Timothy Middleton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MIDDLETON

Neutral citation: 2009 SCC 21.

File No.: 32138.

2009: January 20; 2009: May 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sentencing — Intermittent sentences — Conditional sentences — Accused convicted of assault causing bodily harm, uttering a death threat and pointing a firearm and receiving 90-day sentence of imprisonment to be served intermittently plus two concurrent 18-month conditional sentences to be served in community plus probation — Whether imposition of conditional sentence of more than 90 days renders intermittent sentence illegal — Whether intermittent sentence must be served on consecutive days — Whether conditional sentence is “sentence of imprisonment” within meaning of s. 732(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 732(1), (3) — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 139.

The accused was sentenced to 90 days' imprisonment, to be served intermittently, for an assault causing bodily harm committed in September 2004. At the same hearing, he was immediately thereafter sentenced to two concurrent 18-month conditional sentences for uttering a death threat and pointing a firearm in February 2005. The trial judge also ordered three years' probation. The Court of Appeal held that the imposition of the conditional sentences in addition to the intermittent sentence did not render the intermittent sentence unlawful in virtue of s. 732(1) of the *Criminal Code*. It held also that because the intermittent sentence preceded the conditional sentences, and the trial judge did not order otherwise, s. 732(3) of the *Code* required the accused to serve the 90-day sentence on consecutive days. The balance of the sentence remained unchanged.

Timothy Middleton *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MIDDLETON

Référence neutre : 2009 CSC 21.

N° du greffe : 32138.

2009 : 20 janvier; 2009 : 22 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine discontinuée — Peine avec sursis — Accusé reconnu coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles, de menaces de mort et de braquage d'une arme à feu condamné à une peine de 90 jours d'emprisonnement à purger de façon discontinuée et à deux peines concurrentes de 18 mois d'emprisonnement avec sursis à purger dans la collectivité, suivies d'une probation — L'infliction d'une peine avec sursis de plus de 90 jours rend-elle la peine discontinuée illégale? — La peine discontinuée doit-elle être purgée de façon continue? — La peine avec sursis constitue-t-elle un « emprisonnement » au sens de l'art. 732(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 732(1), (3) — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 139.

L'accusé a été condamné à une peine de 90 jours d'emprisonnement devant être purgée de façon discontinuée pour la perpétration en septembre 2004 de voies de faits ayant causé des lésions corporelles. À la même audience, il a immédiatement après été condamné à deux peines concurrentes de 18 mois d'emprisonnement avec sursis pour menaces de mort et braquage d'une arme à feu en février 2005. Le juge du procès a aussi ordonné une probation d'une durée de trois ans. La Cour d'appel a statué que les peines avec sursis n'avaient pas rendu illégale la peine discontinuée par application du par. 732(1) du *Code criminel*. Comme la peine discontinuée avait précédé les peines avec sursis et qu'aucune ordonnance du tribunal au contraire n'avait été rendue, elle a également estimé que le par. 732(3) du *Code* commandait que l'accusé purge la peine de 90 jours de façon continue. Les autres éléments de la peine demeuraient inchangés.

Held (Cromwell J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the sentences imposed by the trial judge affirmed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Charron and Rothstein JJ.: Imposing a conditional sentence of more than 90 days cannot render illegal an unexpired intermittent sentence imposed on the same offender for a different offence. It is apparent from the words “confinement” and “prison” in s. 732(1) that this provision contemplates only custodial sentences of imprisonment. Conditional sentences are, by definition, meant to be served in the community, not in prisons. To conclude that they are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1) is inconsistent not only with the plain wording and a purposive and contextual interpretation of the provision, but also with the express terms adopted by Parliament in providing for intermittent sentences and with the distinct purposes of conditional and intermittent sentences. Such a conclusion would, as well, disregard the valid sentencing objectives of the trial judge in this case and would unduly limit the discretion of other trial judges to render similarly fit sentences where they conclude that a custodial sentence is required. Moreover, “imprisonment” does not bear a uniform meaning for all purposes of the *Criminal Code*. In several instances, as in s. 732, “sentence of imprisonment” or “term of imprisonment” necessarily contemplate incarceration in a manner that cannot include conditional sentences. As well, a harmonious reading of the English and French versions of s. 732 clarifies that it contemplates only custodial sentences. [6] [8] [10-11] [14] [27]

Section 139 of the *Corrections and Conditional Release Act* does not contemplate conditional sentences and has no application to intermittent sentences. It is found within Part II of the Act which does not apply to conditional sentences. Moreover, s. 99(1) of the Act excludes a person who receives a conditional sentence while serving only an intermittent sentence from the definition of “offender” for the purposes of Part II. A purposive interpretation of s. 139(1) also militates against its application to conditional sentences. Parliament enacted s. 139 to simplify the calculation of multiple custodial sentences in order to facilitate the administration of parole and statutory remission, an object not engaged by conditional sentences. [7] [29-34]

Although the trial judge pronounced the intermittent sentence before the conditional sentences, as a matter of

Arrêt (le juge Cromwell est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et les peines infligées par le juge du procès sont confirmées.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Charron et Rothstein : L’infliction d’une peine de plus de 90 jours d’emprisonnement avec sursis ne peut rendre illégale la partie non purgée d’une peine discontinuée infligée au même délinquant pour une autre infraction. Il appert de l’emploi du mot « prison » au par. 732(1) que la disposition vise seulement la peine de détention. Par définition, la peine avec sursis est purgée dans la collectivité et non en prison. Conclure qu’elle constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) est donc incompatible non seulement avec l’interprétation téléologique et contextuelle de la disposition, mais aussi avec les termes expressément employés par le législateur pour permettre la discontinuité de la peine et les objectifs respectifs de la peine avec sursis et de la peine discontinuée. Pareille conclusion est également incompatible avec les objectifs légitimes qu’avait en l’espèce le juge du procès lorsqu’il a déterminé la peine et elle restreint indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en général d’infliger une peine appropriée du même genre lorsqu’il estime qu’une peine de détention s’impose. En outre, le mot « emprisonnement » n’est pas toujours employé dans le même sens, toutes fins confondues, dans le *Code criminel*. Dans plusieurs cas, notamment à l’art. 732, « peine d’emprisonnement » et « période d’emprisonnement » supposent nécessairement l’incarcération de telle manière que la peine avec sursis ne saurait être visée. De même, l’interprétation harmonieuse des versions française et anglaise de l’art. 732 révèle clairement qu’il ne vise que la peine de détention. [6] [8] [10-11] [14] [27]

La peine avec sursis n’est pas visée à l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, et celui-ci ne s’applique pas à la peine discontinuée. Cet article figure à la partie II de la Loi, qui ne s’applique pas à la peine avec sursis. En outre, le par. 99(1) de la Loi prévoit que la personne condamnée à une peine avec sursis alors qu’elle purge seulement une peine discontinuée n’est pas un « délinquant » pour l’application de la partie II. L’interprétation téléologique du par. 139(1) milite aussi contre son application à la peine avec sursis. Le législateur a adopté l’art. 139 pour simplifier le calcul de la durée des peines de détention multiples afin de faciliter l’application du régime de libération conditionnelle et de réduction légale de peine, un objectif qui ne vaut pas pour la peine avec sursis. [7] [29-34]

Même si le juge du procès a infligé la peine discontinuée avant les peines avec sursis, sur le plan

principle, nothing in this case should turn on the order in which the sentences were pronounced. The accused is not required by virtue of s. 732(3) of the *Code* to serve his intermittent sentence on consecutive days because a purposive and contextual reading of the expression “sentence of imprisonment” in s. 732(3) makes it clear that it does not contemplate conditional sentences. [36] [39-40]

While chaining intermittent sentences beyond the 90-day limit defeats the object of s. 732(1) and the purpose of intermittent sentences, combining intermittent and conditional sentences can serve the purposes of both types of sentences. This case illustrates how intermittent and conditional sentences can be effectively combined to take appropriate advantage of their complementary purposes. [45-47] [53]

Per Binnie J.: It is unnecessary to resolve the controversy over the scope and application of s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*. The narrow issue on this appeal can and ought to be decided narrowly. The availability of an intermittent sentence in this case depends on s. 732(1) of the *Criminal Code*. By its terms s. 732(1) presupposes that a sentence within its purview *can* be served intermittently. Although conditional sentences are sentences of imprisonment without incarceration, they do not lend themselves to being served intermittently. On the face of it, therefore, s. 732(1) has no application to, and does not bar, the conditional sentences in this case. The “sentence of imprisonment” referred to in the opening words of s. 732(1) is the same “sentence” as “the sentence” mentioned elsewhere in the subsection. If the later references do not (because they cannot) include a conditional sentence, then the opening reference also excludes conditional sentences. There is no need to attribute different meanings to the same word in the same subsection. Since textually and contextually s. 732(1) does not extend to conditional sentences, the issue of a merger of the sentences in this case to form a single period of imprisonment does not arise. Accordingly the *Corrections and Conditional Release Act* has no application. The conditional sentences imposed by the trial judge were lawful. [55-59]

Per Cromwell J. (dissenting in part): The intermittent sentence was illegal and should be set aside. The parties agree that if a conditional sentence is a “sentence of imprisonment” in s. 732(1), then an intermittent sentence is not available in this case because, as a result of s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*,

des principes, l’issue du pourvoi ne doit aucunement dépendre de l’ordre dans lequel les peines ont été prononcées. Le paragraphe 732(3) du *Code* n’exige pas que l’accusé purge sa peine discontinue de façon continue, car il ressort de l’interprétation téléologique et contextuelle du terme « peine d’emprisonnement » qui y est employé que la peine avec sursis n’est pas visée. [36] [39-40]

Bien que l’infliction d’une série de peines discontinues dépassant la limite de 90 jours soit contraire aux objectifs du par. 732(1) et de la discontinuité de la peine, la combinaison de peines discontinues et avec sursis peut répondre aux objectifs des deux sortes de sanction. La présente affaire montre comment des peines discontinues et avec sursis peuvent être combinées pour tirer davantage de leurs objectifs complémentaires. [45-47] [53]

Le juge Binnie : Point n’est besoin de trancher la question de la portée et de l’application de l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Il est possible de statuer strictement sur la seule question en litige dans le pourvoi et il convient de le faire. La possibilité d’infliger une peine discontinue en l’espèce est déterminée au par. 732(1) du *Code criminel*, dont le libellé suppose qu’une peine visée par la disposition *peut* être purgée de façon discontinue. Même si la peine avec sursis constitue une peine d’emprisonnement sans incarceration, elle ne se prête pas à l’exécution discontinue. Ainsi, à première vue, le par. 732(1) ne s’applique pas aux peines avec sursis en l’espèce et il n’y fait pas obstacle. La peine d’« emprisonnement » mentionnée au début du par. 732(1) est la même « peine » que celle dont il est question ailleurs dans la disposition. Si le mot « peine » employé subséquemment n’englobe pas (parce que c’est impossible) la peine avec sursis, il ne l’englobe pas non plus dans la partie introductive. Il n’y a pas lieu d’y interpréter le même terme différemment. Sur les plans textuel et contextuel, le par. 732(1) ne s’applique pas à la peine avec sursis, de sorte que la question de savoir si les peines considérées en l’espèce fusionnent pour former une seule période d’emprisonnement ne se pose pas. La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ne s’applique donc pas. Les peines avec sursis infligées par le juge du procès étaient légales. [55-59]

Le juge Cromwell (dissident en partie) : La peine discontinue était illégale et devrait être annulée. Les parties conviennent que si une peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1), une peine discontinue ne pouvait être infligée en l’espèce, car l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et*

the sentences in this case merge to form a single period of imprisonment that exceeds 90 days. The words “sentence of imprisonment” include a conditional sentence of imprisonment. The power in s. 732(1) to order that a sentence of imprisonment be served intermittently is limited to sentences of imprisonment of 90 days or less. Accepting the parties’ premise, as a result of s. 732(1) of the *Criminal Code*, a 90-day portion of the merged sentence cannot be served intermittently. [61] [63] [76] [102-103]

The question of whether a sentence is a sentence of imprisonment is distinct from the question of how that sentence is to be served. While imprisonment generally results from a sentence of imprisonment, not all sentences of imprisonment result in the offender being imprisoned while serving that sentence. A conditional sentence is a sentence of imprisonment which the court directs to be served in the community. The manner in which the sentence is served does not alter its nature as a sentence of imprisonment. This distinction is important for the interpretation of s. 732(1). This provision is engaged only if “the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less”. These words refer to the nature of the sentence. The *Criminal Code*, however, treats the conditional aspect of a conditional sentence, that it be served in the community, as relating to the manner in which the sentence of imprisonment is to be served. Where Parliament intends that the words “sentence of imprisonment” and equivalent expressions exclude conditional sentences, it uses language placed in a context which makes this clear. There is no such contrary indication in s. 732. Nothing in the text or context of s. 732(1) would justify a departure from the grammatical and ordinary meaning of the words “sentence of imprisonment” in that section. [70-71] [73-74] [80] [101]

The Court of Appeal erred not only in holding that the intermittent sentence was legal, but also in concluding that it had to be served on consecutive days by virtue of s. 732(3) of the *Code*. The Court of Appeal’s interpretation of s. 732(3) gives inconsistent meanings to the words “sentence of imprisonment” within s. 732. It also makes too much turn on the order in which sentences are imposed. To have the application of the section turn on the many chronological possibilities that may occur in the sentencing process would make its operation arbitrary and impractical. Finally, this approach thwarts the clear intent of the sentencing judge. Where, as here, a sentencing judge imposes an intermittent sentence and, as part of the same sentencing hearing, imposes another sentence of imprisonment that can legally be combined

la mise en liberté sous condition faisait en sorte que les peines infligées en l’espèce fusionnent pour former une seule période d’emprisonnement de plus de 90 jours. Le terme « emprisonnement » s’entend aussi de la peine avec sursis. Le pouvoir que confère le par. 732(1) d’ordonner qu’une peine d’emprisonnement soit purgée de façon discontinue ne vaut que pour une peine d’au plus 90 jours. Conformément à la prémisse qui sous-tend l’argumentation des parties, par application du par. 732(1) du *Code criminel*, la période de 90 jours comprise dans la peine fusionnée ne peut être purgée de façon discontinue. [61] [63] [76] [102-103]

La question de savoir si une peine donnée constitue une peine d’emprisonnement diffère de celle de savoir comment cette peine doit être purgée. Bien que ce soit généralement le cas, l’exécution d’une peine d’emprisonnement n’entraîne pas toujours l’incarcération du délinquant. La peine avec sursis est une peine d’emprisonnement dont le tribunal ordonne l’exécution dans la collectivité. Le mode d’exécution de la peine ne change rien au fait qu’il s’agit d’une peine d’emprisonnement. La distinction est importante pour l’interprétation du par. 732(1), qui ne s’applique que lorsque « [l]e tribunal [...] condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours ». Ce libellé correspond à la nature de la peine. Le *Code criminel* renvoie cependant au caractère suspensif de la peine — à savoir qu’elle soit purgée dans la collectivité — en liaison avec le mode d’exécution de la peine d’emprisonnement. Lorsqu’il veut que le mot « emprisonnement » ou des termes équivalents excluent la peine avec sursis, le législateur a recours à un libellé en ce sens dans un contexte rendant son intention manifeste, ce qui n’est pas le cas à l’art. 732. Aucun élément textuel ou contextuel du par. 732(1) ne justifie un écart du sens ordinaire ou grammatical du terme « emprisonnement » qui y est employé. [70-71] [73-74] [80] [101]

La Cour d’appel a conclu à tort non seulement que la peine discontinue était légale, mais aussi qu’elle devait être purgée de façon continue conformément au par. 732(3) du *Code*. Son interprétation du par. 732(3) confère des sens incompatibles aux termes « emprisonnement » ou « peine d’emprisonnement » employés à l’art. 732. Elle accorde également trop d’importance à l’ordre dans lequel les peines sont infligées. Subordonner l’application de la disposition à la chronologie des nombreuses étapes possibles du processus de détermination de la peine équivaut à la rendre arbitraire et irréaliste. Enfin, cette interprétation contrecarre l’intention manifeste du juge ayant fixé la peine. Lorsque, comme en l’espèce, le juge inflige une peine discontinue puis, à la même audience, une

with it, it should be inferred that the sentencing judge has “otherwise order[ed]” and that the intermittent sentence is to be served intermittently. [105] [108-110]

Cases Cited

By Fish J.

Considered: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189; *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67; *R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL); *R. v. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209; **referred to:** *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *R. v. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535.

By Cromwell J. (dissenting in part)

R. v. Proulx, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189; *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67; *R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *R. v. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 99(1) “offender”, 120.2(1), 127(1), 128(1), 130(3.2), (3.3), 139.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 719(4), (5), 731, 732, 742, 742.1, 742.6, 742.7, 743.3.
Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 14(1).
Parole Act, R.S.C. 1985, c. P-2, s. 2 “inmate”.

Authors Cited

Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing*

autre peine d'emprisonnement pouvant légalement s'ajouter à la première, on doit considérer qu'il rend « une ordonnance [. . .] au contraire » et que la peine discontinue doit être purgée de façon discontinue. [105] [108-110]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts examinés : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67; *R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL); *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209; **arrêts mentionnés :** *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *R. c. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535.

Citée par le juge Cromwell (dissident en partie)

R. c. Proulx, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67; *R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2(e), 719(4), (5), 731, 732, 742, 742.1, 742.6, 742.7, 743.3.
Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. 1985, ch. P-2, art. 2 « détenu ».
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, ch. P-2, art. 14(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 99(1) « délinquant », 120.2(1), 127(1), 128(1), 130(3.2), (3.3), 139.

Doctrine citée

Canada. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du comité*

Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No. 68, 1st Sess., 35th Parl., November 30, 1995, pp. 68:4, 68:6.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Gillese and LaForme JJ.A.), 2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59, [2007] O.J. No. 2900 (QL), 2007 CarswellOnt 4722, varying a sentence imposed by Waugh J., 2006 CarswellOnt 9388. Appeal allowed, Cromwell J. dissenting in part.

Gregory Lafontaine and Vincenzo Rondinelli, for the appellant.

Andrew Cappell and Alexandra Campbell, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The appellant, Timothy Middleton, was convicted at trial for having committed an assault causing bodily harm to his partner at the time, Lisa Dubreuil. For that offence, he was sentenced to 90 days' imprisonment, to be served intermittently. Mr. Middleton was convicted as well for having uttered a death threat and for pointing a firearm some five months after the assault. And for those offences, he received 18-month conditional sentences of imprisonment, to be served concurrently, followed by probation for the ensuing three years.

[2] It is conceded that all three sentences were legal in themselves. It is conceded as well that they were carefully crafted by the trial judge in compliance with the sentencing principles and the correctional objectives applicable in the circumstances of this case. Neither the appellant nor the respondent has drawn to our attention a single provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that prohibited either the intermittent sentence or the concurrent conditional sentences when each was imposed.

sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule n° 68, 1^{re} sess., 35^e lég., 30 novembre 1995, p. 68:4, 68:6.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Gillese et LaForme), 2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59, [2007] O.J. No. 2900 (QL), 2007 CarswellOnt 4722, qui a modifié la peine infligée par le juge Waugh, 2006 CarswellOnt 9388. Pourvoi accueilli, le juge Cromwell est dissident en partie.

Gregory Lafontaine et Vincenzo Rondinelli, pour l'appelant.

Andrew Cappell et Alexandra Campbell, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Timothy Middleton, l'appelant, a été reconnu coupable à son procès de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à sa conjointe de l'époque, Lisa Dubreuil. Pour cette infraction, il a été condamné à une peine de 90 jours d'emprisonnement à être purgée de façon discontinue. Il a également été déclaré coupable de menaces de mort et de braquage d'une arme à feu environ cinq mois après l'agression. Pour ces infractions, il a été condamné à des peines de 18 mois d'emprisonnement avec sursis devant être purgées concurremment et suivies d'une période de probation de trois ans.

[2] Les deux parties reconnaissent la légalité de chacune des trois peines. Elles reconnaissent également que le juge du procès les a déterminées avec soin conformément aux principes en la matière et aux objectifs correctionnels applicables en l'espèce. Ni l'appelant ni l'intimée n'ont relevé une seule disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, faisant obstacle à la peine discontinue ou aux peines avec sursis au moment où chacune a été infligée. Ils n'ont pas non plus invoqué une seule

Nor has our attention been drawn to a single judgment by any Canadian court precluding the combination of sentences imposed by the trial judge in this case.

[3] Justice Cromwell nonetheless finds that the intermittent sentence was rendered illegal by the conditional sentences in light of a sentence calculation provision set out in a different statute for purposes that, as we shall presently see, *have no application here*.

[4] My colleague's reasons may be briefly summarized this way. Intermittent sentences are governed by s. 732 of the *Criminal Code*. In virtue of s. 732(1), the court may order that a sentence of imprisonment be served intermittently where the term imposed does not exceed 90 days. Conditional sentences are sentences of imprisonment. Section 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("CCRA"), requires that the 90-day intermittent sentence and the 18-month conditional sentences imposed in this case be "merged" — or amalgamated — to form a single sentence of 18 months' duration. Since this merged sentence exceeds the 90-day maximum permitted by s. 732(1), the intermittent sentence imposed by the trial judge was retrospectively rendered illegal by the subsequent imposition of the conditional sentences, though the conditional sentences were themselves both legal and fit.

[5] It will immediately be recognized that the result proposed by Justice Cromwell would only be warranted if both of its essential premises are correct: first, that a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1); and second, that s. 139 of the *CCRA* requires that the intermittent and conditional sentences imposed by the trial judge be treated, for the purposes of s. 732(1), as a single sentence of imprisonment.

[6] In my respectful view, neither proposition withstands scrutiny. To hold that a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1) of the *Criminal Code* and s. 139 of the *CCRA* is to disregard the plain wording

décision d'un tribunal canadien faisant obstacle à la combinaison de peines à laquelle a eu recours le juge du procès en l'espèce.

[3] Le juge Cromwell estime néanmoins que les peines avec sursis ont rendu illégale la peine discontinuée en raison d'une disposition relative au calcul de la durée des peines figurant dans une autre loi à des fins qui, nous le verrons, *sont totalement étrangères à la présente affaire*.

[4] Les motifs de mon collègue peuvent être résumés comme suit. Les peines discontinuées sont régies par l'art. 732 du *Code criminel*. En vertu du par. 732(1), le tribunal peut ordonner qu'une peine d'emprisonnement soit purgée de façon discontinuée lorsque sa durée n'excède pas 90 jours. La peine avec sursis constitue une peine d'emprisonnement. L'article 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *LSCMLSC* »), exige que la peine discontinuée de 90 jours et les peines avec sursis de 18 mois imposées en l'espèce soient « fusionnées » pour n'en constituer qu'une seule d'une durée de 18 mois. Étant donné que la durée totale de la peine dépasse alors le maximum de 90 jours prévu au par. 732(1), les peines avec sursis, bien que légales et appropriées en soi, ont après coup rendu illégale la peine discontinuée infligée précédemment par le juge au procès.

[5] Il appert d'emblée que le résultat proposé par le juge Cromwell ne se justifie que si les deux prémisses essentielles de son raisonnement sont fondées : premièrement, la peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1); deuxièmement, l'art. 139 de la *LSCMLSC* exige que la peine discontinuée et les peines avec sursis imposées par le juge du procès soient considérées, pour les besoins du par. 732(1), comme une seule et même peine d'emprisonnement.

[6] Avec égards, ni l'une ni l'autre de ces assertions ne résistent à l'analyse. Conclure que la peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) du *Code criminel* et une peine d'emprisonnement au sens de l'art. 139 de la *LSCMLSC* fait

of the provisions, their legislative purposes, and the nature and object of conditional sentences. It would disregard as well the valid sentencing objectives of the trial judge in this case and would unnecessarily, in the future, deprive judges of their ability to render similarly fit sentences where they conclude that a custodial sentence is required.

[7] For the reasons that follow, I have concluded that conditional sentences are not contemplated by either s. 732(1) of the *Criminal Code* or s. 139 of the *CCRA*, and that s. 139 has no application to the intermittent sentence imposed in this case.

II

[8] The decisive question on this appeal is whether the imposition of a conditional sentence of more than 90 days renders illegal an unexpired intermittent sentence imposed on the same offender but for a different offence. As I have already indicated, that question can only be answered in the affirmative if we conclude, first, that a conditional sentence is a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1) of the *Criminal Code*; and second, that s. 139 of the *CCRA* applies to both conditional and intermittent sentences.

[9] Section 732(1) reads:

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender convicted of an offence, whether in default of payment of a fine or otherwise, the court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the availability of appropriate accommodation to ensure compliance with the sentence, order

- (a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order; and
- (b) that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order when not in confinement during the period that the sentence is being served and, if the court so orders, on release from prison after completing the intermittent sentence.

[10] It is apparent from the words “confinement” and “prison” that s. 732(1) contemplates custodial

abstraction du libellé clair et de l’objet des dispositions, ainsi de l’objectif et de la nature de la peine avec sursis. C’est aussi faire abstraction des objectifs légitimes qu’avait le juge du procès en déterminant la peine en l’espèce et écarter désormais inutilement la possibilité qu’un juge inflige une peine appropriée du même genre lorsqu’il estime qu’une peine de détention s’impose.

[7] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la peine avec sursis n’est visée ni au par. 732(1) du *Code criminel* ni à l’art. 139 de la *LSCMLSC* et que celui-ci ne s’applique pas à la peine discontinue infligée dans la présente affaire.

II

[8] La question décisive dans le présent pourvoi est celle de savoir si une peine de plus de 90 jours d’emprisonnement avec sursis rend illégale la partie non purgée de la peine discontinue infligée au délinquant pour une autre infraction. Je le répète, on ne peut trancher par l’affirmative que si on conclut d’abord que la peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1) du *Code criminel*, puis que l’art. 139 de la *LSCMLSC* s’applique à la fois à la peine avec sursis et à la peine discontinue.

[9] Le paragraphe 732(1) dispose :

732. (1) Le tribunal qui déclare le délinquant coupable d’une infraction et le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours pour défaut de paiement d’une amende ou pour un autre motif, peut, compte tenu de l’âge et de la réputation du délinquant, de la nature de l’infraction, des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de la disponibilité d’un établissement adéquat pour purger la peine, ordonner :

- a) que la peine soit purgée de façon discontinue aux moments prévus par l’ordonnance;
- b) au délinquant de se conformer aux conditions prévues par l’ordonnance pendant toute période où il purge sa peine hors de la prison et de s’y conformer dès sa sortie de prison.

[10] Il appert de l’emploi du mot « prison » que le par. 732(1) vise la peine de détention, et non la

sentences of imprisonment and not conditional sentences of imprisonment, which are served in the community. In my view, this textual consideration is alone sufficient to warrant the conclusion that conditional sentences are not “sentences of imprisonment” within the meaning of s. 732(1).

[11] In arriving at an opposite conclusion, Justice Cromwell relies on the principle of statutory interpretation which favours giving a word or phrase “the same interpretation or meaning whenever it appears in an act”, unless “the contrary is clearly indicated by the context” (*Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400). Applying this same rule of interpretation, it seems to me plain that a conditional sentence is *not* a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1). As mentioned at the outset, s. 732(1)(b) contemplates sentences that are served “in confinement” and probation orders “on release from prison after completing the intermittent sentence”. Conditional sentences are, by definition, meant to be served in the community and not in prisons. To conclude that they are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1) is thus inconsistent with a purposive and contextual interpretation of the provision, and also the express terms adopted by Parliament in providing for intermittent sentences.

[12] In my respectful view, we cannot reasonably hold that a conditional sentence is a sentence of imprisonment *for some purposes* under s. 732(1) (such as determining an offender’s eligibility for an intermittent sentence), *but not for others* (such as permitting the intermittent service of a conditional sentence). And without straining the plain language of s. 732(1), we cannot reasonably find that a conditional sentence is a sentence of imprisonment for all purposes of s. 732, as urged by the appellant.

[13] To conclude that conditional sentences are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1) is inconsistent as well with the distinct and different purposes of conditional sentences on the one hand, and intermittent sentences on the other.

peine avec sursis, qui est purgée dans la collectivité. J’estime que cette seule considération d’ordre textuel justifie de conclure que la peine avec sursis n’est pas un « emprisonnement » au sens du par. 732(1).

[11] Pour arriver à la conclusion opposée, le juge Cromwell s’appuie sur le principe d’interprétation législative selon lequel un terme doit recevoir « la même interprétation et avoir le même sens tout au long d’un texte législatif », à moins que « le contexte ne s’y oppose clairement » (*Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, p. 400). Suivant la même règle d’interprétation, il me paraît clair qu’une peine avec sursis *n’est pas* un « emprisonnement » au sens du par. 732(1). Comme je l’ai signalé au départ, l’al. 732(1)(b) vise la peine purgée en prison et l’ordonnance de probation à la « sortie de prison », une fois purgée la peine discontinuée. Par définition, la peine avec sursis est purgée dans la collectivité et non en prison. Conclure qu’elle constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) est donc clairement incompatible avec l’interprétation téléologique et contextuelle de la disposition, de même qu’avec les termes expressément employés par le législateur pour permettre la discontinuité de la peine.

[12] En toute déférence, on ne saurait raisonnablement conclure qu’une peine avec sursis est un emprisonnement à *certaines fins* sous le régime du par. 732(1) (notamment pour déterminer l’admissibilité du délinquant à la peine discontinuée), *mais non à d’autres* (comme permettre qu’une peine avec sursis soit purgée de façon discontinuée). Au surplus, on ne saurait raisonnablement convenir avec l’appelant, sans forcer le sens du par. 732(1), qu’une peine avec sursis est une peine d’emprisonnement à tous égards pour l’application de l’art. 732.

[13] Conclure qu’une peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) est également incompatible avec les objectifs respectifs de la peine avec sursis et de la peine discontinuée. Le juge Cromwell l’explique bien en exposant les raisons et

Justice Cromwell has explained this well in relating why the trial judge was moved by different reasons and different sentencing objectives to impose conditional sentences for two offences and an intermittent sentence for the other (notably at paras. 68, 69 and 111). It is thus hardly surprising that no intermittent conditional sentences of imprisonment — an anomalous notion at best — have been brought to our attention.

[14] Moreover, contrary to the appellant's submission, "imprisonment" in the phrases "sentence of imprisonment" and "term of imprisonment" does not bear a uniform meaning for all purposes of the *Criminal Code*. In several instances, these terms necessarily contemplate incarceration. Section 718.2(e), mentioned by the parties, is hardly the sole example. Section 732(1) must itself be taken as another since, as we have already seen, s. 732(1) refers explicitly to "confinement during the period that the sentence is being served" and "release from prison after completing the intermittent sentence".

[15] Likewise, s. 719(4) provides that "a term of imprisonment . . . commences . . . on the day on which the convicted person is arrested and taken into custody under the sentence". Section 719(5) is framed in analogous terms. Manifestly, conditional sentences of imprisonment are not terms of imprisonment within the meaning of either provision. The same is true of s. 743.3, which provides that "[a] sentence of imprisonment shall be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which the prisoner is sentenced". Here again, a conditional sentence can hardly be characterized as a "sentence of imprisonment" within the meaning of the provision.

[16] Section 742.7(1) is yet another instance where the *Criminal Code* speaks of imprisonment in a manner that can hardly include conditional sentences. A finding that it does would mean that a conditional sentence of imprisonment is suspended if, while it is being served, the offender receives a second conditional sentence of

les objectifs de détermination de la peine qui ont amené le juge du procès à infliger des peines avec sursis pour deux infractions et une peine discontinue pour l'autre (notamment aux par. 68, 69 et 111 de ses motifs). Il n'est donc pas étonnant qu'aucun exemple de peine discontinue d'emprisonnement avec sursis — une notion pour le moins inusitée — n'ait été porté à notre attention.

[14] De plus, contrairement à ce que fait valoir l'appelant, le mot « emprisonnement » dans les termes « peine d'emprisonnement » et « période d'emprisonnement » n'est pas toujours employé dans le même sens, toutes fins confondues, dans le *Code criminel*. Dans plusieurs cas, ces termes supposent nécessairement l'incarcération. L'alinéa 718.2e), qu'invoquent les parties, est loin d'être le seul exemple. Le paragraphe 732(1) lui-même en constitue un autre puisque, nous l'avons vu, il renvoie expressément à la « période où [le délinquant] purge sa peine hors de la prison » et à sa « sortie de prison » une fois purgée la peine discontinue.

[15] De même, le par. 719(4) prévoit qu'une « période d'emprisonnement [. . .] commence à courir [. . .] à la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence ». Le paragraphe 719(5) est rédigé de façon similaire. La peine d'emprisonnement avec sursis n'est manifestement pas une période d'emprisonnement au sens de l'une ou l'autre de ces dispositions. Cela vaut aussi pour l'art. 743.3, qui dispose qu'« [u]ne peine d'emprisonnement est purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l'établissement où le prisonnier doit purger sa peine ». Là encore, la peine avec sursis peut difficilement être qualifiée de « peine d'emprisonnement » au sens de cette disposition.

[16] Le paragraphe 742.7(1) est une autre disposition du *Code criminel* renvoyant à l'emprisonnement de telle manière qu'il ne saurait englober la peine avec sursis. La conclusion contraire signifierait que la peine d'emprisonnement avec sursis est suspendue lorsque, pendant qu'il la purge, le délinquant se voit infliger une deuxième peine

imprisonment. This can hardly be what Parliament intended.

[17] On the contrary, reading s. 742.7 as a whole, I think it obvious that Parliament has drawn a clear and sharp distinction in that section between a conditional sentence being served in the community, and a custodial period served for breach of a conditional sentence order. Where an offender is ordered under s. 742.6 of the *Code* to serve all or part of an unexpired conditional sentence in custody, this custodial period is explicitly treated in s. 742.7(3) as imprisonment for the purposes of s. 139 of the *CCRA*; the rest of the conditional sentence, served in the community, is not. If s. 139 were intended to apply to conditional sentences, s. 742.7(3) would be entirely superfluous. At the very least, it is clear in this light that s. 139 applies to conditional sentences only if they result in incarceration — and, even then, only to the custodial period. The conditional sentences in this case involve no custody at all.

[18] I am of course aware that the Court, in holding that “imprisonment” in s. 718.2(e) signifies “incarceration”, referred to the difference between the English and French versions of the *Code*: see *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 95. As pointed out at the hearing of this appeal, however, a purposive and contextual reading of s. 718.2(e) would necessarily have arrived at the same result in the absence of the mentioned linguistic inconsistency. As Justice Cromwell recognizes at para. 87 of his reasons, “reading the term ‘imprisonment’ in s. 718.2(e) as including a conditional sentence was exactly contrary to the obvious legislative intent” of Parliament in creating conditional sentences as an alternative to incarceration.

[19] And there is no conflict *at all* between the English and French versions in *any* of the other examples I have identified. Yet in every instance mentioned, “imprisonment” necessarily refers to “incarceration” — and not to conditional sentences served in the community.

d’emprisonnement avec sursis. Ce n’est certainement pas l’intention du législateur.

[17] Il ressort au contraire de l’art. 742.7 considéré dans son ensemble que le législateur y établit une distinction claire et nette entre la peine avec sursis purgée dans la collectivité et la période de détention purgée par suite du non-respect d’une ordonnance de sursis. Lorsque, en vertu de l’art. 742.6 du *Code*, le tribunal ordonne que la peine qui reste à courir soit purgée en totalité ou en partie en prison, cette période de détention est explicitement considérée comme un emprisonnement au par. 742.7(3) pour l’application de l’art. 139 de la *LSCMLSC*; le reste de la peine avec sursis, purgée dans la collectivité, ne l’est pas. Si l’article 139 devait s’appliquer à la peine avec sursis, le par. 742.7(3) serait parfaitement inutile. Il s’ensuit à tout le moins que l’art. 139 ne s’applique qu’à la peine avec sursis qui donne lieu à l’incarcération — et, même alors, seulement à la période de détention. En l’espèce, les peines avec sursis n’entraînent aucune détention.

[18] Notre Cour a évidemment statué que le mot « *imprisonment* » (« emprisonnement ») employé en anglais à l’al. 718.2e) du *Code* signifie « *incarceration* » (« incarcération ») au vu de la différence entre les versions française et anglaise de la disposition : voir l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 95. Toutefois, comme on l’a signalé à l’audition du présent pourvoi, s’il n’y avait pas eu d’incompatibilité linguistique, l’interprétation téléologique et contextuelle de l’al. 718.2e) aurait nécessairement mené au même résultat. Le juge Cromwell reconnaît au par. 87 de ses motifs qu’« interpréter le terme “*imprisonment*” employé à l’al. 718.2e) comme incluant la peine avec sursis allait tout à fait à l’encontre de l’intention manifeste » du législateur de créer des peines avec sursis pouvant se substituer à l’incarcération.

[19] De plus, les versions française et anglaise de *toutes* les autres dispositions que j’invoque précédemment sont exemptes de contradiction. Pourtant, dans chacune d’elles, le terme « emprisonnement » (« *imprisonment* », en anglais) est nécessairement employé au sens d’« incarcération » — et non de peine avec sursis purgée dans la collectivité.

III

[20] Justice Cromwell has introduced in his reasons a “critical” distinction (at para. 70) that appears to resurrect the Court’s rejection, with respect to conditional sentences specifically, of a “two-step” sentencing process: *Proulx*. Chief Justice Lamer, speaking for the Court, explained (at para. 52) that:

This two-step process does not correspond to the reality of sentencing. In practice, the determination of a term of imprisonment is necessarily intertwined with the decision of where the offender will serve the sentence. A judge does not impose a fixed sentence of “x months” in the abstract, without having in mind where that sentence will be served Furthermore, when a conditional sentence is chosen, its duration will depend on the type of conditions imposed. Therefore, the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue. [Emphasis added; citations omitted.]

[21] I have four brief comments regarding Justice Cromwell’s proposed distinction between a sentence and the manner in which it is to be served.

[22] First, this distinction was never raised by either the appellant or the Crown, nor considered by any court at any stage of the proceedings below. It is not mentioned at all in the factum of either party or the authorities they have cited, and was not referred to, explicitly or implicitly, by counsel before us — or by the Court — at the hearing of the appeal.

[23] Second, my colleague (at paras. 93 and 94) cites the reference to “the institution to which the prisoner is sentenced” in s. 743.3 of the *Code* as an example of qualifying language sufficient to indicate that “sentence of imprisonment” in that provision refers to custodial sentences only. If this is correct, as I believe it is, it can hardly be said that the references in s. 732(1)(b) to “confinement” and “release from prison” do not qualify the term “sentence of imprisonment” in precisely the same way. On my colleague’s own hypothesis, it follows that Parliament *has* qualified the term “sentence of imprisonment” in s. 732(1) to

III

[20] Le juge Cromwell dit au par. 70 de ses motifs qu’une distinction « s’impose », une distinction qui paraît ramener, relativement à la peine avec sursis, la démarche « en deux étapes » que notre Cour a expressément écartée dans l’arrêt *Proulx* en matière de détermination de la peine. Au nom de la Cour, le juge en chef Lamer avait expliqué (par. 52) :

Cette démarche en deux étapes ne correspond pas à la réalité de la détermination des peines. 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. Le juge n’inflige pas un emprisonnement de « x mois » dans l’abstrait, sans se demander où cette peine sera purgée [. . .] De plus, lorsque le tribunal opte pour l’emprisonnement avec sursis, sa durée dépend du genre de conditions dont elle est assortie. La durée de la peine ne peut donc pas être déterminée indépendamment du lieu où celle-ci sera purgée. [Je souligne; renvois omis.]

[21] Je formulerai quatre brèves remarques concernant la distinction proposée par le juge Cromwell entre la peine et son mode d’exécution.

[22] Premièrement, cette distinction n’a jamais été invoquée par l’appellant ou l’intimée, et elle n’a pas non plus été considérée à quelque étape de l’instance par les tribunaux inférieurs. Nulle mention n’en est faite dans les mémoires des parties ou dans les sources qu’elles citent. Ni les avocats ni la Cour n’en ont fait état expressément ou non à l’audition du pourvoi.

[23] Deuxièmement, aux par. 93 et 94 de ses motifs, le juge Cromwell renvoie à l’expression « l’établissement où le prisonnier doit purger sa peine » figurant à l’art. 743.3 du *Code*. Il y voit un exemple de limitation du sens indiquant que, dans cette disposition, « peine d’emprisonnement » s’entend uniquement d’une peine de détention. Si, comme je le crois, cela est juste, on peut difficilement affirmer qu’à l’al. 732(1)(b), les expressions « hors de la prison » et « sortie de prison » ne circonscrivent pas les termes « emprisonnement » ou « peine d’emprisonnement » exactement de la même manière. Il s’ensuit, sur le fondement même

make clear that it contemplates custodial sentences only.

[24] Third, the proposed distinction is entirely academic in the context of this appeal, where the issue is whether a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1) of the *Criminal Code*. Justice Cromwell agrees that a conditional sentence cannot be served intermittently. He nonetheless finds that “sentence of imprisonment” in s. 732(1) refers to both custodial and conditional sentences. My colleague rests this conclusion on his proposed distinction between a sentence of imprisonment and the manner in which it is served. But this distinction hardly explains why “sentence of imprisonment” in s. 732(1) — which concerns custodial sentences, since only custodial sentences *can be served intermittently* — refers to both custodial *and* conditional sentences.

[25] Finally, it is evident from the terms of the provision and from its very nature that s. 732(1) permits — and governs — the imposition of custodial terms of imprisonment, which alone may be served intermittently. This is apparent not only from the words “confinement” and “prison” that appear in s. 732(1), but also from the English and French versions of s. 732(2), read harmoniously.

[26] Section 732(2) provides:

(2) An offender who is ordered to serve a sentence of imprisonment intermittently may, on giving notice to the prosecutor, apply to the court that imposed the sentence to allow it to be served on consecutive days.

(2) À la condition d'en informer au préalable le poursuivant, le délinquant qui purge une peine à exécution discontinue peut demander au tribunal qui a infligé la peine de lui permettre de la purger de façon continue.

[27] As we can see, “sentence of imprisonment” in the English version of s. 732(2) appears in the French version as “*une peine à exécution discontinue*”. Reading both versions together, it seems

de l'hypothèse de mon collègue, que le législateur a circonscrit le sens du mot « emprisonnement » employé au par. 732(1) pour qu'il s'entende clairement de la seule peine de détention.

[24] Troisièmement, la distinction proposée est totalement théorique dans le cadre du présent pourvoi, la question à trancher étant celle de savoir si une peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1) du *Code criminel*. Le juge Cromwell convient que la peine avec sursis ne peut être purgée de façon discontinue. Il conclut néanmoins que le terme « emprisonnement » employé au par. 732(1) renvoie tant à la peine de détention qu'à la peine avec sursis. Il invoque à l'appui la distinction qu'il met de l'avant entre la peine d'emprisonnement et la manière dont elle est purgée. Or, cette distinction n'explique en rien pourquoi l'« emprisonnement » au sens du par. 732(1) — qui vise la peine de détention, la seule *pouvant être purgée de façon discontinue* — renvoie à la peine de détention *et* à la peine avec sursis.

[25] Enfin, il appert de son libellé et de sa nature mêmes que cette disposition permet — et régit — l'infliction de peines de détention, qui seules peuvent être purgées de façon discontinue. C'est ce qui ressort non seulement de l'emploi du mot « prison » au par. 732(1), mais aussi des versions française et anglaise du par. 732(2) interprétées harmonieusement.

[26] Le paragraphe 732(2) dispose :

(2) À la condition d'en informer au préalable le poursuivant, le délinquant qui purge une peine à exécution discontinue peut demander au tribunal qui a infligé la peine de lui permettre de la purger de façon continue.

(2) An offender who is ordered to serve a sentence of imprisonment intermittently may, on giving notice to the prosecutor, apply to the court that imposed the sentence to allow it to be served on consecutive days.

[27] Comme on le voit, le terme « peine à exécution discontinue » employé dans la version française correspond en anglais à « *sentence of imprisonment* ». L'interprétation des deux versions

perfectly clear both from the terms used and from its legislative purpose that s. 732(2) contemplates custodial sentences only. Parliament can hardly have intended to provide that offenders serving conditional sentences can choose to serve those sentences either intermittently or on consecutive days.

[28] With respect, I would thus reject the distinction invoked by Justice Cromwell and would instead resolve the question that concerns us here on the textual, contextual and purposive basis outlined in these reasons. Interpreting s. 732(1) this way better conforms to the sentencing purposes and correctional objectives for which Parliament separately established intermittent and conditional sentences.

IV

[29] This brings me to s. 139 of the *CCRA*, considered purposively and in the context of this case. Section 139 is found in Part II of the Act, which deals with “Conditional Release, Detention and Long-Term Supervision”. *None of these matters have any application at all to conditional sentences*. Offenders subject to a conditional sentence order are not eligible for parole: *Proulx*, at para. 42. Nor are they in “detention” or under “long-term supervision” within the meaning of the *CCRA*.

[30] Moreover, when he received his conditional sentences, the appellant was “a person whose only sentence [was] a sentence being served intermittently pursuant to section 732 of the *Criminal Code*”. Section 99(1) of the *CCRA* excludes such persons from the definition of “offender” for the purposes of Part II of the Act — which of course contains s. 139(1). This alone, I should think, is sufficient to demonstrate that s. 139 of the *CCRA* is of no assistance whatever to the appellant in this case.

[31] It might be thought that s. 99(1) does not apply to s. 139(1), since s. 139(1) refers to a “person” serving a sentence and does not use the word “offender”.

considérées de pair révèle clairement, au vu des termes qui y sont employés et de l’objectif législatif qui le sous-tend, que le par. 732(2) ne vise que les peines de détention. Le législateur ne saurait avoir voulu que le délinquant purgeant une peine avec sursis puisse choisir de le faire de façon discontinue ou continue.

[28] Avec égards, je suis donc d’avis d’écarter la distinction mise de l’avant par le juge Cromwell et de plutôt trancher la question en litige sur le fondement de l’interprétation textuelle, contextuelle et téléologique à laquelle je me livre dans les présents motifs. Pareille interprétation du par. 732(1) est davantage compatible avec les principes correctionnels et de détermination de la peine en fonction desquels le législateur a établi, d’une part, la peine discontinue et, d’autre part, la peine avec sursis.

IV

[29] J’examine maintenant l’art. 139 de la *LSCMLSC* sous l’angle de son objet et du contexte de l’espèce. Il figure à la partie II de la Loi intitulée « Mise en liberté sous condition, maintien en incarcération et surveillance de longue durée ». *Aucune de ces mesures ne touche de quelque façon la peine avec sursis*. Le délinquant condamné à une peine avec sursis n’a pas droit à la libération conditionnelle (*Proulx*, par. 42). Il n’est pas non plus « incarcéré » ou soumis à une « surveillance de longue durée » au sens de la *LSCMLSC*.

[30] En outre, lorsqu’il a été condamné aux peines avec sursis, l’appelant était une « personne qui, en application de l’article 732 du *Code criminel*, purge[ait] une peine de façon discontinue ». Or, le paragraphe 99(1) de la *LSCMLSC* prévoit qu’une telle personne n’est pas un « délinquant » pour l’application de la partie II de la Loi, où se trouve bien sûr le par. 139(1). Ce seul élément montre bien, selon moi, que le par. 139 de la *LSCMLSC* n’étaye aucunement la thèse de l’appelant.

[31] On pourrait penser que le par. 99(1) ne s’applique pas au par. 139(1) parce que celui-ci renvoie à l’« individu », et non au « délinquant », qui purge

In virtue of s. 99(1), however, a “person” serving a sentence *is* an “offender” — that is what “offender” means. This is evident from the use of the term “offender” in ss. 120.2(1), 130(3.2) and 130(3.3) of the *CCRA* to refer to the “person” to whom s. 139(1) applies. And it is not without interest that s. 732 of the *Criminal Code* uses the words “person” and “offender” interchangeably.

[32] Quite apart from this exclusionary definition of offender, a purposive interpretation of s. 139(1) also militates against its application here. The object of the provision was well explained by the Director General of Corrections in the Department of the Solicitor General of Canada when the current s. 139(1) was being considered by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs:

So-called “sentence calculation” is a bit of a misnomer. It refers to the way we calculate parole eligibility dates rather than sentences themselves, something which we found necessary given the multiple sentences that form an infinite combination of sentences, both concurrent and consecutive.

To deal with the complexity of sentences and the calculation of eligibility dates that allow us to administer sentences in a rational way, the technique of sentence-merging was developed to establish a single set of eligibility dates on the total prison term comprised of however many sentences. To do that, the Corrections and Conditional Release Act, or *CCRA*, provides for all sentences to be merged into a single term.

(Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No. 68, 1st Sess., 35th Parl., November 30, 1995, at pp. 68:4 and 68:6 (emphasis added))

[33] In this regard, reference may be had as well to *R. v. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), where, after considering the purpose and legislative history of s. 139 of the *CCRA* and its

une peine. Au paragraphe 99(1), toutefois, l’« individu » purgeant une peine *est* un « délinquant »; c’est là le sens du mot « délinquant ». Cela ressort de l’emploi du mot « délinquant » aux par. 120.2(1), 130(3.2) et 130(3.3) de la *LSCMLSC* pour renvoyer à l’« individu » auquel s’applique le par. 139(1). Mentionnons aussi que, dans sa version anglaise, l’art. 732 du *Code criminel* emploie indifféremment les mots « *offender* » (« délinquant ») et « *person* » (« individu »).

[32] Abstraction faite du caractère limitatif de la définition du mot « délinquant », l’interprétation téléologique du par. 139(1) milite aussi contre son application dans la présente affaire. Lors de l’examen de l’actuel par. 139(1) par le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, le directeur général des Affaires correctionnelles du ministère du Solliciteur général du Canada a bien expliqué l’objet de la disposition :

L’expression « calcul de la peine » n’est pas tout à fait juste. Il s’agit de la manière dont nous calculons la date d’admissibilité à la libération conditionnelle plutôt que les peines comme telles. Ce calcul s’est avéré nécessaire en raison des multiples sentences dont peut être frappé un délinquant, à la fois concurrentes et consécutives.

Pour régler le problème de la complexité des peines et du calcul des dates d’admissibilité qui permettent d’appliquer les sentences de manière rationnelle, on en est arrivé à fusionner les peines afin d’établir une série unique de dates d’admissibilité pour toute la période d’incarcération, sans égard au nombre de peines à purger. À cette fin, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit la fusion de toutes les peines en une seule période d’incarcération.

(Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule n° 68, 1^{re} sess., 35^e lég., 30 novembre 1995, p. 68:4 et 68:6 (je souligne))

[33] À cet égard, on peut également considérer l’arrêt *R. c. Carrignan* (2003), 172 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), où, après s’être penchée sur l’objet et l’historique législatif de l’art. 139 de la *LSCMLSC*

predecessors, Cronk J.A. (Catzman J.A. concurring) concluded:

Accordingly, the historical antecedents of s. 139 of the *CCRA* confirm, as urged by the *amicus curiae* in this case, that the device of sentence merger was intended to facilitate sentence calculation for sentence administration purposes. As emphasized by the then Solicitor General of Canada in 1995, it was not intended to “change the way consecutive and concurrent sentences work together”. [para. 36]

And again:

In my view, the combined effect of ss. 139(1) and (2) of the *CCRA* in connection with consecutive sentences is to ensure, for parole eligibility purposes, that the term of imprisonment of each consecutive sentence is totalled and parole eligibility is calculated based on the total term of the merged sentence. The intent and ambit of the sections are directed to that outcome, and to no broader purpose. [para. 49]

(Emphasis added in both paragraphs.)

[34] In short, Parliament enacted s. 139 to simplify the calculation of multiple custodial sentences in order to facilitate the administration of parole and statutory remission. Thus understood, s. 139(1) is inapplicable to a conditional sentence served in the community which — as the Court held in *Proulx* — is not “subject to reduction through parole” (para. 42).

[35] Justice Cromwell mentions (at para. 103) that “the parties were not in disagreement about the effect of this provision and their arguments were premised on its application to conditional sentences”. In fact, neither the appellant nor the respondent mentioned s. 139 *at all* in either their written or oral submissions in this Court. Their arguments turned instead on whether a conditional sentence is a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1). The appellant argued that it is; the respondent, that it is not. As I have already made plain, I agree with the respondent and, in my view, that alone is sufficient to dispose of the appeal.

et des dispositions qu’il a remplacées, la juge Cronk (avec l’accord du juge Catzman) a conclu :

[TRADUCTION] L’historique législatif de l’art. 139 de la *LSCMLSC* confirme donc la prétention de l’*amicus curiae* en l’espèce, à savoir que le mécanisme de la fusion des peines visait à faciliter leur calcul aux fins de leur administration. Comme l’a fait valoir le solliciteur général en fonction en 1995, l’objectif n’était pas de changer le « calcul des peines consécutives et concurrentes à purger ». [par. 36]

Puis, elle a ajouté :

À mon sens, l’effet combiné des par. 139(1) et (2) de la *LSCMLSC* en liaison avec les peines consécutives est de totaliser, aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle, les périodes d’emprisonnement correspondant à toutes les peines consécutives, de sorte que l’admissibilité à la libération conditionnelle soit déterminée en fonction de la durée totale des peines fusionnées. L’intention sous-jacente à ces dispositions et leur portée tendent vers ce résultat, et non vers la réalisation d’un objectif plus large. [par. 49]

(Je souligne dans les deux paragraphes.)

[34] En somme, le législateur a adopté l’art. 139 pour simplifier le calcul de la durée des peines de détention multiples afin de faciliter l’application du régime de libération conditionnelle et de réduction légale de peine. Interprété de la sorte, le par. 139(1) ne s’applique pas à la peine avec sursis purgée dans la collectivité qui — comme l’a conclu la Cour dans l’arrêt *Proulx* — « n’ouvre droit à aucune réduction de peine par voie de libération conditionnelle » (par. 42).

[35] Le juge Cromwell signale au par. 103 de ses motifs que « les parties ne sont pas en désaccord quant à l’incidence de cette disposition, et leurs plaidoiries supposent son application à la peine avec sursis ». Or, ni l’appellant ni l’intimée n’ont *jamais* invoqué l’art. 139 dans l’argumentation orale ou écrite qu’ils ont présentée à la Cour. Ils se sont plutôt attachés à la question de savoir si une peine avec sursis constitue un « emprisonnement » au sens du par. 732(1). L’appellant a fait valoir que tel est le cas, et l’intimée a soutenu le contraire. Comme je l’ai déjà clairement exprimé, je fais mienne la thèse de l’intimée et, à mon sens, cela suffit pour statuer sur le pourvoi.

V

[36] In this case, the trial judge pronounced the intermittent sentence before the conditional sentences. The Court of Appeal held that both the intermittent and conditional sentences were entirely legal, but that the appellant was nonetheless required, in virtue of s. 732(3), to serve the intermittent sentence on consecutive days, rather than intermittently, as ordered moments earlier by the trial judge.

[37] Section 732(3) provides:

(3) Where a court imposes a sentence of imprisonment on a person who is subject to an intermittent sentence in respect of another offence, the unexpired portion of the intermittent sentence shall be served on consecutive days unless the court otherwise orders.

[38] Justice Cromwell concludes that the Court of Appeal erred in finding that the trial judge did not “otherwise orde[r]”, within the meaning of s. 732(3). Not only were the intermittent and conditional sentences handed down by the same judge on the same day in a single set of reasons, but the trial judge also made clear his intention that the intermittent sentence be served intermittently, notwithstanding the conditional sentences imposed on the other counts. The reasons of the trial judge would thus satisfy the requirement of s. 732(3) to “otherwise orde[r]” — *if s. 732(3) applied, as a matter of law, to conditional sentences.*

[39] I agree with the Crown that it does not. A purposive and contextual reading of “sentence of imprisonment” in s. 732(3) makes clear that it does not contemplate conditional sentences at all. As Sinclair J. observed in *R. v. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149, at para. 11:

Clearly, it must have been the intention of Parliament that an intermittent sentence should not be converted to straight time upon the imposition of a conditional sentence. The intent of an intermittent sentence and a conditional sentence are the same — to allow the accused

V

[36] Dans la présente affaire, le juge du procès a infligé la peine discontinue peu avant les peines avec sursis. La Cour d’appel a statué que les trois étaient parfaitement légales, mais que l’appelant devait néanmoins, en raison du par. 732(3), purger la première de manière continue, et non de façon discontinue comme l’avait ordonné le juge du procès.

[37] Voici le texte du par. 732(3) :

(3) Lorsque le tribunal inflige une peine d’emprisonnement au délinquant purgeant déjà une peine discontinue pour une autre infraction, la partie non purgée de cette peine est, sous réserve d’une ordonnance du tribunal au contraire, purgée de façon continue.

[38] Le juge Cromwell estime que la Cour d’appel a eu tort de conclure qu’il n’y avait pas eu d’« ordonnance du tribunal au contraire » au sens de cette disposition. Non seulement les peines discontinues et avec sursis ont été prononcées par le même juge, le même jour, dans un énoncé unique des motifs, mais le juge du procès a également signifié sans équivoque son intention que la peine discontinue soit purgée de façon discontinue malgré les peines avec sursis infligées pour les autres infractions. Les motifs du juge constitueraient donc une « ordonnance du tribunal au contraire » au sens du par. 732(3) *si ce dernier s’appliquait en droit à la peine avec sursis.*

[39] Je conviens avec le ministère public qu’il ne s’y applique pas. Il ressort de l’interprétation téléologique et contextuelle du terme « peine d’emprisonnement » employé au par. 732(3) que la peine avec sursis n’est pas du tout visée. Dans la décision *R. c. Vajdl*, 2004 MBQB 167, 186 Man. R. (2d) 149, le juge Sinclair a fait observer ce qui suit au par. 11 :

[TRADUCTION] De toute évidence, le législateur a voulu que la peine discontinue ne soit pas transformée en peine continue dès l’infligation d’une peine avec sursis. L’objectif tant de la peine discontinue que de la peine avec sursis est de permettre à

to serve his sentence in the community to the fullest extent possible.

In short, a conditional sentence is not a “sentence of imprisonment” within the meaning of s. 732(1), (2) or (3).

[40] As a matter of principle, I agree with Justice Cromwell that nothing in this appeal should turn on the order in which the sentences were pronounced. But this hardly favours the appellant’s case. On the appellant’s view, a 90-day intermittent sentence can be rendered illegal by the imposition in its final hours of another sentence of imprisonment (conditional or otherwise) of more than a single day. The intermittent sentence, legal when imposed and final for all legal purposes (never having been set aside on appeal), would in this example be almost entirely served, yet retroactively invalidated by a subsequent sentence for a different offence. Any different sequence of sentences leading to the same result would produce equally absurd effects, contrary to the “well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27).

VI

[41] Finally, a brief word regarding the four decisions cited by Justice Cromwell in support of the proposition that “it is the total length of the merged sentences that governs eligibility for an intermittent sentence” (para. 76) (*R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (Ont. C.A.); *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189 (Que. C.A.); *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL) (C.A.); and *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67 (C.A.)).

[42] First, these decisions did not deal at all with the issue that concerns us here: none of them held that a 90-day intermittent sentence is rendered illegal by a contemporaneous or subsequent conditional sentence of any duration. All four cases, unlike the present matter, concerned consecutive custodial sentences cumulatively exceeding the 90-day limit for intermittent sentences established by s. 732(1) or its antecedents. None mentioned

l’accusé de purger sa peine le plus possible dans la collectivité.

En résumé, la peine avec sursis n’est pas un « emprisonnement » aux fins des par. 732(1), (2) et (3).

[40] Sur le plan des principes, je conviens avec le juge Cromwell que l’issue du pourvoi ne doit aucunement dépendre de l’ordre dans lequel les peines ont été prononcées. Mais cela n’aide guère l’appelant, selon qui une peine discontinuée de 90 jours peut être rendue illégale par l’infliction, à la toute fin de son exécution, d’une autre peine (avec sursis ou non) de plus d’un jour d’emprisonnement. La peine discontinuée, légale au départ et définitive à toutes fins que de droit (n’ayant jamais été annulée en appel) serait alors presque entièrement purgée, mais invalidée néanmoins rétroactivement par une peine subséquente infligée pour une autre infraction. Si on arrivait au même résultat en infligeant des peines dans un ordre différent, les conséquences seraient aussi absurdes, contrairement au « principe bien établi en matière d’interprétation législative [selon lequel] le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27).

VI

[41] Enfin, j’examine brièvement les quatre arrêts auxquels se réfère le juge Cromwell pour affirmer que « c’est la durée totale des peines qui régit l’admissibilité à l’exécution discontinuée » (par. 76) (*R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (C.A. Ont.); *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL) (C.A.); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL) (C.A.); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67 (C.A.)).

[42] Premièrement, ces arrêts ne portent pas du tout sur la question dont nous sommes saisis en l’espèce : aucun ne statue qu’une peine discontinuée de 90 jours est rendue illégale par une peine avec sursis infligée en même temps ou subséquentement, quelle qu’en soit la durée. Ces quatre arrêts, contrairement au présent pourvoi, ont trait à des peines de détention consécutives dont la durée totale excède la limite de 90 jours fixée pour l’exécution

the exclusionary definition of offender set out in s. 99(1) of the *CCRA*, or its equivalent in predecessor statutes. Thus, for example, s. 2 of the *Parole Act*, R.S.C. 1985, c. P-2, defined “inmate” (“offender” in Part II of the *CCRA*) to exclude persons serving intermittent sentences. And while all four decisions did rely on s. 139(1) or its predecessors in striking down consecutive intermittent custodial sentences exceeding 90 days, this result was otherwise inevitable on a purposive and principled application of s. 732(1) of the *Criminal Code*.

[43] That is the approach I propose here. It is entirely compatible with the result reached in the four cases mentioned above and with the three others mentioned by my colleague at para. 76 of his reasons (*R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL)). None of these cases held that a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732 of the *Criminal Code*. Moreover, nothing I have said here has the effect of overruling any of the decisions mentioned by my colleague, in the sense of declaring any one of them to have been wrongly decided. On the contrary, I believe that the court reached the correct conclusion in all seven instances.

[44] I shall presently explain why this is true of the *Fletcher* line of cases. By analogy, the same is true of *Frechette*, *Squibb* and *Robert*: chaining conditional sentences that equal or exceed two years in the aggregate effectively transforms a penitentiary sentence into a series of sentences to be served in the community. A purposive reading of s. 742.1 of the *Criminal Code* prohibits this result: see *Proulx*, at para. 55. I thus find it hardly surprising that the Alberta Court of Appeal, since *Frechette*, *Squibb* and *Robert* were decided, arrived at the same result on a purposive interpretation of s. 742.1 — while expressly “question[ing] whether s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act* may

discontinue au par. 732(1) ou par les dispositions qu’il a remplacées. Aucun ne renvoie à la définition limitative du mot « délinquant » au par. 99(1) de la *LSCMLSC* ou à celle figurant dans les lois antérieures. Ainsi, par exemple, l’art. 2 de la *Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. 1985, ch. P-2, définissait le « détenu » (le « délinquant » de la partie II de la *LSCMLSC*) comme un individu purgeant une autre peine qu’une peine discontinue. Bien que dans les quatre cas le tribunal s’appuie sur le par. 139(1) ou les dispositions qu’il a remplacées pour annuler des peines de détention consécutives de plus de 90 jours purgées de façon discontinue, l’interprétation téléologique et raisonnée du par. 732(1) du *Code criminel* rendait par ailleurs ce résultat inéluctable.

[43] Telle est l’interprétation que je préconise en l’espèce. Elle est parfaitement compatible avec les conclusions tirées dans ces quatre arrêts ainsi que dans les trois autres cités par mon collègue le juge Cromwell au par. 76 de ses motifs (*R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL)). Dans aucune de ces décisions le tribunal n’a statué qu’une peine avec sursis est un emprisonnement au sens de l’art. 732 du *Code criminel*. En outre, les propos que je tiens en l’espèce n’ont pas du tout pour effet d’infirmier quelque décision citée par mon collègue au sens de la déclarer non fondée. J’estime que le tribunal est arrivé au bon résultat dans les sept cas.

[44] Je vais expliquer plus loin pourquoi il en est ainsi de l’arrêt *Fletcher* et de ceux qui l’ont suivi. Par analogie, la même chose vaut pour *Frechette*, *Squibb* et *Robert* : la juxtaposition de peines avec sursis dont la durée totale est égale ou supérieure à deux ans transforme effectivement une peine d’emprisonnement dans un pénitencier en une série de peines purgées dans la collectivité. Une interprétation téléologique de l’art. 742.1 du *Code criminel* fait obstacle à une telle issue : voir l’arrêt *Proulx*, par. 55. Il me paraît donc peu étonnant que depuis *Frechette*, *Squibb* et *Robert*, la Cour d’appel de l’Alberta soit arrivée à la même conclusion à l’issue d’une interprétation téléologique

be relied upon to regulate the granting of conditional sentences, as was suggested in *Frechette*”: *R. v. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535, at para. 11.

[45] *Fletcher* and its progeny would have arrived at the same result even in the absence of a provision similar to s. 139 of the *CCRA*, because the chaining of intermittent sentences beyond the 90-day limit established by Parliament defeats the very object of s. 732(1) and disregards the correctional principles that it was meant to serve. Intermittent sentences strike a legislative balance between the denunciatory and deterrent functions of “real jail time” and the rehabilitative functions of preserving the offender’s employment, family relationships and responsibilities, and obligations to the community.

[46] That balance cannot be sustained indefinitely. Parliament has therefore fixed its duration at a reasonable limit of 90 days. Beyond that limit, intermittent sentences lose their purpose: the recurring “taste of jail” becomes disproportionately punitive as a deterrent and counter-productive as a rehabilitative and correctional alternative to continuous terms of imprisonment.

[47] It has not been suggested, on the other hand, that the combination of an intermittent and a conditional sentence — even when their aggregate duration exceeds 90 days — is similarly objectionable on any ground of correctional policy, or inconsistent with the sentencing principles enacted by Parliament in the governing sections of the *Criminal Code*.

[48] On the contrary, it is conceded that their combination in this case served the purposes of both intermittent and conditional sentences. This fit combination of sentences harmonizes the differing correctional advantages of conditional and intermittent sentences, while respecting the letter and the spirit of the provisions of the *Criminal*

de l’art. 742.1 — en se demandant expressément [TRADUCTION] « si l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* peut être invoqué pour déterminer le droit au sursis d’exécution, comme on l’a laissé entendre dans *Frechette* » (*R. c. Lyver*, 2007 ABCA 369, 229 C.C.C. (3d) 535, par. 11).

[45] Dans l’arrêt *Fletcher* et ceux rendus dans sa foulée, le résultat aurait été identique même en l’absence d’une disposition équivalente à l’art. 139 de la *LSCMLSC*, car l’infliction d’une série de peines discontinues dépassant la limite de 90 jours fixée par le législateur contrecarre précisément l’objet du par. 732(1) et fait fi des principes correctionnels qui le sous-tendent. La peine discontinue établit un équilibre législatif entre la fonction de réprobation et de dissuasion du temps réellement passé en prison et celle de la réadaptation qui se traduit par la préservation de l’emploi du délinquant, de ses liens familiaux, ainsi que de ses obligations envers sa famille et la collectivité.

[46] Cet équilibre ne peut être maintenu indéfiniment. Le législateur a donc fixé la limite à 90 jours. Au-delà de cette limite raisonnable, la peine discontinue perd sa raison d’être : le « saut en prison » périodique devient indûment punitif sur le plan de la dissuasion et inefficace comme mesure de réadaptation et de correction censée se substituer à la peine d’emprisonnement purgée de façon continue.

[47] Par contre, aucune partie ne laisse entendre que la combinaison d’une peine discontinue et d’une peine avec sursis — même lorsque leur durée totale dépasse 90 jours — est également discutable au regard de quelque principe correctionnel ou incompatible avec les principes de détermination de la peine établis par le législateur dans les dispositions pertinentes du *Code criminel*.

[48] Au contraire, on reconnaît qu’en l’espèce, leur combinaison répondait à la fois aux objectifs de la peine discontinue et à ceux de la peine avec sursis. Cette judicieuse combinaison concilie les avantages respectifs de la peine avec sursis et de la peine discontinue sur le plan correctionnel tout en respectant le texte et l’esprit des dispositions du

Code dealing with both: R. v. Power (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (Ont. C.A.).

[49] In *Power*, the accused had received a 90-day intermittent sentence for one offence and, for another, a consecutive 18-month conditional sentence followed by probation. Both sentences were affirmed on appeal. After considering their distinct purposes and combined effect, Doherty J.A. (Rosenberg and Armstrong J.J.A. concurring) concluded that the sentences were appropriate and endorsed the trial judge's reasons for imposing them as "thorough and thoughtful" (para. 12).

[50] *Power* did not explicitly address the legality of the intermittent sentence affirmed in that case and is therefore of limited precedential value on that issue. But the legality of an impugned sentence is *always* before the court to which it has been appealed: In determining that a sentence is fit, the court implicitly confirms its legality.

[51] In this appeal, as in *Power* (at para. 12), "[t]he trial judge concluded, quite properly, that despite the positive features of the respondent's character and background, principles of deterrence and denunciation required a period of incarceration" on at least one of the charges. After careful consideration, the trial judge in this case, again as in *Power*, ordered that the custodial sentence be served intermittently.

[52] In my respectful view, the conclusion to which Justice Cromwell is driven by his reasons is incompatible with the sentencing objectives of the trial judge and unduly limits the discretion of other trial judges to craft, in future cases, equally fit and thoughtful sentences.

[53] I conclude by emphasizing that conditional and intermittent sentences have overlapping but distinct purposes. I have already dealt with the sentencing and correctional purposes of intermittent

Code criminel qui prévoient leur infliction : *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (C.A. Ont.).

[49] Dans l'arrêt *Power*, l'accusé avait été condamné à une peine discontinue de 90 jours pour une infraction et à une peine consécutive de 18 mois avec sursis pour une autre, le tout devant être suivi d'une période de probation. Les deux peines ont été confirmées en appel. Après examen de leurs objectifs distincts et de leur effet combiné, le juge Doherty (avec l'accord des juges Rosenberg et Armstrong) a conclu que les peines étaient appropriées et il a qualifié de [TRADUCTION] « minutieux et judicieux » les motifs du juge du procès s'y rapportant (par. 12).

[50] Cet arrêt ne porte pas expressément sur la légalité de la peine discontinue confirmée dans cette affaire, ce qui lui confère peu de valeur jurisprudentielle sur ce point. Or, le tribunal d'appel devant lequel une peine est contestée est *toujours* saisi de la question de la légalité de la sanction. La cour qui statue qu'une peine est convenable en confirme tacitement la légalité.

[51] Dans la présente espèce, comme dans l'affaire *Power*, [TRADUCTION] « le juge du procès a conclu, fort opportunément, que malgré les aspects positifs de la moralité de l'intimé et de ses antécédents, la dissuasion et la réprobation commandaient une période d'incarcération » pour au moins une des infractions (par. 12). Toujours comme dans *Power*, après avoir tout bien soupesé, il a ordonné que la peine de détention soit purgée de façon discontinue.

[52] Avec égards, la conclusion à laquelle le juge Cromwell arrive dans ses motifs est incompatible avec les objectifs qu'avait en l'espèce le juge du procès lorsqu'il a déterminé la peine et elle restreint indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en général de façonner une peine aussi appropriée et mûrement réfléchie.

[53] Je conclus en insistant sur le fait que la peine avec sursis et la peine discontinue ont des points en commun, mais des objectifs distincts. J'ai déjà fait état des objectifs de la peine discontinue sur le

sentences. With respect to conditional sentences, I am content simply to reiterate here this important passage from *Proulx* (at para. 41):

A conditional sentence may be as onerous as, or perhaps even more onerous than, a jail term, particularly in circumstances where the offender is forced to take responsibility for his or her actions and make reparations to both the victim and the community, all the while living in the community under tight controls.

This case illustrates how intermittent and conditional sentences can be effectively combined to take appropriate advantage of their complementary purposes — in full compliance with the statutory conditions by which they are respectively governed.

VII

[54] For all of these reasons, I would allow the appeal and affirm the sentences imposed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

[55] BINNIE J. — The narrow issue on this appeal is whether the trial judge could lawfully impose a 90-day sentence of imprisonment to be served by the appellant intermittently, together with concurrent conditional sentences of 18 months. Without entering into the debate between my colleagues Justices Fish and Cromwell on the scope and application of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, and other related issues, I would allow the appeal on a short ground, as will be seen, and affirm the lawfulness of the intermittent sentence imposed by the trial judge.

[56] The availability of the intermittent sentence depends on s. 732(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides in part as follows:

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender . . . the court may, having regard to the age and character of the offender, . . . and the availability of appropriate

plan correctionnel et celui de la détermination de la peine. En ce qui concerne la peine avec sursis, je cite simplement le passage suivant de l'arrêt *Proulx* (par. 41) :

L'emprisonnement avec sursis peut s'avérer une peine aussi sévère, voire plus sévère que l'emprisonnement comme tel, particulièrement dans les cas où le délinquant est tenu d'assumer la responsabilité de ses actes et de réparer les torts qu'il a causés à la victime et à la collectivité, tout en vivant au sein de celle-ci et en étant assujéti à des mesures de contrôle serrées.

La présente affaire montre comment des peines discontinues et avec sursis peuvent être combinées pour tirer davantage de leurs objectifs complémentaires, et ce, en toute conformité avec leur cadre législatif respectif.

VII

[54] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer les peines infligées par le juge du procès.

Version française des motifs rendus par

[55] LE JUGE BINNIE — La seule question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si le juge du procès pouvait légalement infliger à l'appelant une peine de 90 jours d'emprisonnement devant être purgée de façon discontinue et des peines concurrentes de 18 mois avec sursis. Sans m'immiscer dans le débat qui oppose mes collègues les juges Fish et Cromwell au sujet de la portée et de l'application de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, et d'autres questions connexes, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour un simple motif, exposé ci-après, et de confirmer la légalité de la peine discontinue infligée par le juge du procès.

[56] La possibilité d'infliger une peine discontinue est déterminée au par. 732(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui dispose en partie :

732. (1) Le tribunal qui [...] condamne [le délinquant] à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours [...] peut, compte tenu de l'âge et de la réputation du délinquant [...] et de la disponibilité

accommodation to ensure compliance with the sentence, order

- (a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order; and
- (b) that the offender comply with the conditions prescribed . . . during the period that the sentence is being served

[57] I agree with Cromwell J. that the text of the *Criminal Code* and this Court's jurisprudence make it clear that a *conditional* sentence of imprisonment is generally considered a "sentence of imprisonment" and therefore, at first blush, falls within the opening words of s. 732(1). It is imprisonment without incarceration. However, s. 732(1) provides an exceptional context because its application presupposes, in my view, that the "sentence of imprisonment", referred to therein, is *capable* of being served intermittently. Yet conditional sentences, in their nature, do not lend themselves to being served intermittently. On the face of it, therefore, s. 732(1) seems to have no application to the conditional sentences in this case.

[58] To address this difficulty, my colleague Cromwell J. distinguishes between the introductory reference in s. 732(1) to "a sentence of imprisonment", which he says includes a conditional sentence, and the other references in s. 732(1) to "the sentence" which he interprets as referring to a different *mode* of serving a sentence of imprisonment, i.e. intermittently rather than conditionally. I prefer a more straightforward reading of s. 732(1). I would hold that the "sentence of imprisonment" referred to in the opening words of s. 732(1) is the same sentence as "the sentence" also mentioned elsewhere in the subsection, including paras. (a) and (b). If the later references to "sentence" do not include a conditional sentence (as I believe to be the case) because a conditional sentence cannot be served intermittently, the opening reference to "a sentence" also excludes conditional sentences. Conditional sentences therefore do not get in the door of s. 732(1) and, on this view, there is no need to attribute different meanings to the same word ("sentence") in the same subsection. Textually and contextually, s. 732(1) simply does not extend to conditional sentences.

d'un établissement adéquat pour purger la peine, ordonner :

- a) que la peine soit purgée de façon discontinue aux moments prévus par l'ordonnance;
- b) au délinquant de se conformer aux conditions prévues [. . .] pendant toute période où il purge sa peine

[57] Je conviens avec le juge Cromwell qu'il ressort du libellé du *Code criminel* et de la jurisprudence de notre Cour que la peine d'emprisonnement *avec sursis* est généralement considérée comme une peine d'« emprisonnement », de sorte que, de prime abord, elle est visée par le texte initial du par. 732(1). Il s'agit d'un emprisonnement sans incarcération. Ce paragraphe offre cependant un cadre exceptionnel, car son application suppose au préalable, selon moi, que l'« emprisonnement » qui y est prévu soit *susceptible* d'être purgé de façon discontinue. Or, par nature, la peine avec sursis ne se prête pas à l'exécution discontinue. À première vue, le par. 732(1) paraît donc inapplicable aux peines avec sursis en l'espèce.

[58] Pour surmonter la difficulté, mon collègue le juge Cromwell distingue entre l'emploi, dans la partie introductive de la disposition, du terme « emprisonnement », qui englobe selon lui la peine avec sursis, et l'emploi subséquent du mot « peine », qu'il associe à un *mode* différent de purger la peine d'emprisonnement — à savoir l'exécution discontinue plutôt que continue. Je préfère m'en tenir à une interprétation plus simple du par. 732(1). J'estime que la peine d'« emprisonnement » mentionnée au début de la disposition est la même « peine » que celle dont il est question par la suite, notamment aux al. a) et b). Si, comme je le crois, le mot « peine » employé subséquent n'englobe pas la peine avec sursis parce que celle-ci ne peut être purgée de façon discontinue, il ne l'englobe pas non plus dans la partie introductive. La peine avec sursis n'est donc pas visée au par. 732(1), de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y interpréter le même terme (« peine ») différemment. Sur les plans textuel et contextuel, la disposition ne s'applique simplement pas à la peine avec sursis.

[59] That being the case, the issue of whether there is a “merger” of the three sentences at issue here to form a single period of “imprisonment of ninety days or less” does not arise. There was no possibility of merger because the conditional sentences were not within the s. 732(1) frame of reference and did not trigger its limitation. There is no issue that requires determination under the *Corrections and Conditional Release Act*. The trial judge’s 90-day intermittent sentence was lawful.

[60] On this narrow ground, I would allow the appeal and affirm the sentences imposed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. (dissenting in part) —

1. Introduction and Issues

[61] This appeal concerns the interpretation of the intermittent sentence provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. We are asked to decide whether the words “sentence of imprisonment” in s. 732(1) of the *Code* include a conditional sentence of imprisonment. The *Criminal Code* and this Court’s prior jurisprudence describe conditional sentences as sentences of imprisonment. To hold that a conditional sentence of imprisonment is a sentence of imprisonment gives effect to the grammatical and ordinary sense of the words used in the provision. In my respectful view, there is nothing in the context or scheme of the relevant legislation that suggests that we should give these words any other meaning.

[62] The appellant, Mr. Middleton, was sentenced at the same hearing to two special forms of imprisonment so that he could continue to work and contribute to his daughter’s support. He received a 90-day intermittent sentence of imprisonment to be served on weekends and two 18-month concurrent conditional sentences of imprisonment to be served in the community. He also received a period

[59] Partant, la question de savoir si les trois peines considérées en l’espèce « fusionnent » pour former une seule peine d’emprisonnement de 90 jours ou moins ne se pose pas. Il ne pouvait y avoir de fusion, car les peines avec sursis ne faisaient pas partie du cadre de référence du par. 732(1) et n’emportaient pas l’application de la limitation prévue. Aucune question en litige n’exige de notre Cour qu’elle se prononce sur le fondement de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. La peine discontinuée de 90 jours d’emprisonnement infligée par le juge du procès était légale.

[60] Pour ce seul motif, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de confirmer les peines infligées à l’issue du procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident en partie) —

1. Introduction et questions en litige

[61] Le présent pourvoi porte sur l’interprétation des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives à la discontinuité de la peine. Nous sommes appelés à décider si les termes « emprisonnement » et « peine d’emprisonnement » employés au par. 732(1) du *Code* englobent la peine d’emprisonnement avec sursis. Suivant le *Code criminel* et la jurisprudence de la Cour, la peine avec sursis constitue une peine d’emprisonnement. Conclure en ce sens respecte le sens ordinaire et grammatical des termes employés dans la disposition. En tout respect pour l’avis contraire, aucun élément du contexte ou du cadre législatif applicable ne donne à penser que ces termes devraient avoir un autre sens.

[62] Lors d’une même audience, l’appelant, M. Middleton, a été condamné à deux formes particulières d’emprisonnement afin qu’il puisse continuer de travailler et de subvenir aux besoins de sa fille. Il a été condamné à une peine de 90 jours d’emprisonnement devant être purgée de façon discontinue les fins de semaine, ainsi qu’à deux peines de 18 mois d’emprisonnement avec sursis devant

of probation, which is not in issue. The sentence gives rise to two issues.

[63] The first is whether an intermittent sentence was available. The *Code* gives courts the power to order that a sentence of imprisonment be served intermittently — for example on weekends — rather than on consecutive days. But the *Code* limits this power to sentences of imprisonment of 90 days or less. At issue is whether the 18-month concurrent conditional sentences of imprisonment which the judge imposed are sentences of imprisonment. The parties agree that if they are, an intermittent sentence was not available here because, taking the conditional sentences into account, the sentence of imprisonment imposed by the judge was longer than 90 days.

[64] The second issue arises because the judge imposed the intermittent sentence before imposing the concurrent conditional sentences. The *Code* provides that when a court imposes a sentence of imprisonment on a person who is subject to an intermittent sentence, the unexpired portion of the intermittent sentence will be served on consecutive days (in other words, not intermittently) unless the court otherwise orders. At issue is the effect of this provision in this case. Does it require that the intermittent sentence be served on consecutive days because the judge, having imposed a sentence of imprisonment on a person who was at that moment already subject to an intermittent sentence, did not expressly order otherwise?

[65] The Court of Appeal for Ontario held that while an intermittent sentence was available here, the *Code* requires that it be served on consecutive days because the judge did not expressly order otherwise (2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59). The appellant challenges the first conclusion and both the appellant and the respondent Crown dispute the second.

[66] I respectfully disagree with both of the Court of Appeal's conclusions. My view is that the judge could not order an intermittent sentence

être purgées concurremment dans la collectivité. Il a également fait l'objet d'une ordonnance de probation, qui n'est pas visée par le présent litige. La peine soulève deux questions.

[63] La première est celle de savoir si une peine discontinuée pouvait être infligée. Le *Code* confère au tribunal le pouvoir d'ordonner qu'une peine d'emprisonnement soit purgée de façon discontinue — la fin de semaine, par exemple — plutôt que de façon continue, mais seulement lorsque la peine est d'au plus 90 jours. Il faut décider si les peines concurrentes de 18 mois d'emprisonnement avec sursis infligées par le juge constituent des peines d'emprisonnement. Les parties conviennent que si tel est le cas, une peine discontinue ne pouvait être imposée en l'espèce, car ajoutée aux peines avec sursis, la peine d'emprisonnement dépassait 90 jours.

[64] La deuxième question résulte de l'infliction de la peine discontinue avant les peines avec sursis concurrentes. Le *Code* prévoit que lorsque le tribunal inflige une peine d'emprisonnement au délinquant purgeant déjà une peine discontinue, la partie non purgée de cette peine est, sous réserve d'une ordonnance du tribunal au contraire, purgée de façon continue (et non discontinue). C'est l'effet de cette disposition qui est en litige. La peine discontinue doit-elle être purgée de façon continue parce que, lorsqu'il a infligé une peine d'emprisonnement à un délinquant qui purgeait alors déjà une peine discontinue, le juge n'a pas expressément rendu d'ordonnance au contraire?

[65] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'une peine discontinue pouvait être imposée en l'espèce, mais que le *Code* prescrivait qu'elle soit purgée de façon continue parce que le juge n'avait pas expressément rendu d'ordonnance au contraire (2007 ONCA 538, 227 O.A.C. 59). L'appelant conteste la première conclusion, et tant l'appelant que l'intimée contestent la deuxième.

[66] En toute déférence, je ne suis d'accord avec aucune des conclusions de la Cour d'appel. J'estime que le juge ne pouvait pas imposer une peine

here because the 18-month conditional sentences of imprisonment which he imposed are sentences of imprisonment. He therefore imposed a sentence of imprisonment of more than 90 days and the *Code* provides that, in these circumstances, an intermittent sentence cannot be imposed. As to the second issue, I am of the view that the sentencing judge should be understood to have ordered that the intermittent sentence (if legal) would continue to be served intermittently. The judge at the same hearing imposed an intermittent sentence and, virtually in the same breath, another period of imprisonment. In these circumstances, he should be understood to have directed that the intermittent sentence was to be served intermittently.

[67] I would allow the appeal.

2. Brief Overview of the Facts

[68] The judge in this case faced a difficult problem and he thought that an intermittent sentence of imprisonment was part of the solution. The judge found the offender, Mr. Middleton, guilty after trial of a number of acts of domestic violence arising from two incidents (2006 CarswellOnt 9387). The first, in September 2004, included an assault that left the appellant's fiancée, who is the mother of his young daughter, with a broken clavicle. The second, in February 2005, included threats and pointing a pellet gun. The judge rightly sought to denounce and deter this sort of senseless brutality and to protect the appellant's fiancée and others. But he was also concerned about the financial impact of a jail sentence on Mr. Middleton's daughter. The judge did not want Mr. Middleton's punishment to deprive his child of the court-ordered financial support he was capable of providing through his well-paid employment.

[69] In an attempt to give effect to these competing objectives, the judge imposed a 90-day period of imprisonment to be served intermittently for the assault and concurrent 18-month conditional sentences for the threatening and pointing of the pellet gun, all to be followed by three years of probation. This, the judge thought, would meet the need to

discontinue en l'espèce, car les peines de 18 mois avec sursis infligées par ailleurs constituent des peines d'emprisonnement. Le juge a donc infligé une peine d'emprisonnement de plus de 90 jours, et le *Code* dispose que la peine ne peut alors être purgée de façon discontinue. Quant à la deuxième question, j'estime que le juge chargé de la détermination de la peine a ordonné que la peine discontinue (à supposer qu'elle soit légale) continue d'être purgée de façon discontinue. Lors d'une même audience, il a infligé une peine discontinue et, presque du même souffle, d'autres périodes d'emprisonnement. Dans ces circonstances, on doit considérer qu'il a ordonné que la première peine soit purgée de façon discontinue.

[67] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

2. Aperçu des faits

[68] Le juge du procès était aux prises avec un grand dilemme. Il a pensé qu'une peine d'emprisonnement purgée de façon discontinue était un élément de solution. Il a déclaré le délinquant, M. Middleton, coupable de plusieurs actes de violence familiale perpétrés lors de deux incidents (2006 CarswellOnt 9387). D'abord, en septembre 2004, l'appelant s'était livré à des voies de fait sur sa conjointe, également mère de sa fillette, lui infligeant alors une fracture de la clavicule. Puis, en février 2005, il avait proféré des menaces et braqué une arme à plombs. Le juge a voulu à juste titre réprover et décourager ce type de brutalité insensée, ainsi que protéger la victime et la société en général. Il s'est aussi soucié des conséquences financières de l'incarcération de M. Middleton sur la fille. Il voulait éviter que la peine ne prive l'enfant des aliments accordés par le tribunal et que son père pouvait lui assurer grâce à son emploi bien rémunéré.

[69] Soucieux de concilier ces objectifs concurrents, le juge a infligé, pour les voies de fait, une peine de 90 jours d'emprisonnement devant être purgée de façon discontinue et, pour les menaces et le braquage d'une arme, des peines de 18 mois d'emprisonnement avec sursis devant être purgées concurremment, ce à quoi s'ajoutait une période de

impose “a real jail sentence” while at the same time allowing Mr. Middleton “to maintain [his] employment and to continue to support [his] daughter pursuant to the Court Order” (2006 CarswellOnt 9388, at paras. 6-7).

3. Analysis

A. *Was an Intermittent Sentence Available?*

(i) The Issue in Context

[70] There is a distinction that is critical to an understanding of the rather technical issues in this appeal. It is the distinction between the question of whether a particular sentence is, in law, a “sentence of imprisonment” and the question of how that “sentence of imprisonment” is to be served. In short, the distinction is between the nature of the sentence and the manner in which it is to be served. While imprisonment generally results from a sentence of imprisonment, not all sentences of imprisonment result in the offender being imprisoned while serving that sentence. The *Criminal Code* and the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), provide that sentences of imprisonment may be served in various ways. The critical point is that the manner in which the sentence is served does not alter its nature as a sentence of imprisonment. Contrary to my colleague Fish J.’s suggestion, the existence of this distinction is not inconsistent with the principle enunciated by this Court in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, that the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue. Rather, *Proulx* recognizes the distinction between the legal nature of the sentence as a sentence of imprisonment and an order respecting the manner in which it is to be served.

[71] Intermittent and conditional sentences of imprisonment are examples in the *Code* of how sentences of imprisonment may be served in different ways than in continuous custody. Section 732(1) of the *Criminal Code* allows a court to order that a

probation de trois ans. Selon le juge, ces sanctions répondaient à la nécessité d’infliger à M. Middleton [TRADUCTION] « un emprisonnement véritable » tout en lui permettant « de conserver son emploi et de continuer à subvenir aux besoins de sa fille conformément à l’ordonnance de la cour » (2006 CarswellOnt 9388, par. 6-7).

3. Analyse

A. *Une peine discontinue pouvait-elle être imposée?*

(i) Mise en contexte

[70] Une distinction s’impose pour comprendre les subtilités techniques du présent pourvoi. La question de savoir si, en droit, une peine donnée constitue une « peine d’emprisonnement » diffère de celle de savoir comment cette « peine d’emprisonnement » doit être purgée. En somme, il faut distinguer entre la nature de la peine et ses modalités d’exécution. Bien que ce soit généralement le cas, l’exécution d’une peine d’emprisonnement n’entraîne pas toujours l’incarcération du délinquant. Le *Code criminel* et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLSC »), prévoient qu’une peine d’emprisonnement peut être purgée de diverses manières. Peu importe son mode d’exécution, une peine d’emprisonnement demeure une peine d’emprisonnement. C’est là l’élément essentiel. Contrairement à ce que laisse entendre mon collègue le juge Fish, cette distinction n’est pas incompatible avec le principe dégagé dans l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, et selon lequel la durée de la peine ne doit pas être déterminée indépendamment du lieu de son exécution. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît plutôt la distinction entre la nature juridique de la peine — l’emprisonnement — et l’ordonnance relative à son mode d’exécution.

[71] L’exécution discontinue et l’exécution avec sursis sont deux des différentes façons dont une peine d’emprisonnement peut, suivant le *Code*, être purgée sans que le délinquant ne soit détenu de manière ininterrompue. Le paragraphe 732(1)

sentence of imprisonment be served intermittently rather than on consecutive days. That the intermittent sentence is a manner of serving a sentence of imprisonment is clear from the text of the section: “Where the court imposes a sentence of imprisonment . . . the court may . . . order that the sentence be served intermittently . . .”. The intermittent sentence is available only where the court “imposes a sentence of imprisonment” and the intermittent aspect is an order as to how that sentence of imprisonment is to be served. Similarly, the conditional sentence of imprisonment is a sentence of imprisonment that is ordered to be served in the community. This is clear from the text of s. 742.1 of the *Code*. Where “the court imposes a sentence of imprisonment of less than two years . . . the court may . . . order that the offender serve the sentence in the community”. A conditional sentence is a sentence of imprisonment which the court directs to be served in the community.

[72] Parole and statutory release are examples under the *CCRA* where sentences of imprisonment may be served while not imprisoned. So, for example, we find in s. 127(1) that “an offender sentenced . . . to penitentiary is entitled to be released on the date determined in accordance with this section and to remain at large until the expiration of the sentence according to law”. In other words, the Act directs the manner in which the sentence of imprisonment is to be served and that the offender continues to serve the sentence of imprisonment while at large. Similarly, we find in s. 128(1) that an offender “who is released on parole, statutory release or unescorted temporary absence continues, while entitled to be at large, to serve the sentence until its expiration according to law”. This again shows that the statute governs how a sentence of imprisonment is to be served and that an offender who is subject to a sentence of imprisonment continues to serve that sentence while at large.

[73] This distinction between the nature of the sentence and the manner in which it is to be served is important for the correct interpretation of s. 732

du *Code criminel* permet au tribunal d’ordonner qu’une peine d’emprisonnement soit purgée de façon discontinue plutôt que continue. Il ressort de son libellé que l’exécution discontinue fait partie des modes d’exécution possibles d’une peine d’emprisonnement : « Le tribunal qui [. . .] condamne [le délinquant] à un emprisonnement [. . .] peut [. . .] ordonner que la peine soit purgée de façon discontinue . . . ». Le tribunal ne peut infliger une peine discontinue que lorsqu’il « condamne à un emprisonnement », et la discontinuité correspond alors au mode d’exécution de la peine d’emprisonnement. De même, la peine d’emprisonnement avec sursis est une peine d’emprisonnement qui doit être purgée dans la collectivité. C’est ce qui ressort du texte de l’art. 742.1 du *Code* : « . . . le tribunal peut ordonner à toute personne qui [. . .] a été condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans de purger sa peine dans la collectivité . . . ». Une peine avec sursis est une peine d’emprisonnement dont le tribunal ordonne l’exécution dans la collectivité.

[72] La *LSCMLSC* prévoit notamment la libération conditionnelle et la libération d’office lorsque le délinquant peut purger sa peine sans être détenu. Ainsi, par exemple, le par. 127(1) dispose que « l’individu condamné [. . .] au pénitencier a le droit d’être mis en liberté à la date fixée conformément au présent article et de le demeurer jusqu’à l’expiration légale de sa peine ». Autrement dit, la Loi prescrit la façon dont la peine d’emprisonnement est purgée et elle prévoit que l’exécution de la peine se poursuit pendant que le délinquant est en liberté. De même, suivant le par. 128(1), le délinquant « qui bénéficie d’une libération conditionnelle ou d’office ou d’une permission de sortir sans escorte continue, tant qu’il a le droit d’être en liberté, de purger sa peine d’emprisonnement jusqu’à l’expiration légale de celle-ci ». On le voit encore, la Loi prescrit le mode d’exécution de la peine d’emprisonnement et précise que le délinquant condamné à une peine d’emprisonnement continue de la purger lorsqu’il est en liberté.

[73] Pour bien interpréter la disposition en cause dans le présent pourvoi, à savoir l’art. 732 du *Code criminel*, il importe de saisir cette distinction entre

of the *Criminal Code*, the section in issue in this appeal. It provides:

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender convicted of an offence, whether in default of payment of a fine or otherwise, the court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the availability of appropriate accommodation to ensure compliance with the sentence, order

(a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order;

[74] The opening words of the section refer to the nature of the sentence: the section is engaged only if “the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less”. These opening words of the section do not distinguish among the different ways in which a sentence of imprisonment may be served. Their focus is on the length of the “sentence of imprisonment” imposed.

[75] As noted earlier, the judge in this case imposed concurrent 18-month conditional sentences of imprisonment as well as the 90 days of imprisonment to be served intermittently. The question is whether s. 732(1) permits the combination of an intermittent sentence of incarceration with a conditional sentence where the total period exceeds 90 days.

[76] Before tackling this interpretative issue, I should note that the parties’ arguments in this Court proceed from a shared, undisputed premise: If the conditional sentences imposed by the judge are sentences of imprisonment, they merge with the 90-day period to form a single period of imprisonment which, of course, exceeds 90 days. The appellant points out in his factum, at para. 36, that “[s]entencing jurisprudence regarding s. 732(1) and the section’s predecessor, has long established that two separate intermittent sentences cannot be made consecutive to each other if the aggregate sentence exceeds the *Code’s* ninety day maximum.” The appellate court decisions that the appellant cites as authority for this proposition turn on their interpretation of s. 14(1) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, and its successor provisions, now s. 139 of

la nature de la peine et son mode d’exécution. Voici le texte de l’al. 732(1)a) :

732. (1) Le tribunal qui déclare le délinquant coupable d’une infraction et le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours pour défaut de paiement d’une amende ou pour un autre motif, peut, compte tenu de l’âge et de la réputation du délinquant, de la nature de l’infraction, des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de la disponibilité d’un établissement adéquat pour purger la peine, ordonner :

a) que la peine soit purgée de façon discontinue aux moments prévus par l’ordonnance;

[74] La nature de la peine est mentionnée au début : la disposition ne s’applique que lorsque « [l]e tribunal [. . .] condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours ». Ce libellé initial ne distingue pas entre les différentes façons dont la peine peut être purgée. Il s’attache plutôt à la durée de l’« emprisonnement » ordonné.

[75] Rappelons que le juge du procès a infligé des peines concurrentes de 18 mois d’emprisonnement avec sursis ainsi qu’une peine de 90 jours d’emprisonnement à purger de façon discontinue. La question est de savoir si le par. 732(1) permet de combiner une peine discontinue et une peine avec sursis lorsque leur durée totale dépasse 90 jours.

[76] Avant de passer à l’interprétation de la disposition applicable, il convient de signaler que les thèses respectives des parties devant notre Cour reposent sur une prémisse commune et non contestée. Si les peines avec sursis infligées en l’espèce sont des peines d’emprisonnement, elles s’ajoutent à la peine discontinue de 90 jours pour n’en former qu’une seule dont la durée dépasse évidemment 90 jours. L’appelant signale au par. 36 de son mémoire que [TRADUCTION] « [l]a jurisprudence relative à la détermination de la peine et au par. 732(1), y compris la disposition qu’il a remplacée, établit depuis longtemps que deux peines discontinues distinctes ne peuvent être rendues consécutives l’une à l’autre lorsque leur durée totale dépasse le maximum de 90 jours prévu dans le *Code*. » Les décisions de cours d’appel qu’il cite à l’appui touchent à l’interprétation

the *CCRA*: *R. v. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (Ont.); *R. v. Aubin* (1992), 72 C.C.C. (3d) 189 (Que.); *R. v. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67. Where, as in these cases, an offender who is subject to a sentence receives an additional sentence, it is the total length of the merged sentences that governs eligibility for an intermittent sentence. The Crown took no issue in its factum with this interpretation or with the correctness or relevance of these authorities. I am aware of no case law inconsistent with the position that the parties have taken with respect to the application of s. 139 in this context and note that it has been held by at least three courts of appeal that s. 139 of the *CCRA* applies to conditional sentences: see *R. v. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. v. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. v. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] Q.J. No. 2821 (QL). I will therefore accept the parties' shared premise as correct. I should add that the implications of s. 139 in other contexts have not been argued and are not before us.

[77] The parties' premise is that, if the 18-month conditional sentence imposed by the judge in this case are sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1), it merged with the 90-day sentence of imprisonment imposed by the judge with the result that there is, for the purposes of determining eligibility for an intermittent sentence under the *Code*, one sentence of imprisonment of more than 90 days. That is why, from the parties' perspective, the issue concerning the legality of the 90-day intermittent sentence in this case turns solely on whether the "sentence of imprisonment" described in s. 732 of the *Criminal Code* includes a conditional sentence.

(ii) Is a Conditional Sentence a "Sentence of Imprisonment"?

[78] This Court has often reiterated its preferred formulation of the modern principle of statutory

du par. 14(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, ch. P-2, et les dispositions qui l'ont remplacé (aujourd'hui, l'art. 139 de la *LSCMLSC*) : *R. c. Fletcher* (1982), 2 C.C.C. (3d) 221 (Ont.); *R. c. Aubin*, [1992] J.Q. n° 239 (QL); *R. c. McLeod*, [1993] Y.J. No. 17 (QL); *R. c. Drost* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67. Lorsque, comme dans ces affaires, le délinquant assujéti à une peine d'emprisonnement est condamné à une peine d'emprisonnement supplémentaire, c'est la durée totale des peines qui régit l'admissibilité à l'exécution discontinue. Dans son mémoire, le ministère public ne conteste pas cette interprétation non plus que le bien-fondé ou la pertinence de ces décisions. Je ne connais aucune décision qui soit incompatible avec la position des parties concernant l'application de l'art. 139 de la *LSCMLSC* dans ce contexte et je constate qu'au moins trois cours d'appel ont statué qu'il s'appliquait à la peine avec sursis (voir *R. c. Frechette*, 2001 MBCA 66, 154 C.C.C. (3d) 191; *R. c. Squibb*, 2006 NLCA 9, 253 Nfld. & P.E.I.R. 285; *R. c. Robert*, 2007 QCCA 515, [2007] J.Q. n° 2821 (QL)). Je fais donc droit à la prémisse commune des parties. J'ajoute que l'incidence de l'art. 139 dans d'autres contextes n'a pas été plaidée, de sorte que nous n'avons pas à nous prononcer à ce sujet.

[77] Il appert de la prémisse qui sous-tend l'argumentation des parties que si les peines de 18 mois avec sursis infligées par le juge en l'espèce constituent un emprisonnement au sens du par. 732(1), elles s'ajoutent à la peine de 90 jours d'emprisonnement, de sorte que, pour déterminer l'admissibilité à l'exécution discontinue prévue par le *Code*, l'emprisonnement dépasse au total 90 jours. Voilà pourquoi, du point de vue des parties, la légalité de la peine discontinue de 90 jours imposée en l'espèce tient uniquement à ce que l'« emprisonnement » visé à l'art. 732 du *Code criminel* englobe ou non la peine avec sursis.

(ii) La peine avec sursis constitue-t-elle une « peine d'emprisonnement »?

[78] La Cour a maintes fois rappelé sa formulation préférée du principe moderne d'interprétation

interpretation: “. . . the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[79] I turn first to the grammatical and ordinary sense of the words “sentence of imprisonment” in order to determine whether these words as used in s. 732(1) of the *Code* include a conditional sentence of imprisonment. I conclude that the *Criminal Code* establishes, and the jurisprudence of this Court confirms, that a conditional sentence of imprisonment is indeed a sentence of imprisonment.

[80] The *Criminal Code* refers to the conditional sentence as a “Conditional Sentence of Imprisonment”: see the heading before s. 742. In addition, the *Code* provides that a conditional sentence of imprisonment is only available where “the court imposes a sentence of imprisonment of less than two years”: see s. 742.1. The court imposes a sentence of imprisonment and orders that it be served in the community. The text of the *Code* treats the conditional aspect of the sentence — that is, the order that the sentence of imprisonment be served in the community — as relating to the manner in which the sentence of imprisonment is to be served. That order does not detract from the fact that the sentence imposed is, as the section says, a sentence of imprisonment.

[81] In *Proulx*, the Court affirmed the importance of the grammatical and ordinary sense of the words “sentence of imprisonment” in s. 742.1 and in the heading before s. 742 and confirmed that conditional sentences are sentences of imprisonment, noting at para. 29 that:

The conditional sentence is defined in the *Code* as a sentence of imprisonment. The heading of s. 742 reads “Conditional Sentence of Imprisonment”. Furthermore, s. 742.1(a) requires the court to impose a sentence of imprisonment of less than two years before considering

des lois : [TRADUCTION] « . . . il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[79] Je me penche d’abord sur le sens ordinaire et grammatical du terme « emprisonnement » pour déterminer si, lorsqu’il est employé au par. 732(1) du *Code*, il s’entend de la peine d’emprisonnement avec sursis. À mon sens, le *Code criminel* établit — et la jurisprudence de la Cour confirme — que la peine d’emprisonnement avec sursis est bel et bien un emprisonnement.

[80] Le *Code criminel* assimile la peine avec sursis aux « Condamnations à l’emprisonnement avec sursis » : voir l’intertitre précédant l’art. 742. De plus, il prévoit qu’une peine d’emprisonnement avec sursis ne peut être infligée qu’à une personne « condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans » (742.1). Le tribunal inflige une peine d’emprisonnement et il ordonne qu’elle soit purgée dans la collectivité. Le texte du *Code* renvoie au caractère suspensif de la peine — soit l’ordonnance que la peine d’emprisonnement soit purgée au sein de la collectivité — en liaison avec le mode d’exécution de la peine d’emprisonnement. Cette ordonnance ne change rien au fait que la peine infligée constitue, suivant l’article, un emprisonnement.

[81] Dans l’arrêt *Proulx*, la Cour a souligné l’importance du sens ordinaire et grammatical du terme « emprisonnement » employé à l’art. 742.1 et dans l’intertitre précédant l’art. 742 et elle a confirmé que la peine avec sursis constitue un emprisonnement, signalant ce qui suit au par. 29 :

Le sursis à l’emprisonnement est décrit dans le *Code* comme une peine d’emprisonnement. En effet, l’intertitre précédant l’art. 742 est « Condamnations à l’emprisonnement avec sursis ». En outre, aux termes de l’art. 742.1, le délinquant doit avoir été condamné à

whether the sentence can be served in the community subject to the appropriate conditions.

Similarly, in *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530, Binnie J. referred to *Proulx*, and noted that “[a] conditional sentence is a sentence of imprisonment, albeit the sentence is served in the community. It is imprisonment without incarceration” (para. 25).

[82] The opening words of s. 732(1) limit the cases in which a judge can order that a sentence of imprisonment be served intermittently to those “[w]here the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less”. In light of the text of the *Criminal Code*, as interpreted in this Court’s decisions in *Proulx* and *Wu*, the ordinary and grammatical sense of the words “sentence of imprisonment” includes a conditional sentence. The question is then whether the entire context in which the words appear imposes a limit that is not clear from the grammatical and ordinary sense of the words used. Given Parliament’s express reference to conditional sentences as sentences of imprisonment, affirmed by this Court’s jurisprudence, it would require compelling contextual indications to establish that a conditional sentence of imprisonment is not a sentence of imprisonment for the purposes of a particular section.

[83] My colleague Fish J. suggests that the wording of s. 732 makes clear that the term “sentence of imprisonment” in that section must refer to incarceration. This is said to flow from s. 732(1)(b), which directs that “the offender comply with the conditions prescribed in a probation order when not in confinement during the period that the sentence is being served and, if the court so orders, on release from prison after completing the intermittent sentence”. However, the text of the section shows, in my view, that this point should not be accepted. Respectfully, the references in s. 732(1)(b) to “confinement” and “prison” have no bearing on the issue before us. I will explain.

[84] An intermittent sentence is a “sentence of imprisonment”. The manner in which it is served

une peine d’emprisonnement de moins de deux ans avant que le tribunal puisse se demander si cette peine peut être purgée au sein de la collectivité, sous réserve de l’application de conditions appropriées.

De même, dans l’arrêt *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530, le juge Binnie invoque l’arrêt *Proulx* et relève que « [l]e sursis à l’emprisonnement est une peine d’emprisonnement, bien qu’elle soit purgée au sein de la collectivité. Il s’agit d’un emprisonnement sans incarcération » (par. 25).

[82] Le texte initial du par. 732(1) précise que le tribunal ne peut ordonner qu’une peine d’emprisonnement soit purgée de façon discontinue que dans le seul cas où il « condamne [le délinquant] à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours ». Au vu de ce libellé du *Code criminel*, interprété par la Cour dans les arrêts *Proulx* et *Wu*, le sens ordinaire et grammatical du terme « emprisonnement » comprend la peine avec sursis. Se pose alors la question de savoir si le contexte global dans lequel il est employé apporte une restriction qui ne ressort pas du sens ordinaire et grammatical. Étant donné que le législateur considère expressément la peine avec sursis comme une peine d’emprisonnement, ce que confirme la jurisprudence de notre Cour, seuls des éléments contextuels décisifs pourraient faire en sorte qu’une peine avec sursis ne constitue pas une peine d’emprisonnement aux fins d’une disposition en particulier.

[83] Selon mon collègue le juge Fish, le libellé de l’art. 732 indique clairement que l’« emprisonnement » s’entend de l’incarcération, car l’al. 732(1)(b) dispose que le « délinquant [doit] se conformer aux conditions prévues par l’ordonnance pendant toute période où il purge sa peine hors de la prison et [. . .] s’y conformer dès sa sortie de prison ». Or, il appert à mon avis de ce texte qu’il ne saurait en être ainsi. En toute déférence, l’emploi du mot « prison » à l’al. 732(1)(b) n’a aucun rapport avec la question dont nous sommes saisis. Je m’explique.

[84] Une peine discontinue constitue un « emprisonnement » ou une « peine d’emprisonnement »

is by the offender being in custody at specified times rather than on consecutive days. It is therefore necessary to provide directions as to when the offender will be in custody and when he or she will not. The words relating to confinement and prison in s. 732(1)(b) are used in connection with the manner in which the sentence of imprisonment is to be served. These sorts of directions as to how an intermittent sentence of imprisonment is to be served have no bearing on whether a conditional sentence of imprisonment is a sentence of imprisonment within the opening words of s. 732(1).

[85] Including a conditional sentence of imprisonment within the words “sentence of imprisonment” in s. 732 does not permit an order that a conditional sentence be served intermittently. As I have said earlier, the intermittent sentence order and the conditional sentence order direct different ways of serving a sentence of imprisonment. They must be understood as being alternative ways of serving a sentence of imprisonment. There is no authority in the *Code* for combining (and no reason that I can think of for wanting to combine) these two different ways of serving a sentence of imprisonment.

[86] Turning to the broader statutory context, the Crown bases its interpretative argument on this Court’s interpretation of s. 718.2(e) in *Proulx*. That section directs a court imposing a sentence to consider “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances”. The Court in *Proulx* held that the term “imprisonment” in s. 718.2(e) should be understood to refer to actual incarceration. In other words, the term “imprisonment” in s. 718.2(e) should be understood to refer to the manner in which the sentence is to be served — i.e. in prison — rather than to the nature of the sentence itself — i.e. a “sentence of imprisonment”. The Crown submits that we should apply the same interpretation of “imprisonment” in s. 732. The Crown’s argument in my respectful view misapprehends the nature of the interpretive exercise in *Proulx* and overlooks the distinction between the nature of a sentence and the manner in which it is to be served.

que le délinquant purge en détention à certains moments déterminés plutôt que de façon continue. Le tribunal doit donc préciser les périodes où le délinquant sera incarcéré et celles où il ne le sera pas. Le mot « prison » est employé à l’al. 732(1)b) en liaison avec la façon dont la peine d’emprisonnement est purgée. Ce genre de précisions sur le mode d’exécution de la peine discontinue n’a pas de lien avec la question de savoir si une peine d’emprisonnement avec sursis constitue un emprisonnement aux fins de la partie initiale du par. 732(1).

[85] Assimiler la peine avec sursis à l’« emprisonnement » au sens de l’art. 732 ne permet pas d’ordonner que la peine avec sursis soit purgée de façon discontinue. Je l’ai déjà dit, l’ordonnance de discontinuité et l’ordonnance de sursis prévoient des modalités différentes d’exécution de la peine d’emprisonnement. Elles doivent être considérées comme des manières différentes de purger une peine d’emprisonnement. Aucune disposition du *Code* ne permet leur combinaison (et je ne peux voir aucune raison de les combiner).

[86] En ce qui concerne le contexte législatif général, le ministère public invoque à l’appui de sa thèse l’interprétation de l’al. 718.2e) par notre Cour dans l’arrêt *Proulx*. Suivant cet alinéa, le tribunal qui inflige une peine « [examine] toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances ». Dans cet arrêt, la Cour a statué que le terme « *imprisonment* » employé en anglais à l’al. 718.2e) devait renvoyer à l’incarcération réelle. Autrement dit, le terme « emprisonnement » sous-entendu à l’al. 718.2e) renvoie à la manière dont la peine doit être purgée — soit en prison — plutôt qu’à la nature de la peine elle-même — à savoir l’« emprisonnement ». Le ministère public soutient que la même interprétation devrait valoir pour l’art. 732. J’estime en toute déférence qu’il se méprend sur la nature de l’interprétation à laquelle s’est livrée notre Cour dans l’arrêt *Proulx* et qu’il fait abstraction de la distinction entre la nature d’une peine et son mode d’exécution.

[87] The Court in *Proulx* was faced with equally authoritative English and French versions of s. 718.2(e), only one of which made sense in context, given Parliament's intention to reduce the rate of incarceration in Canada. The use of the word "imprisonment" in the English version, if interpreted as including a conditional sentence order that a sentence of imprisonment be served in the community, would have precluded the use of conditional sentence orders to achieve that objective. The French text of the section, however, made it clear this was not Parliament's intent. It directed "*l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances*". In short, the conflict between the two official language versions of the provision, coupled with the fact that reading the term "imprisonment" in s. 718.2(e) as including a conditional sentence was exactly contrary to the obvious legislative intent, made it clear that the term "imprisonment" in the English version of s. 718.2(e) should be understood to refer to the manner in which the sentence of imprisonment was to be served rather than to all sentences of imprisonment, no matter how served. As Lamer C.J. explained:

The use of "*sanctions substitutives*" for "sanctions other than imprisonment" in the French version of this provision means that s. 718.2(e) plays a role not only in the decision as to whether imprisonment or probationary measures should be imposed (preliminary step of the analysis), but also in the decision as to whether to impose a conditional sentence of imprisonment since conditional sentences are clearly "*sanctions substitutives*" to incarceration.

The French version and the English version of s. 718.2(e) are therefore in conflict. In conformity with a long-standing principle of interpretation, to resolve the conflict between the two official versions, we have to look for the meaning common to both: [citations omitted]. Accordingly, the word "imprisonment" in s. 718.2(e) should be interpreted as "incarceration" rather than in its technical sense of encompassing both incarceration and a conditional sentence. Read in this light, s. 718.2(e) clearly exerts an influence on the sentencing judge's determination as to whether to

[87] Dans l'affaire *Proulx*, la Cour était aux prises avec des versions française et anglaise de l'al. 718.2e) ayant également force de loi, dont une seule était logique dans le contexte, vu l'intention du législateur de réduire le taux d'incarcération au Canada. Si le terme « *imprisonment* » employé dans la version anglaise avait été interprété comme englobant l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis portant que la peine doit être purgée dans la collectivité, le tribunal n'aurait pu avoir recours à l'ordonnance avec sursis pour atteindre cet objectif. Or, la version française de la disposition établissait clairement que tel n'était pas l'intention du législateur. Elle prévoyait « *l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances* ». Bref, le conflit entre les deux versions officielles de la disposition législative, conjugué au fait qu'interpréter le terme « *imprisonment* » employé à l'al. 718.2e) comme incluant la peine avec sursis allait tout à fait à l'encontre de l'intention manifeste du législateur, indiquait clairement que ce terme devait s'entendre de la façon dont la peine d'emprisonnement devait être purgée, et non de toute peine d'emprisonnement, quel qu'en soit le mode d'exécution. Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer :

L'emploi de l'expression « *sanctions substitutives* » dans le texte français de l'al. 718.2e) pour rendre l'expression « *sanctions other than imprisonment* » de la version anglaise emporte que cette disposition joue non seulement un rôle dans la décision de prononcer l'emprisonnement ou des mesures probatoires (première étape de l'analyse), mais également dans la décision de prononcer ou non une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, puisque ces ordonnances sont clairement des « *sanctions substitutives* » à l'incarcération.

Il y a donc conflit entre les versions anglaise et française de l'al. 718.2e). Conformément à un principe d'interprétation bien établi, pour résoudre un conflit entre les deux versions officielles, il faut chercher à dégager le sens qui est commun aux deux versions : [renvois omis]. Par conséquent, il faut donner au mot « *imprisonment* » du texte anglais de l'al. 718.2e) le sens d'« *incarcération* » (« *incarcération* ») plutôt que son sens technique qui englobe à la fois l'idée d'incarcération et celle de « *conditional sentence* » (« *condamnation à l'emprisonnement avec sursis* »). Considéré sous cet

impose a conditional sentence as opposed to a jail term. [paras. 94-95]

[88] In short, it is in the English version of s. 718.2(e) that the term “imprisonment” is used inconsistently unless narrowed to refer to the manner in which the sentence is to be served. This is clear when one examines the French text of the same provision. We have not been referred to any similar conflicts between the English and French versions with respect to the meaning of “imprisonment” elsewhere in the *Code* and the Crown properly concedes that there is no such conflict in s. 732.

[89] The appellant’s interpretation of s. 732, with which I agree, is supported by s. 731(1)(b) of the *Code*. That section authorizes a judge to impose a period of probation “in addition to . . . sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years”. The Crown concedes that a period of probation may be added to a conditional sentence and that this flows from the fact that the imposition of the probation order is authorized by s. 731(1)(b). (This was the basis on which the judge in this case could impose the probationary term to follow the conditional sentences.) It follows that the sentence of imprisonment contemplated by s. 731(1)(b) must include a conditional sentence of imprisonment. Otherwise (and contrary to the Crown’s concession), a sentencing judge would not be authorized to impose a period of probation in addition to a conditional sentence.

[90] If we were to accept the Crown’s position on this appeal, we would have to decide that a conditional sentence *is* included in the phrase “sentencing the offender to imprisonment” for the purposes of s. 731(1)(b) (as the Crown concedes), but that a conditional sentence *is not* a sentence of imprisonment for the purposes of the very next sentencing option in the *Code*, s. 732. I see no reason to conclude that Parliament intended such similar expressions — “sentence of imprisonment” and “sentencing . . . to imprisonment” — to have different meanings in these consecutive sentencing options in the *Code*. The provisions are even more similar

éclairage, même dans sa version anglaise, l’al. 718.2e) joue clairement un rôle dans la décision du tribunal de prononcer le sursis à l’emprisonnement plutôt que l’incarcération. [par. 94-95]

[88] En résumé, c’est dans la version anglaise de l’al. 718.2e) que le terme « *imprisonment* » est mal employé s’il ne s’entend pas que de la façon dont la peine doit être purgée, ce qui ressort de la version française. On ne nous a signalé aucun conflit semblable entre les versions française et anglaise d’autres dispositions du *Code* où ce terme serait employé, et le ministère public reconnaît à juste titre qu’il n’y a pas de telle incompatibilité à l’art. 732.

[89] L’interprétation de l’art. 732 que préconise l’appelant et avec laquelle je suis d’accord est confirmée par l’al. 731(1)(b) du *Code*, qui permet au tribunal non seulement de « condamner [le délinquant] à un emprisonnement maximal de deux ans », mais en outre, d’ordonner qu’il fasse l’objet d’une période de probation. Le ministère public admet qu’une période de probation peut s’ajouter à une condamnation avec sursis, et ce, parce que l’al. 731(1)(b) autorise le prononcé d’une ordonnance de probation. (C’est sur le fondement de cette disposition que le juge pouvait en l’espèce ordonner qu’une période de probation s’applique dès l’expiration des peines avec sursis.) En conséquence, l’emprisonnement visé à l’al. 731(1)(b) doit englober la peine avec sursis. Sinon (et malgré l’aveu du ministère public), le juge qui prononce la peine ne serait pas autorisé à faire suivre d’une période de probation l’expiration de la peine avec sursis.

[90] Si nous faisons droit à la prétention du ministère public dans le présent pourvoi, nous devrions statuer que la condamnation avec sursis *est* visée par l’expression « condamner à un emprisonnement » pour l’application de l’al. 731(1)(b) (comme le concède le ministère public), mais qu’elle *ne constitue pas* un emprisonnement aux fins de la condamnation que prévoit la disposition qui suit immédiatement dans le *Code*, à savoir l’art. 732. Je ne vois pas pourquoi le législateur aurait voulu que des termes semblables comme « emprisonnement », « peine d’emprisonnement » et « condamner à un emprisonnement » aient des sens différents dans

in French: “. . . le tribunal peut . . . en plus . . . de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans . . .” in s. 731(1)(b) and “[l]e tribunal qui . . . le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours . . .” in s. 732(1).

[91] A court ought to give the same meaning to the same words used within the same statute unless there is some good reason to think that Parliament did not intend to express itself consistently. As Cory J. put it in *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400: “Unless the contrary is clearly indicated by the context, a word should be given the same interpretation or meaning whenever it appears in an act.” With respect to the use of the very similar expressions in ss. 731 and 732 of the *Code*, we should conclude that they have the same meaning in consecutive sections of the same statute unless the contrary is clearly indicated by the context. There is no such contrary indication.

[92] As I have suggested, where Parliament intended to limit or qualify the expressions “sentence of imprisonment” or “imprisonment” so as to exclude conditional sentences of imprisonment, it did so by using language which made this exclusion clear in the context of the particular provision.

[93] Section 743.3 is an example. It expressly applies only to persons sentenced to sentences of imprisonment in an institution. Of course, it can have no application to persons who are ordered to serve their sentences of imprisonment in the community. The section provides simply that where an offender is sentenced to a sentence of imprisonment in an institution, the sentence is to be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which he or she is sentenced:

743.3 A sentence of imprisonment shall be served in accordance with the enactments and rules that govern the institution to which the prisoner is sentenced.

ces dispositions consécutives du *Code* offrant des options en matière de détermination de la peine. Le libellé employé dans ces deux dispositions est en effet très similaire : « . . . le tribunal peut [. . .] en plus [. . .] de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans . . . » (al. 731(1)b)) et « [l]e tribunal qui [. . .] le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours . . . » (par. 732(1)).

[91] Le tribunal doit donner le même sens aux termes identiques employés dans une loi, sauf s’il y a lieu de croire que le législateur n’a pas voulu s’exprimer de manière uniforme. Comme l’a dit le juge Cory dans l’arrêt *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, p. 400 : « . . . à moins que le contexte ne s’y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et avoir le même sens tout au long d’un texte législatif. » En ce qui concerne l’emploi de termes très semblables dans les articles consécutifs d’un même texte législatif, comme les art. 731 et 732 du *Code*, nous devrions conclure qu’ils ont le même sens, à moins que le contexte ne s’y oppose clairement, ce qui n’est pas le cas.

[92] Comme je l’ai laissé entendre, lorsque le législateur a voulu limiter le sens de termes comme « peine d’emprisonnement » ou « emprisonnement » pour exclure la peine avec sursis, il l’a fait au moyen d’un libellé qui rendait cette exclusion manifeste dans le contexte de la disposition en cause.

[93] L’article 743.3 en est un exemple. Il s’applique expressément aux seules personnes condamnées à purger une peine d’emprisonnement dans un établissement. Évidemment, il ne peut s’appliquer aux personnes qui purgent leur peine dans la collectivité. Il prévoit simplement que lorsqu’un délinquant est condamné à l’emprisonnement dans un établissement, la peine doit être purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l’établissement en cause :

743.3 Une peine d’emprisonnement est purgée conformément aux dispositions et règles qui régissent l’établissement où le prisonnier doit purger sa peine.

[94] Specifying the type of “sentence of imprisonment” being addressed, as does this section, is consistent with the view that, absent such limitation or qualification, all sentences of imprisonment are being referred to. Section 743.3 shows that where some qualification of the generality of the term was intended in the *Code*, it is stated expressly.

[95] There are other instances in the *Code* in which Parliament has made clear that the words “sentence of imprisonment” or “imprisonment” refer only to incarceration. None of them detracts from the interpretation of s. 732 that the appellant proposes and with which I agree.

[96] Sections 719(4) and 719(5) provide one example. These provisions use the expression “term of imprisonment” and deal with the manner in which that term is to be served in custody. There is no inconsistency between recognizing that these provisions deal specifically with custodial sentences, as indicated through references to “the day on which the convicted person is arrested and taken into custody under the sentence” (s. 719(4)) or to the “execution of the warrant of committal” (s. 719(5)) and finding that the “sentence of imprisonment” referred to in s. 732(1) includes a conditional sentence of imprisonment.

[97] Section 742.7(1) provides another example of a provision in which the term “imprisonment” cannot include a conditional sentence. The section is at pains to distinguish between a person serving a conditional sentence of imprisonment and that person being imprisoned. Section 742.7(1) refers to the situation of a person subject to a conditional sentence order (which is an order that a sentence of imprisonment be served in the community) and the situation of that person when “imprisoned”. Section 742.6(9)(c) and s. 742.7(2) clearly distinguish between serving a sentence of imprisonment in the community and serving the sentence of imprisonment in custody. Section 742.7(4) carefully distinguishes between the service of a sentence in the community and serving it in custody. These provisions do not at all detract from the view that a conditional sentence of imprisonment is a manner of serving a sentence of imprisonment. As I have

[94] Lorsque, comme dans cet article, le législateur précise le type d’« emprisonnement » en cause, on peut déduire qu’en l’absence d’une telle restriction, toute peine d’emprisonnement est visée. L’article 743.3 montre que lorsque le législateur a voulu limiter la portée générale d’un terme employé dans le *Code*, il l’a fait expressément.

[95] Il y a d’autres exemples dans le *Code* où le législateur a clairement indiqué que le terme « emprisonnement » ou « peine d’emprisonnement » ne s’entend que de l’incarcération. Aucun ne contredit l’interprétation de l’art. 732 que l’appelant préconise et avec laquelle je suis d’accord.

[96] Les paragraphes 719(4) et (5) sont un exemple. Ils parlent de « période d’emprisonnement » et portent sur la façon dont est purgée cette période en détention. Il n’y a aucune contradiction entre reconnaître que ces dispositions portent précisément sur la peine de détention, comme l’attestent les mentions « la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence » (par. 719(4)) ou « l’exécution du mandat d’incarcération » (par. 719(5)) et conclure qu’au par. 732(1), l’« emprisonnement » englobe la peine avec sursis.

[97] Le paragraphe 742.7(1) constitue un autre exemple de disposition où le terme « emprisonnement » ne peut inclure la peine avec sursis. Il distingue clairement entre la personne qui purge une peine d’emprisonnement dans la collectivité et celle qui est incarcérée. Il vise la situation de la personne qui fait l’objet d’une ordonnance de sursis (portant que la peine d’emprisonnement est purgée dans la collectivité) et celle de la personne qui est « emprisonnée ». L’alinéa 742.6(9)c) et le par. 742.7(2) établissent une distinction nette entre la peine d’emprisonnement purgée dans la collectivité et celle purgée en détention. Le paragraphe 742.7(4) distingue bien l’exécution de la peine dans la collectivité et son exécution en détention. En toute déférence, ces dispositions n’empêchent aucunement de conclure que le sursis constitue un mode d’exécution de la peine d’emprisonnement. Je le répète, bien que ce soit généralement le cas,

said earlier, imprisonment generally results from a sentence of imprisonment, but not all sentences of imprisonment result in imprisonment.

[98] The Crown submits that a different interpretation of “imprisonment” is merited in s. 732 because it would allow sentencing judges greater discretion to craft fit sentences tailored to the individual cases before them. However, it is simply not possible for me to say that a conditional sentence of imprisonment is not a sentence of imprisonment. But that is what the Crown’s position, if accepted, would require us to say.

[99] I accept, of course, that it is desirable that sentencing judges be able to exercise their discretion to craft the most fit sentence in every case. But that discretion is circumscribed by the limits imposed by the text of the *Criminal Code* and other relevant legislation. The fact that an intermittent sentence may appear appropriate in a particular case does not permit the courts to impose a sentence that parliament has not authorized. In short, we must respect and give effect to the parliamentary decision to limit the availability of intermittent sentences to sentences of imprisonment of 90 days or less.

[100] The Crown cites *R. v. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (Ont. C.A.), submitting that in that case the court upheld the combination of an intermittent sentence and a lengthy conditional sentence. However, the legality of the sentence was not before the court; neither of the parties challenged the legality of the combination of sentences and the court, understandably, did not consider the issue. The case does not support the Crown’s interpretation.

[101] So I conclude: First, the text of the *Criminal Code* and this Court’s jurisprudence specify that a conditional sentence of imprisonment is a “sentence of imprisonment”. Second, where Parliament intended that the words “sentence of imprisonment” and equivalent expressions exclude conditional sentences, it used language placed in a context which makes this clear. Third, there is nothing in the text or context of s. 732(1) which justifies

la peine d’emprisonnement n’entraîne pas toujours l’incarcération.

[98] Le ministère public soutient qu’il convient d’interpréter différemment le terme « emprisonnement » à l’art. 732 afin d’accroître le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’infliger une peine adaptée à chaque affaire dont il est saisi. Or, je ne puis tout simplement pas affirmer — comme il nous faudrait le faire si nous faisons droit à cette prétention — qu’une peine d’emprisonnement avec sursis ne constitue pas une peine d’emprisonnement.

[99] Il est évidemment souhaitable que le juge appelé à déterminer la peine puisse exercer son pouvoir discrétionnaire de concevoir la peine la plus appropriée au regard des circonstances de l’espèce. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire est circonscrit par le texte du *Code criminel* et d’autres lois pertinentes. Le fait qu’une peine discontinue peut sembler convenir dans une affaire donnée ne permet pas au tribunal d’infliger une peine que le législateur n’a pas autorisée. Bref, nous devons respecter la volonté du législateur qu’une peine discontinue ne puisse être infligée que dans le cas d’un emprisonnement de 90 jours ou moins.

[100] Le ministère public invoque l’arrêt *R. c. Power* (2003), 176 C.C.C. (3d) 209 (C.A. Ont.), à l’appui de sa thèse selon laquelle le tribunal peut combiner une peine discontinue et une longue peine d’emprisonnement avec sursis. Or, la légalité de la peine n’était pas en cause dans cette affaire, et aucune des parties n’avait contesté la légalité de la combinaison des peines. La cour n’a donc pas examiné la question. Cette décision n’appuie pas l’interprétation préconisée par le ministère public.

[101] Je conclus donc ce qui suit. Premièrement, le texte du *Code criminel* et la jurisprudence de la Cour précisent que la peine d’emprisonnement avec sursis est un « emprisonnement ». Deuxièmement, lorsqu’il a voulu que le mot « emprisonnement » ou des termes équivalents excluent la peine avec sursis, le législateur a eu recours à un libellé en ce sens dans un contexte rendant son intention manifeste. Troisièmement, aucun élément textuel ou

a departure from the grammatical and ordinary meaning of the words “sentence of imprisonment” in that section.

[102] The judge in this case imposed a sentence of imprisonment of more than 90 days. As a result of s. 732(1) of the *Code*, he could not order that a 90-day portion of that sentence be served intermittently. The intermittent sentence was therefore illegal and must be set aside.

B. Section 139 of the Corrections and Conditional Release Act

[103] My colleague Fish J. would hold that s. 139 of the *CCRA* does not apply to conditional sentences. He states at para. 7 that “conditional sentences are not contemplated by . . . s. 139 of the *CCRA*” and at para. 34 that “s. 139(1) is inapplicable to a conditional sentence served in the community”. As noted earlier, the parties were not in disagreement about the effect of this provision and their arguments were premised on its application to conditional sentences. They have therefore had no opportunity to respond to the suggestion that their arguments in this Court were based on an erroneous premise.

[104] Respectfully, I see no reason to go behind the premise on which the parties advanced this appeal, namely that, as a result of s. 139 of the *CCRA*, if a conditional sentence is a sentence of imprisonment within the meaning of s. 732(1) of the *Code*, an intermittent sentence was not available here.

C. Does the Intermittent Sentence, if Legal, Have to Be Served on Consecutive Days?

[105] The Court of Appeal, while holding that the sentence was not illegal, concluded that the 90-day intermittent sentence had to be served on consecutive days by virtue of s. 732(3). I respectfully disagree with this conclusion as does my colleague Fish J. Of course, because I would hold that the sentence was illegal, it is not strictly necessary to address this question. However, the point has been fully argued and it will be useful to address it.

contextuel du par. 732(1) ne justifie un écart du sens ordinaire ou grammatical du terme « emprisonnement » qui y est employé.

[102] En l'espèce, le juge a infligé une peine d'emprisonnement de plus de 90 jours. Suivant le par. 732(1) du *Code*, il ne pouvait pas ordonner que 90 jours de la durée totale de cette peine soit purgée de façon discontinue. La peine discontinue était par conséquent illégale et doit être annulée.

B. L'article 139 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition

[103] Mon collègue le juge Fish estime que l'art. 139 de la *LSCMLSC* ne s'applique pas à la peine avec sursis. Il affirme au par. 7 de ses motifs que cette peine n'est pas visée par cette disposition puis, au par. 34, que « le par. 139(1) ne s'applique pas à la peine avec sursis purgée dans la collectivité ». Je le rappelle, les parties ne sont pas en désaccord quant à l'incidence de cette disposition, et leurs plaidoiries supposent son application à la peine avec sursis. Elles n'ont donc pas pu répondre à l'affirmation que les thèses qu'elles ont défendues devant la Cour s'appuyaient sur une prémisse erronée.

[104] En toute déférence, je ne vois aucune raison d'aller au-delà de la prémisse qui sous-tend l'argumentation des parties dans le présent pourvoi, à savoir que si une peine avec sursis constitue un emprisonnement au sens du par. 732(1) du *Code*, l'art. 139 de la *LSCMLSC* faisait obstacle à une peine discontinue en l'espèce.

C. À supposer qu'elle soit légale, la peine discontinue doit-elle être purgée de façon continue?

[105] Bien qu'elle l'ait tenu pour valide, la Cour d'appel a conclu que la peine discontinue de 90 jours devait être purgée de façon continue conformément au par. 732(3). En toute déférence, je ne suis pas d'accord et mon collègue le juge Fish ne l'est pas non plus. Naturellement, vu ma conclusion que la peine était contraire à la loi, il n'est pas vraiment nécessaire de me pencher sur la question. Toutefois, comme elle a été dûment débattue, il me paraît utile de l'examiner.

[106] Section 732(3) provides that “[w]here a court imposes a sentence of imprisonment on a person who is subject to an intermittent sentence in respect of another offence, the unexpired portion of the intermittent sentence shall be served on consecutive days unless the court otherwise orders.” The Court of Appeal held that s. 732(3) applied in this case because, “[a]t the time that the sentencing judge imposed a sentence of imprisonment [i.e. the conditional sentences] . . . he had already sentenced [Mr. Middleton] to the intermittent sentence Section 732(3) has the effect of causing the unexpired portion of the intermittent sentence . . . to be served on consecutive days” (para. 21). In other words, the court held that s. 732(3) applied because of the order in which the sentencing judge imposed the sentences. He first imposed the intermittent sentence for one offence, then the conditional sentences for two additional offences. Thus, in the view of the Court of Appeal, when the judge imposed the conditional sentences, Mr. Middleton was at that point already “subject to an intermittent sentence in respect of another offence”. The judge failed to expressly order otherwise and, as a result, s. 732(3) operated to collapse the “unexpired portion” of the intermittent sentence imposed seconds before into a sentence to be served on consecutive days.

[107] Respectfully, this interpretation of s. 732(3) is problematic for at least three reasons.

[108] First, it gives inconsistent meanings to the words “sentence of imprisonment” within s. 732. The Court of Appeal found the intermittent sentence to be lawful. As discussed earlier, this could only be so if the conditional sentence *were not* sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(1). However, the Court of Appeal also held that s. 732(3) was engaged here. This could only be so if the conditional sentences *were* sentences of imprisonment within the meaning of s. 732(3). For reasons already mentioned, this sort of inconsistent usage of the same words should not be ascribed to Parliament.

[106] Le paragraphe 732(3) prévoit que « [l]orsque le tribunal inflige une peine d'emprisonnement au délinquant purgeant déjà une peine discontinue pour une autre infraction, la partie non purgée de cette peine est, sous réserve d'une ordonnance du tribunal au contraire, purgée de façon continue. » La Cour d'appel a statué que le par. 732(3) s'appliquait en l'espèce parce que, [TRADUCTION] « [a]u moment où le juge a infligé une peine d'emprisonnement [à savoir les peines avec sursis] [. . .] il avait déjà condamné [M. Middleton] à une peine discontinue. [. . .] Le paragraphe 732(3) fait en sorte que la partie non purgée de la peine discontinue [. . .] soit purgée de façon continue » (par. 21). En d'autres termes, la Cour d'appel a conclu que le par. 732(3) s'appliquait en raison de l'ordre dans lequel le juge avait infligé les peines. Il a d'abord infligé la peine discontinue pour une infraction, puis les peines avec sursis pour deux autres infractions. Ainsi, selon elle, lorsque le juge a infligé les peines avec sursis, M. Middleton était alors un délinquant « purgeant déjà une peine discontinue pour une autre infraction ». Le juge n'a pas expressément rendu d'ordonnance au contraire et, partant, le par. 732(3) a eu pour effet de transformer « la partie non purgée » de la peine discontinue infligée juste avant en une peine devant être purgée de façon continue.

[107] En toute déférence, pareille interprétation du par. 732(3) est problématique pour au moins trois raisons.

[108] Premièrement, elle confère des sens incompatibles aux termes « emprisonnement » ou « peine d'emprisonnement » employés à l'art. 732. La Cour d'appel a conclu à la légalité de la peine discontinue. Je le répète, il ne pouvait en être ainsi que si les peines avec sursis *n'étaient pas* des peines d'emprisonnement pour les besoins du par. 732(1). Or, la Cour d'appel a également estimé que le par. 732(3) s'appliquait en l'espèce, ce qui ne pouvait être le cas que si les peines avec sursis *étaient* des peines d'emprisonnement au sens du par. 732(3). Pour les motifs qui précèdent, pareille incohérence dans l'emploi de mêmes termes ne saurait être attribuée au législateur.

[109] Second, the Court of Appeal's interpretation makes too much turn on the order in which sentences are imposed. On the court's interpretation, s. 732(3) would not have been engaged had the judge imposed the sentences in the other order because, in that case, Mr. Middleton would not have been subject to an intermittent sentence when the conditional sentences were imposed. To have the application of the section turn on the many chronological possibilities that may occur in the sentencing process would make its operation arbitrary and impractical. We should be slow to attribute such an intent to Parliament.

[110] Finally, this approach to s. 732(3) thwarts the clear intent of the sentencing judge. It could not be clearer that the judge in this case intended the 90-day sentence of imprisonment to be served intermittently. Yet, because he failed to expressly order otherwise, the Court of Appeal held that s. 732(3) thwarted that clear intent. I cannot agree. Without attempting to address all of the variations that could result from the timing and order of sentencing, it seems to me that when a judge lawfully imposes an intermittent sentence and another sentence of imprisonment as part of the same sentencing proceeding, the judge should be understood to have relied on the closing words of s. 732(3) — that is, on the authority to “otherwise orde[r]” — so that the intermittent sentence does not become a sentence to be served on consecutive days. In other words, where a sentencing judge imposes an intermittent sentence and, as part of the same sentencing hearing, imposes another sentence of imprisonment that can legally be combined with it, I would infer that the sentencing judge has “otherwise order[ed]” and that the intermittent sentence is to be served intermittently.

[111] In this case, the sentencing judge tried to craft a sentence that would balance the goals of denunciation, deterrence and protection with his concern that the appellant's daughter not suffer financial hardship. This manifested a clear intention that the intermittent sentence, imposed first, be served intermittently. Had the intermittent sentence as imposed been legal, the operation of

[109] Deuxièmement, l'interprétation de la Cour d'appel accorde trop d'importance à l'ordre dans lequel les peines sont infligées. Selon elle, le par. 732(3) n'aurait pas eu d'application si le juge avait infligé les peines dans un ordre différent, car M. Middleton n'aurait pas été assujéti à une peine discontinue au moment de l'infligation des peines avec sursis. Subordonner l'application du paragraphe en cause à la chronologie des nombreuses étapes possibles du processus de détermination de la peine équivaudrait à la rendre arbitraire et irréaliste. Nous devons nous garder de prêter une telle intention au législateur.

[110] Enfin, cette interprétation du par. 732(3) contrecarre l'intention manifeste du juge, dont l'intention très claire était que la peine de 90 jours d'emprisonnement soit purgée de façon discontinue. Cependant, comme il n'a pas expressément rendu d'ordonnance au contraire, la Cour d'appel a conclu que le par. 732(3) faisait échec à cette intention manifeste. Je ne suis pas d'accord. Je n'entends pas examiner toutes les variations auxquelles peut donner lieu la chronologie des peines, mais il me semble que lorsqu'un juge inflige légalement une peine discontinue ainsi qu'une autre peine d'emprisonnement lors d'une même audience de détermination de la peine, il faut considérer qu'il s'est fondé sur la partie finale du par. 732(3) — soit son pouvoir de rendre « une ordonnance [. . .] au contraire » — de sorte que la peine discontinue ne se transforme pas en une peine devant être purgée de façon continue. En d'autres termes, lorsque le juge qui détermine la peine inflige une peine discontinue puis, à la même audience, une autre peine d'emprisonnement pouvant légalement s'ajouter à la première, j'estime qu'il rend « une ordonnance [. . .] au contraire » et que la peine discontinue doit être purgée de façon discontinue.

[111] En l'espèce, le juge a tenté de concevoir une peine qui met en balance les objectifs de la réprobation, de la dissuasion et de la protection et le souci d'éviter à la fille de l'appelant un préjudice financier. Cette démarche traduisait clairement son intention que la peine discontinue, infligée en premier, soit purgée de façon discontinue. Si la peine discontinue ainsi imposée avait été valide, le

s. 732(3) to collapse the intermittent sentence would have defeated the sentencing judge's intention to impose what he considered a fit sentence that would allow the appellant to keep his job so as to be able to make support payments. Requiring the sentencing judge to specify that he meant it when, moments before, he imposed an intermittent sentence is, in my respectful view, to take a too formalistic approach to the words "otherwise orders" in s. 732(3).

D. *What Sentence Should This Court Impose to Replace the Illegal Intermittent Sentence?*

[112] While in my view, the intermittent sentence was unlawful in this case, the Court holds otherwise. It is therefore not necessary for me to address the question of what lawful sentence should be imposed.

4. Disposition

[113] I would allow the appeal and set aside the 90-day intermittent sentence as illegal. In light of the Court's finding to the contrary, it is not necessary for me to decide what sentence ought to have been imposed in its place.

Appeal allowed, CROMWELL J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Lafontaine & Associates, Toronto.

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

par. 732(3) aurait fait échec à l'intention du juge d'infliger une peine qui, à son avis, permettait à l'appelant de conserver son emploi et de verser une pension alimentaire. À mon humble avis, c'est interpréter de façon trop formaliste l'expression « ordonnance du tribunal au contraire » employée au par. 732(3) que d'exiger du juge qu'il précise que telle est bien son intention que la peine discontinue soit purgée de manière discontinue.

D. *Quelle peine notre Cour devrait-elle substituer à la peine discontinue contraire à la loi?*

[112] Bien que, à mon avis, la peine discontinue était contraire à la loi en l'espèce, les juges majoritaires de la Cour concluent à sa légalité. Il n'y a donc pas lieu de me pencher sur la question de savoir quelle peine légale il convient d'infliger.

4. Dispositif

[113] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la peine discontinue de 90 jours d'emprisonnement en raison de son illégalité. Étant donné la conclusion contraire de la Cour, il est inutile que je me penche sur la peine qui aurait dû être infligée à la place.

Pourvoi accueilli, le juge CROMWELL est dissident en partie.

Procureurs de l'appelant : Lafontaine & Associates, Toronto.

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