentencielle. À l'appui de cet argument, le ministère public a donné l'exemple de deux coaccusés qui seraient arrêtés relativement à un crime grave. L'un d'eux, qui en est à sa première infraction, est libéré sous caution. L'autre est placé en détention sur la foi de son casier judiciaire chargé. Le délinquant qui en est à sa première infraction plaide rapidement coupable et est condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans dans un pénitencier. L'autre accusé plaide finalement coupable après 18 mois de détention et bénéficie d'une réduction de peine de 36 mois. Selon l'interprétation que la Cour d'appel a donnée du par. 719(3) et du second préalable prévu par l'art. 742.1, même s'il aurait autrement été condamné à une peine de cinq ans en raison de son casier judiciaire, cet accusé serait admissible à l'emprisonnement avec sursis vu la période qu'il a passée en détention présentencielle, alors que son complice, dont le casier judiciaire était vierge et qui a plaidé coupable plus rapidement, ne pourrait bénéficier d'un tel sursis.

Chacune des deux thèses avancées emporte manifestement un risque de résultats inéquitables. Quelles que soient les circonstances, il faut toujours opter pour l'interprétation du par. 719(3) et du second préalable prévu par l'art. 742.1 qui respecte le mieux l'intention qu'avait le législateur en instaurant le régime d'emprisonnement avec sursis. Dans l'arrêt *Proulx*, notre Cour a estimé que « [l]e législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ne soit envisagé qu'à l'égard des délinquants qui, autrement, seraient emprisonnés pendant des périodes de moins de deux ans » (par. 49). Ce régime n'a pas été conçu à l'intention des délinquants à l'égard desquels l'emprisonnement dans un pénitencier est approprié. Par conséquent, une fois que le tribunal a examiné la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant et conclu qu'une peine située dans la fourchette des peines d'emprisonnement dans un pénitencier est justifiée et qu'un sursis à l'emprisonnement n'est donc pas possible, la période de détention présentencielle ne doit pas avoir pour effet de modifier cette conclusion. Cette période doit plutôt être prise en compte à la deuxième étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Proulx*, qui concerne

practical sense since a sentencing judge cannot properly “deduct” the credit for time served from an estimated range of sentence.

40 Therefore, I conclude that the judicial discretion to consider the time spent in pre-sentencing custody in determining the sentence to be imposed provided for by s. 719(3) of the *Criminal Code* does not mean that the requirement in s. 742.1(a) that a sentence of imprisonment of less than two years be imposed before a conditional sentence can be authorized refers only to the actual time to be spent in jail after sentencing; rather, this requirement refers to the total time taken into account by the sentencing judge in determining the degree of punishment warranted by the gravity of the offence and the moral blameworthiness of the offender.

41 Since writing these reasons, I have had an opportunity to read the reasons of my colleague Fish J. They invite the following comments.

42 First, at the outset of his reasons, my colleague raises the concern that pre-sentence custody could transform what would otherwise be a penitentiary range sentence into a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine but not a conditional sentence. With respect, I must emphasize that the effect of pre-sentence custody on the availability of a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine is an issue that is not before us in this appeal. Rather, this appeal is solely concerned with whether time spent in pre-sentence custody ought to affect a sentencing judge’s determination of the range of sentence and therefore the availability of a conditional sentence. As noted by Lamer C.J. in *Proulx*, the conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to reduce the use of prison as a sanction and to expand the use of restorative justice principles in sentencing (paras. 15 and 21). Given that the conditional sentence is a new sanction with a unique combination of objectives, it

la durée de la peine infligée dans les faits. Non seulement cette interprétation respecte-t-elle l’intention du législateur d’offrir une solution de rechange à l’incarcération des délinquants non dangereux, mais elle est également logique sur le plan pratique, puisque le tribunal ne peut pas vraiment « soustraire » la période passée sous garde d’une fourchette approximative de peines.

Par conséquent, je conclus que le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte la période de détention présentencielle pour fixer la peine à infliger, conféré au par. 719(3) du *Code criminel*, ne signifie pas que le second préalable prévu par l’art. 742.1 — à savoir que la personne ait été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans pour être admissible à un sursis à l’emprisonnement — vise uniquement la période qui devra de fait être passée en prison après le prononcé de la peine; ce préalable concerne plutôt la période totale que le tribunal prend en compte pour déterminer la sévérité de la sanction requise par la gravité de l’infraction et la culpabilité morale du délinquant.

Après avoir rédigé les présents motifs, j’ai eu l’occasion de lire les motifs de mon collègue le juge Fish, qui appellent les commentaires suivants.

Premièrement, au début de ses motifs, mon collègue soulève une préoccupation, celle de voir la détention présentencielle transformer ce qui constituerait autrement une peine d’emprisonnement dans un pénitencier en un sursis au prononcé de la peine, une ordonnance de probation, une absolution ou une amende, mais non en un sursis à l’emprisonnement. En toute déférence, je dois souligner que l’effet de la détention présentencielle sur la possibilité d’un sursis au prononcé de la peine, d’une ordonnance de probation, d’une absolution ou d’une amende est une question dont nous ne sommes pas saisis en l’espèce. Le présent pourvoi porte en effet uniquement sur la question de savoir si la période passée en détention présentencielle devrait influencer sur la détermination de la fourchette des peines applicables et, partant, sur l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis. Ainsi que l’a souligné le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Proulx*, le régime d’emprisonnement avec sursis a précisément été édicté comme sanction visant à

should not be automatically equated with other sentencing alternatives, such as a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine. Accordingly, it is my position that the relationship between pre-sentence custody and the availability of a suspended sentence, a probation order, a discharge or a fine is an issue that is better left for another day.

Second, at para. 65, he states that “[a] sentence of less than two years is not transformed into a sentence of more than two years for the purpose of s. 742.1(a) simply because the trial judge took into account, in imposing the sentence of less than two years, time already spent in custody as a result of the offence.” Respectfully, it is my view that this statement does not accord with this Court’s conclusion in *Wust* that time credited to an offender for time served before sentence ought to be considered part of the total punishment imposed. As noted earlier, in *Wust*, Arbour J. stated that

while pre-trial detention is not intended as punishment when it is imposed, it is, in effect, deemed part of the punishment following the offender’s conviction, by the operation of s. 719(3). The effect of deeming such detention punishment is not unlike the determination, discussed earlier in these reasons, that time spent lawfully at large while on parole is considered nonetheless a continuation of the offender’s sentence of incarceration. [para. 41]

Third, at para. 75, my colleague states that “[w]here an offender has at the time of sentence already spent time in custody and a court would otherwise have imposed a sentence of more than two years, the deterrent and punitive purposes will in some instances have been satisfied by the time spent in custody.” I accept that this situation may occur in some cases; however, I do not agree with

réduire le recours à l’emprisonnement et à élargir l’application des principes de justice corrective dans la détermination de la peine (par. 15 et 21). Comme l’emprisonnement avec sursis est une nouvelle sanction visant une combinaison particulière d’objectifs, cette mesure ne devrait pas être assimilée automatiquement aux autres solutions de rechange à l’incarcération telles que le sursis au prononcé de la peine, l’ordonnance de probation, l’absolution ou l’amende. Par conséquent, j’estime qu’il vaut mieux remettre à une autre occasion l’examen de la relation entre la détention présentencielle et la possibilité de surseoir au prononcé de la peine, d’ordonner une mise en probation, d’accorder une absolution ou d’infliger une amende.

Deuxièmement, au par. 65, mon collègue dit qu’« [u]ne peine de moins de deux ans ne se transforme pas, pour l’application de l’art. 742.1, en une peine de plus de deux ans simplement parce que le juge du procès a, en infligeant la peine de moins de deux ans, pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l’infraction. » En toute déférence, cet énoncé ne m’apparaît pas conforme à la conclusion de notre Cour dans l’arrêt *Wust*, où il a été jugé que la période de détention présentencielle devait être prise en compte dans le calcul de la durée totale de l’emprisonnement. Comme il a été indiqué plus tôt, la juge Arbour a dit ce qui suit dans l’arrêt *Wust* :

. . . bien que la détention avant le procès ne se veuille pas une sanction lorsqu’elle est infligée, elle est, de fait, réputée faire partie de la peine après la déclaration de culpabilité du délinquant, par l’application du par. 719(3). Le fait d’assimiler ce type de détention à une peine n’est pas sans rappeler l’observation, analysée plus tôt dans les présents motifs, que le délinquant qui bénéficie d’une libération conditionnelle continue, tant qu’il a le droit d’être en liberté, de purger sa peine d’emprisonnement. [par. 41]

Troisièmement, au par. 75, mon collègue dit que « [l]orsque le délinquant a déjà passé une période sous garde au moment du prononcé de la peine, et que le tribunal lui aurait autrement infligé une peine d’emprisonnement de plus de deux ans, les objectifs de dissuasion et de châtement auront, dans certains cas, été réalisés par la période de détention. » Je reconnais que cette situation peut

43

44

my colleague's statement that, in such cases, there is "no reason of principle, policy or precedent to limit the sentencing court to a choice between a probationary sentence that is too lenient and custodial sentence that is too severe" (para. 77).

45

In my view, the sentencing court is indeed limited to these choices by operation of s. 742.1(a) and this Court's interpretation of this requirement in *Proulx*. In *Proulx*, this Court held that "Parliament intended that a conditional sentence be considered only for those offenders who would have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years" (para. 49). Since the offender in the cases described by my colleague is of the type that would otherwise deserve a penitentiary term, he or she is ineligible for a conditional sentence. Of course, the time spent in pre-sentence custody can be taken into account by the sentencing court when determining the duration of the actual sentence imposed (whether it is a custodial or a non-custodial sentence). While this may be perceived to be an inequitable result in cases where it is felt that a probationary sentence would be too lenient and custodial sentence too severe, absent a challenge on constitutional grounds, the courts must interpret and apply a statute in accordance with Parliament's intent: see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 62.

46

Accordingly, I would allow the appeal. Since defence counsel conceded that but for the time spent in pre-sentence custody a penitentiary sentence would have been appropriate, by operation of s. 742.1(a) and this Court's interpretation of this requirement in *Proulx*, a conditional sentence was unavailable in this case. A term of incarceration, reduced by the application of the credit for time served pursuant to s. 719(3), should have been imposed. Nevertheless, the respondent has long since served her sentence and the Crown is no longer seeking her incarceration. Therefore, while

se présenter dans certains cas; toutefois, je ne suis pas d'accord avec mon collègue lorsqu'il dit que, en pareils cas, il ne voit « ni principe ni politique ni précédent qui justifierait d'obliger le tribunal chargé de déterminer la peine à choisir entre une mesure probatoire, trop clémente, et une peine d'emprisonnement, trop sévère » (par. 77).

À mon avis, le tribunal qui fixe la peine est de fait limité à ces choix par l'effet du second préalable prévu par l'art. 742.1 et de l'interprétation que notre Cour a donnée de cette condition dans *Proulx*. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que « [l]e législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ne soit envisagé qu'à l'égard des délinquants qui, autrement, seraient emprisonnés pendant des périodes de moins de deux ans » (par. 49). Étant donné que le délinquant dans les cas évoqués par mon collègue est du type de ceux qui, autrement, recevraient une peine d'emprisonnement dans un pénitencier, il n'est pas admissible à l'emprisonnement avec sursis. Bien sûr, le tribunal peut prendre en compte la période de détention présentencielle lorsqu'il calcule la durée de la peine (avec emprisonnement ou non) véritablement infligée. Bien que ce résultat puisse paraître inéquitable dans les cas où l'on estime qu'une mesure probatoire serait trop clémente et une peine d'emprisonnement trop sévère, les tribunaux doivent, sauf contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel, interpréter et appliquer une loi conformément à l'intention du législateur : voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 62.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Comme l'avocat de la défense a admis que, n'eût été la période de détention présentencielle, une peine d'emprisonnement dans un pénitencier aurait été appropriée, par l'effet du second préalable prévu par l'art. 742.1 et de l'interprétation qu'a donnée de ce préalable notre Cour dans l'arrêt *Proulx*, l'emprisonnement avec sursis n'était pas possible en l'espèce. Une peine d'incarcération, réduite pour tenir compte en vertu du par. 719(3) de la période passée sous garde, aurait dû être infligée. Cependant, l'intimée a depuis longtemps purgé sa peine, et le

the appeal is allowed, the order imposing a sentence of incarceration is stayed.

The reasons of Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

At the hearing of this appeal, the Crown's position was summarized by a member of the Court in these terms:

... it seems to me that what you're saying is that pre-trial custody could transform what would otherwise be a penitentiary range sentence into a suspended sentence, a probation order, [a] discharge [or] a fine but not a conditional sentence. Is that a fair summary?

With appropriate candour, able and experienced Crown counsel responded:

That's right. That's fair and I recognize that that attracts a certain ... wonder.

The reason for wonderment, of course, is that the Crown's position on this appeal is illogical on its face. It is manifestly unattractive at first sight — and that initial impression is not enhanced, in my view, on reflection.

On the contrary, as we shall presently see, the Crown's position is entirely devoid of statutory support, inconsistent with Parliament's purpose in introducing the conditional sentencing regime, and neither required nor even contemplated by *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, this Court's leading authority on the subject.

Still less is the Crown's position supported by *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18.

ministère public ne demande plus son incarcération. En conséquence, bien que le pourvoi soit accueilli, l'effet de l'ordonnance prévoyant une peine d'incarcération est suspendu indéfiniment.

Version française des motifs des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissent) —

I

La position du ministère public a été résumée ainsi à l'audience par un juge de notre Cour :

[TRADUCTION] ... il me semble que ce que vous êtes en train de dire, c'est qu'une période de détention avant le procès pourrait transformer ce qui constituerait autrement une peine d'emprisonnement dans un pénitencier en un sursis au prononcé de la peine, une ordonnance de probation, [une] absolution [ou] une amende, mais non en un sursis à l'emprisonnement. C'est bien ça?

Le procureur de la Couronne, avocat compétent et expérimenté, a en toute candeur répondu ce qui suit :

[TRADUCTION] C'est exact. C'est bien ça, même si je reconnais que cela puisse paraître un peu [. . .] étonnant.

L'étonnement s'explique, bien sûr, par l'illogisme évident de la position du ministère public dans le présent pourvoi. Cette position est nettement peu séduisante de prime abord — impression initiale que la réflexion ne vient pas, à mon avis, estomper.

Au contraire, comme nous le verrons, la position défendue par le ministère public ne repose sur aucune assise législative, elle est incompatible avec l'objectif que visait le législateur lorsqu'il a instauré le régime d'emprisonnement avec sursis et elle n'est ni requise ni même envisagée par l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, qui constitue l'arrêt de principe de notre Cour sur cette question.

La position du ministère public trouve encore moins appui dans l'arrêt *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18.

47

48

49

50

51 The issue in *Wust* was whether a sentencing court, when required by Parliament to impose a minimum term of imprisonment, may deduct time spent by the accused in custody while awaiting trial and sentence. This Court answered that question, unanimously, in the affirmative. If pre-sentence custody can properly result in a sentence of shorter duration than the minimum term of imprisonment fixed by Parliament, why can it not result in a sentence of less than two years, within the meaning of s. 742.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with respect to offences for which Parliament has not fixed a minimum sentence of imprisonment?

52 Moreover, in concluding as it did in *Wust*, the Court emphasized the need, in interpreting the sentencing provisions of the *Criminal Code*, “to avoid absurd results by searching for internal coherence and consistency in the statute” (para. 34).

53 As we have already seen, the position advocated by the Crown in this case is illogical on its face. And it is not made coherent by arbitrarily excluding from consideration, on the ground that they are “not before us in this appeal”, any of the sentencing alternatives — custodial, probationary or conditional — that have been specifically postulated by Parliament (reasons of Bastarache J., at para. 42).

54 On the contrary, that is what this case is about: To which, if any, of the sentencing alternatives created by Parliament, does s. 719(3) of the *Criminal Code* not apply? Parliament has expressly provided in s. 742.1 of the *Code* that conditional sentences are available where “the court . . . imposes a sentence of imprisonment of less than two years”, provided, of course, that the two other statutory conditions are met. And Parliament has provided in s. 719(3) of the *Code*, again in express terms, that the court may take pre-sentencing custody into account “[i]n determining the sentence to be imposed.” The issue in this case is whether the Court, by judicial fiat, should declare s. 719(3)

La question qui se posait dans *Wust* était de savoir si, dans les cas où le législateur a prescrit une peine minimale d'emprisonnement, le tribunal qui détermine la peine peut déduire la période que le contrevenant a passée sous garde en attendant le prononcé de sa peine. Notre Cour a, à l'unanimité, répondu par l'affirmative à cette question. Or, si la détention présentencielle peut légitimement donner lieu à l'infliction d'une peine plus courte que la peine minimale d'emprisonnement établie par le législateur, pourquoi ne peut-il pas en résulter une peine de moins de deux ans, au sens de l'art. 742.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour ce qui est des infractions à l'égard desquelles le législateur n'a pas établi une peine minimale d'emprisonnement?

De plus, en concluant comme elle l'a fait dans *Wust*, notre Cour a souligné la nécessité d'interpréter les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine « de façon à éviter toute contradiction entre ses dispositions et tout résultat absurde, en s'efforçant d'assurer la cohérence et la logique internes du texte » (par. 34).

Je le répète, la position que préconise le ministère public en l'espèce est manifestement illogique. Et ce n'est pas en excluant arbitrairement de l'examen l'une ou l'autre des différentes sanctions expressément prévues par le législateur — incarcération, probation ou sursis —, au motif que « nous n'[en] sommes pas saisis en l'espèce », qu'on lui confère une cohérence (motifs du juge Bastarache, par. 42).

Au contraire, c'est là le cœur de la présente affaire : À laquelle, s'il en est, des diverses sanctions créées par le législateur le par. 719(3) du *Code criminel* est-il inapplicable? Le législateur a expressément prévu, à l'art. 742.1 du *Code*, que le tribunal peut prononcer l'emprisonnement avec sursis « [I]orsqu'une personne est [. . .] condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans », pourvu, bien sûr, que les deux autres conditions soient réunies. Il a aussi prévu, au par. 719(3) du *Code*, toujours en termes exprès, que le tribunal peut prendre en compte la période de détention présentencielle « [p]our fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction. » La question

inapplicable to one or more of the sentencing alternatives created by Parliament — though Parliament itself has declined to do so.

With respect for the contrary opinion of Bastarache J., I agree with the reasons and the conclusion of Charron J.A. (as she then was), speaking for herself and Moldaver and Feldman J.J.A. in the Court of Appeal for Ontario: (2003), 65 O.R. (3d) 751.

I would therefore dismiss the appeal and wish only to add some observations of my own.

II

It is conceded by the Crown that nothing in the *Criminal Code* requires sentencing judges to disregard time spent in preventive custody when they determine, upon sentencing an accused, whether a conditional sentence is appropriate or not.

For ease of reference, I reproduce here the governing statutory criteria:

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

When the offence is not punishable by a minimum term of imprisonment, the Court is empowered by this provision, in the plainest of terms, to impose a conditional sentence whenever it imposes a sentence of less than two years and is satisfied

que pose le présent pourvoi est de savoir s'il convient que, par ordonnance judiciaire, la Cour déclare le par. 719(3) inapplicable à l'une ou plusieurs des sanctions prévues par le législateur — alors que ce dernier a lui-même refusé de le faire.

Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Bastarache, je souscris aux motifs et à la conclusion de la juge Charron (maintenant juge de notre Cour), qui s'est exprimée en son nom et au nom des juges Moldaver et Feldman de la Cour d'appel de l'Ontario : (2003), 65 O.R. (3d) 751.

En conséquence, je rejetterais le pourvoi. Je voudrais seulement ajouter quelques observations.

II

Le ministère public admet qu'aucune disposition du *Code criminel* n'oblige les tribunaux chargés de fixer les peines à faire abstraction de la période passée en détention préventive lorsqu'ils décident, au moment du prononcé de la peine, s'il convient ou non d'octroyer un sursis à l'emprisonnement.

Par souci de commodité, je reproduis les critères applicables prévus par la loi :

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

Lorsque aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue à l'égard de l'infraction, cette disposition habilite le tribunal, en termes on ne peut plus clairs, à surseoir à l'emprisonnement chaque fois qu'il inflige une peine de moins de deux ans et

55

56

57

58

59

that serving the sentence in the community meets the test set out in s. 742.1(b).

qu'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité satisfait au critère énoncé à cet égard à l'art. 742.1.

60 This point was made clear in *Proulx*, at para. 79:

Ce point a été clarifié dans l'arrêt *Proulx*, au par. 79 :

Section 742.1 does not exclude any offences from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of imprisonment. Parliament could have easily excluded specific offences in addition to those with a mandatory minimum term of imprisonment but chose not to.

L'article 742.1 n'exclut du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement aucune infraction autre que celles pour lesquelles une peine minimale d'emprisonnement est prévue. Le législateur aurait pu facilement exclure certaines autres infractions, mais il a choisi de ne pas le faire.

Thus, a conditional sentence is available in principle for all offences in which the statutory prerequisites are satisfied. [First emphasis added; second emphasis in original.]

En conséquence, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement peut, en principe, être rendue à l'égard de toute infraction pour laquelle les préalables prévus par la loi sont réunis. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

61 Section 719(3) of the *Criminal Code* reads:

Le paragraphe 719(3) du *Code criminel* est rédigé ainsi :

719. . . .

719. . . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

62 A court that might otherwise have imposed a sentence of more than two years is thus authorized by s. 719(3) to impose a sentence of less than two years where a longer term of imprisonment would be excessive, bearing in mind the time already spent in custody as a result of the offence.

Ainsi, le par. 719(3) autorise le tribunal qui aurait autrement pu prononcer une peine de plus de deux ans à infliger une peine de moins de deux ans dans le cas où un emprisonnement d'une durée plus longue constituerait une peine excessive, vu la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction.

63 From a statutory point of view, the resulting sentence of less than two years clearly satisfies s. 742.1(a). In this regard, I see no ambiguity whatever in either s. 719(3) or s. 742.1(a).

Sur le plan de la loi, la peine de moins de deux ans qui en résulte satisfait clairement à l'art. 742.1. Je ne vois à cet égard aucune ambiguïté, ni dans le par. 719(3) ni dans l'art. 742.1.

64 If the offence is punishable by a minimum term of imprisonment, the accused is of course ineligible for a conditional sentence. Where the offence is not punishable by a minimum term of imprisonment, its duration is calculated for all purposes (subject to statutory exceptions not relevant here) from the date of its imposition: s. 719(1) of the *Code*.

S'il s'agit d'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue, l'accusé n'est évidemment pas admissible au sursis à l'emprisonnement. S'il s'agit d'une infraction pour laquelle aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue, la durée de la peine se calcule à tous égards (sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi et non pertinentes en l'espèce) à compter du moment où elle est infligée : par. 719(1) du *Code*.

A sentence of less than two years is not transformed into a sentence of more than two years for the purpose of s. 742.1(a) simply because the trial judge took into account, in imposing the sentence of less than two years, time already spent in custody as a result of the offence. Were it otherwise, a sentence of less than two years in like circumstances would preclude a probation order: see s. 731(1)(b). No authority to that effect has been drawn to our attention.

Indeed, as I mentioned earlier, the Crown concedes that probation is permitted where a sentence of less than two years is imposed on account of the time already spent in custody.

It is well established that courts should not impose conditional sentences where less restrictive sanctions would adequately reflect the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. This overarching principle is turned on its head by the Crown's position in this case.

Conditional sentences are said by the Crown to be prohibited because they do not adequately reflect the need for severity, while the manifestly less restrictive sentences, such as a probationary sentence, a fine or a discharge — which the sentencing court must find to be inadequate before a conditional sentence can be imposed — are permissible. In short, less restrictive sentences are permitted where a more restrictive sanction — a conditional sentence — is excluded because it is too lenient!

III

I turn, finally, to Parliament's purpose in introducing the conditional sentencing regime, and to the decision of this Court in *Proulx*.

In *Proulx*, speaking for the Court, Lamer C.J. explained:

The conditional sentence . . . was introduced in the amendments to Part XXIII of the *Code*. Two of the main objectives underlying the reform of Part XXIII were to reduce the use of incarceration as a sanction and to give

Une peine de moins de deux ans ne se transforme pas, pour l'application de l'art. 742.1, en une peine de plus de deux ans simplement parce que le juge du procès a, en infligeant la peine de moins de deux ans, pris en compte la période déjà passée sous garde par suite de l'infraction. S'il en était autrement, le prononcé d'une peine de moins de deux ans ferait obstacle, en pareilles circonstances, à une ordonnance de probation : voir al. 731(1)(b). Aucune autorité étayant cette thèse n'a été portée à notre attention.

D'ailleurs, comme je l'ai mentionné plus tôt, le ministère public admet que la probation est permise lorsqu'une peine de moins de deux ans est infligée en tenant compte de la période déjà passée sous garde.

Il est bien établi que les tribunaux ne doivent pas ordonner l'emprisonnement avec sursis lorsqu'il existe des sanctions moins contraignantes qui refléteraient adéquatement la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant. La thèse défendue par le ministère public en l'espèce revient à inverser ce principe fondamental.

Le ministère public prétend que l'emprisonnement avec sursis est interdit, parce qu'il ne répond pas adéquatement au besoin de sévérité, alors que des décisions manifestement moins sévères, comme la probation, l'amende ou l'absolution — que le tribunal doit juger inadéquates avant de pouvoir octroyer le sursis — sont permises. En somme, les décisions moins sévères sont permises là où une sanction plus contraignante — l'emprisonnement avec sursis — est exclue parce que trop clémente!

III

Enfin, je vais examiner l'arrêt *Proulx* de notre Cour, ainsi que l'objectif que visait le législateur en instaurant le régime d'emprisonnement avec sursis.

Dans *Proulx*, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la Cour, a expliqué ce qui suit :

. . . l'emprisonnement avec sursis est une mesure qui faisait partie des modifications apportées à la partie XXIII du *Code*. Deux des principaux objectifs de la réforme de la partie XXIII étaient de réduire le recours

65

66

67

68

69

70

greater prominence to the principles of restorative justice in sentencing — the objectives of rehabilitation, reparation to the victim and the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender.

The conditional sentence facilitates the achievement of both of Parliament's objectives. It affords the sentencing judge the opportunity to craft a sentence with appropriate conditions that can lead to the rehabilitation of the offender, reparations to the community, and the promotion of a sense of responsibility in ways that jail cannot. However, it is also a punitive sanction. Indeed, it is the punitive aspect of a conditional sentence that distinguishes it from probation. As discussed above, it was not Parliament's intention that offenders who would otherwise have gone to jail for up to two years less a day now be given probation or some equivalent thereof.

Thus, a conditional sentence can achieve both punitive and restorative objectives. To the extent that both punitive and restorative objectives can be achieved in a given case, a conditional sentence is likely a better sanction than incarceration. Where the need for punishment is particularly pressing, and there is little opportunity to achieve any restorative objectives, incarceration will likely be the more attractive sanction. However, even where restorative objectives cannot be readily satisfied, a conditional sentence will be preferable to incarceration in cases where a conditional sentence can achieve the objectives of denunciation and deterrence as effectively as incarceration. This follows from the principle of restraint in s. 718.2(d) and (e), which militates in favour of alternatives to incarceration where appropriate in the circumstances. [Emphasis added; paras. 98-100.]

71 I do not read the underlined passage of this last paragraph to mean that, where there is opportunity to achieve a restorative objective by imposing a conditional sentence, it is improper or illegal to do so because sufficient incarceration has already occurred at the time of sentencing.

72 Earlier, Lamer C.J. stated:

... a consideration of ss. 718.2(d) and 718.2(e) leads me to the conclusion that serious consideration should

à l'incarcération comme sanction et d'accorder une plus grande importance aux principes de justice corrective dans la détermination de la peine — savoir la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités.

L'emprisonnement avec sursis facilite la réalisation des deux objectifs du législateur. Il donne au tribunal la possibilité de façonner une peine assortie de conditions appropriées qui pourra mener — d'une manière que ne permettrait pas l'incarcération — à la réinsertion sociale du délinquant, à la réparation des torts causés à la collectivité et à la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Toutefois, il s'agit également d'une sanction punitive. De fait, c'est son aspect punitif qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation. Comme nous l'avons vu plus tôt, le législateur n'entendait pas qu'un délinquant qui aurait autrement été incarcéré pendant une période de moins de deux ans bénéficie désormais de la probation ou d'une mesure équivalente.

L'emprisonnement avec sursis peut donc permettre la réalisation d'objectifs punitifs et correctifs. Dans la mesure où ces deux types d'objectifs peuvent être atteints dans un cas donné, l'emprisonnement avec sursis est probablement une sanction préférable à l'incarcération. Par contre, lorsque le besoin de punition est particulièrement pressant et qu'il y a peu de chances de réaliser des objectifs correctifs, l'incarcération constitue vraisemblablement la sanction la plus intéressante. Cependant, même dans les cas où la réalisation d'objectifs correctifs ne serait pas une tâche facile, l'emprisonnement avec sursis est préférable à l'incarcération lorsqu'il permet de réaliser aussi efficacement que celle-ci les objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est ce qui ressort du principe de modération qui est exprimé aux al. 718.2(d) et e) et qui milite en faveur de l'application de sanctions autres que l'incarcération lorsque les circonstances le justifient. [Je souligne; par. 98-100.]

Je ne considère pas que le passage souligné de ce dernier paragraphe signifie que, dans les cas où il existe des chances de réaliser un objectif correctif en ordonnant l'emprisonnement avec sursis, il ne convient pas ou il est illégal de le faire parce qu'une incarceration d'une durée suffisante a déjà eu lieu au moment du prononcé de la peine.

Le juge en chef Lamer avait précédemment affirmé ceci :

... l'examen des al. 718.2(d) et e) m'amène à conclure que le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité

be given to the imposition of a conditional sentence in all cases where the first three statutory prerequisites are satisfied. Sections 718.2(d) and 718.2(e) codify the important principle of restraint in sentencing and were specifically enacted, along with s. 742.1, to help reduce the rate of incarceration in Canada. Accordingly, it would be an error in principle not to consider the possibility of a conditional sentence seriously when the statutory prerequisites are met. Failure to advert to the possibility of a conditional sentence in reasons for sentence where there are reasonable grounds for finding that the first three statutory prerequisites have been met may well constitute reversible error. [First emphasis in original; second and third emphases added; para. 90.]

And finally:

... it bears pointing out that a conditional sentence may be imposed even in circumstances where there are aggravating circumstances relating to the offence or the offender. Aggravating circumstances will obviously increase the need for denunciation and deterrence. However, it would be a mistake to rule out the possibility of a conditional sentence *ab initio* simply because aggravating factors are present. I repeat that each case must be considered individually.

Sentencing judges will frequently be confronted with situations in which some objectives militate in favour of a conditional sentence, whereas others favour incarceration. In those cases, the trial judge will be called upon to weigh the various objectives in fashioning a fit sentence. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329, “[i]n a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender.” There is no easy test or formula that the judge can apply in weighing these factors. Much will depend on the good judgment and wisdom of sentencing judges, whom Parliament vested with considerable discretion in making these determinations pursuant to s. 718.3. [Emphasis added; paras. 115-16.]

These are the predominant teachings of *Proulx*. Nothing in the text or subtext of that decision precludes the imposition of a conditional sentence where the statutory conditions are met. Still less does *Proulx* exclude conditional sentences for

de prononcer l'emprisonnement avec sursis dans tous les cas où les trois premiers préalables prévus par la loi sont réunis. Les alinéas 718.2d) et e) codifient le principe important de la modération dans la détermination des peines et, avec l'art. 742.1, ils ont été adoptés précisément en vue d'aider à réduire le taux d'incarcération au Canada. Par conséquent, constituerait une erreur de principe le fait de ne pas envisager sérieusement la possibilité de rendre une ordonnance de sursis à l'emprisonnement lorsque les préalables prévus par la loi sont réunis. L'omission de faire allusion à la possibilité d'une telle ordonnance dans les motifs de détermination de la peine, lorsqu'il existe des motifs raisonnables permettant de conclure que les trois premiers préalables fixés par la loi sont réunis, peut fort bien constituer une erreur justifiant l'infirmité de la décision. [Premier soulignement dans l'original, deuxième et troisième soulignements ajoutés; par. 90.]

Et, enfin :

... il convient de souligner que le sursis à l'emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant. Il va de soi que la présence de circonstances aggravantes augmentera le besoin de dénonciation et de dissuasion. Toutefois, il serait erroné d'écarter d'emblée la possibilité de l'octroi du sursis à l'emprisonnement pour cette seule raison. Je le répète, il faut apprécier chaque cas individuellement.

Il arrive fréquemment que le juge qui détermine la peine se trouve devant une situation où certains objectifs militent en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement et d'autres en faveur de l'emprisonnement. En pareils cas, le juge du procès doit sopeser ces divers objectifs pour déterminer la peine appropriée. Comme a expliqué le juge La Forest dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, « [d]ans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. » Le juge ne dispose pas d'un critère ou d'une formule d'application simple à cet égard. Il faut s'en remettre au jugement et à la sagesse du juge qui détermine la peine, que le législateur a investi d'un pouvoir discrétionnaire considérable à cet égard à l'art. 718.3. [Je souligne; par. 115-116.]

Ce sont là les principaux enseignements qui se dégagent de l'arrêt *Proulx*. Rien dans le texte ou le thème de cette décision n'exclut la possibilité d'ordonner l'emprisonnement avec sursis lorsque les conditions prévues par la loi sont réunies. L'arrêt

particular offences or particular offenders. The opposite, as we have just seen, is true.

75 Where an offender has at the time of sentence already spent time in custody and a court would otherwise have imposed a sentence of more than two years, the deterrent and punitive purposes will in some instances have been satisfied by the time spent in custody.

76 A further custodial sentence may well frustrate both of Parliament's main objectives in reforming Part XXIII of the *Criminal Code*. The first, it will be recalled, was to reduce the use of incarceration as a sanction; the second, to give greater prominence to the principles of restorative justice, including rehabilitation.

77 A conditional sentence of imprisonment, on the other hand, will in some circumstances promote both of Parliament's objectives without overlooking the need for punishment or denunciation. Where this is the case, I see no reason of principle, policy or precedent to limit the sentencing court to a choice between a probationary sentence that is too lenient and a custodial sentence that is too severe.

78 Conditional sentences were introduced by Parliament to afford judges greater flexibility in sentencing: Section 742.1 should not be interpreted so as to frustrate this evident purpose.

79 In my respectful view, nothing in *Proulx* was meant to prevent trial courts from imposing conditional sentences where, on account of the time already served, further institutional detention is not required and a term of imprisonment to be served in the community best responds to the principles and purposes of sentencing set out by Parliament in the *Criminal Code*. At its highest, from the Crown's perspective, *Proulx* is silent on that issue.

Proulx ne réserve pas non plus l'emprisonnement avec sursis à certaines infractions ou à certains délinquants. Comme nous venons de le voir, c'est plutôt le contraire.

Lorsque le délinquant a déjà passé une période sous garde au moment du prononcé de la peine, et que le tribunal lui aurait autrement infligé une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, les objectifs de dissuasion et de châtement auront, dans certains cas, été réalisés par la période de détention.

L'infliction d'une autre peine d'emprisonnement pourrait bien compromettre les deux principaux objectifs que visait le législateur en réformant la partie XXIII du *Code criminel*. Le premier de ces objectifs était, rappelons-le, de réduire le recours à l'incarcération comme sanction, et le deuxième consistait à accorder une importance plus grande aux principes de justice corrective, dont la réinsertion sociale du délinquant.

L'infliction d'une peine d'emprisonnement avec sursis, par contre, favorisera dans certains cas la réalisation des deux objectifs du législateur, tout en tenant compte du besoin de punition ou de dénonciation. Dans un tel cas, je ne vois ni principe ni politique ni précédent qui justifierait d'obliger le tribunal chargé de déterminer la peine à choisir entre une mesure probatoire, trop clémente, et une peine d'emprisonnement, trop sévère.

Le législateur a instauré l'emprisonnement avec sursis pour donner plus de latitude aux juges dans la détermination des peines : il faut se garder d'interpréter l'art. 742.1 de manière à nuire à la réalisation de cet objectif manifeste.

À mon humble avis, il n'y a rien dans l'arrêt *Proulx* qui ait pour effet d'empêcher le juge qui préside un procès de prononcer une ordonnance de sursis à l'emprisonnement dans le cas où, vu le temps déjà purgé, le maintien en détention n'est pas requis et où l'infliction d'une peine d'emprisonnement à être purgée au sein de la collectivité répond le mieux aux principes et objectifs de détermination des peines énoncés par le législateur dans le *Code criminel*. Tout au plus, du point de vue du ministère public, l'arrêt *Proulx* est muet sur cette question.

Indeed, as I mentioned earlier, *Proulx* requires the imposition of a conditional sentence to be considered where the statutory conditions are met, as they were in this case.

The reasons of Charron J.A., as I have said as well, are in my view persuasive, and her conclusion is in my view correct.

Accordingly, with respect for those who are of a different view, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, DESCHAMPS and FISH JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Aitken Robertson, Peterborough, Ontario.

De fait, comme je l'ai mentionné précédemment, l'arrêt *Proulx* prescrit d'envisager l'octroi d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement lorsque les conditions prévues par la loi sont réunies, comme c'était le cas en l'espèce.

Comme je l'ai également dit, les motifs de la juge Charron sont à mon avis convaincants, et sa conclusion est à mon sens exacte.

Par conséquent, en toute déférence pour les tenants de l'opinion contraire, je rejetterais le présent pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS et FISH dissidents.

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

Procureurs de l'intimée : Aitken Robertson, Peterborough, Ontario.

80

81

82