

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Jeromie Keith D. Proulx** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PROULX

Neutral citation: 2000 SCC 5.

File No.: 26376.

1999: May 25, 26; 2000: January 31.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,\* McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused pleading guilty to dangerous driving causing death and dangerous driving causing bodily harm and receiving sentence of 18 months of incarceration — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional custodial sentence for jail term — Proper interpretation and application of conditional sentencing regime — Distinction between conditional sentence of imprisonment and suspended sentence with probation — Meaning of “safety of the community” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 742.1, 742.3.*

After a night of partying involving consumption of some alcohol, the accused decided to drive his friends home even though he knew that his vehicle was not mechanically sound. For a period of 10 to 20 minutes, the accused, who had only seven weeks of experience as a licensed driver, drove erratically, weaving in and out of traffic, tailgating and trying to pass other vehicles without signalling, despite steady oncoming traffic and slippery roads. As the accused was trying to pass another vehicle, he drove his car into an oncoming lane of traffic, side-swiped a first car and crashed into a

\*Cory J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Jeromie Keith D. Proulx** *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. PROULX

Référence neutre: 2000 CSC 5.

N° du greffe: 26376.

1999: 25 et 26 mai; 2000: 31 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory\*, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — L'accusé a plaidé coupable à une accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort et à une accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et a été condamné à 18 mois d'incarcération — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en substituant l'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement — Façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement — Distinction entre l'emprisonnement avec sursis et le sursis au prononcé de la peine avec probation — Sens de l'expression «sécurité de la collectivité» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1, 742.3.*

Après une nuit de fête au cours de laquelle il avait consommé une certaine quantité d'alcool, l'accusé a décidé d'aller reconduire ses amis chez eux en automobile, même s'il savait que le véhicule n'était pas en bon état mécanique. Pendant une période de 10 à 20 minutes, l'accusé, qui ne comptait que sept semaines d'expérience au volant depuis l'obtention de son permis de conduire, a conduit de manière erratique, zigzaguant, talonnant les véhicules qui le précédaient et tentant de dépasser sans actionner son clignotant, et ce malgré la chaussée glissante et le flot constant de véhicules venant

\*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

second one. The driver of that second vehicle was seriously injured. The accident also claimed the life of a passenger in the accused's car. The accused was in a near-death coma for some time, but ultimately recovered from his injuries. The accused entered guilty pleas to one count of dangerous driving causing death and one count of dangerous driving causing bodily harm. He was sentenced to 18 months of incarceration, to be served concurrently on both charges. The sentencing judge concluded that a conditional sentence pursuant to s. 742.1 of the *Criminal Code*, which would allow the accused to serve his sentence in the community, would not be appropriate because it would be inconsistent with the objectives of denunciation and general deterrence. The Court of Appeal allowed the appeal and substituted a conditional custodial sentence for the jail term.

*Held:* The appeal should be allowed.

The 1996 sentencing reforms ("Bill C-41") substantially reformed Part XXIII of the *Code*, and introduced, *inter alia*, an express statement of the purposes and principles of sentencing, provisions for alternative measures for adult offenders and a new type of sanction, the conditional sentence of imprisonment. Bill C-41 in general and the conditional sentence in particular were enacted both to reduce reliance on incarceration as a sanction and to increase the use of principles of restorative justice in sentencing.

A conditional sentence should be distinguished from probationary measures. Probation is primarily a rehabilitative sentencing tool. By contrast, Parliament intended conditional sentences to include both punitive and rehabilitative aspects. Therefore, conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender's liberty. Conditions such as house arrest should be the norm, not the exception.

No offences are excluded from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of

en sens inverse. Finalement, pendant que l'accusé tentait de doubler un autre véhicule, son automobile s'est retrouvée dans une voie réservée à la circulation en sens inverse, elle a frappé latéralement une première voiture, puis elle est entrée en collision avec une deuxième. Le conducteur de ce second véhicule a été grièvement blessé, et l'une des personnes à bord de la voiture de l'accusé a perdu la vie. Quant à l'accusé, il est demeuré pendant un certain temps dans le coma, entre la vie et la mort, puis il s'est finalement rétabli. Il a plaidé coupable à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort ainsi qu'à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. Il a été condamné à une peine d'incarcération de 18 mois devant être purgée concurremment pour les deux chefs d'accusation. Le juge qui a déterminé la peine a estimé que la peine d'emprisonnement avec sursis prévue à l'art. 742.1 du *Code criminel*, qui peut être purgée au sein de la collectivité, n'était pas une sanction appropriée puisqu'une telle mesure serait incompatible avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale. La Cour d'appel a accueilli l'appel et substitué l'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Les réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine («projet de loi C-41») ont réformé en profondeur la partie XXIII du *Code*, notamment en énonçant expressément les objectifs et les principes de la détermination de la peine, en établissant des mesures de rechange pour les délinquants adultes ainsi qu'un nouveau type de sanction, la condamnation à l'emprisonnement avec sursis. Le projet de loi C-41 en général et les dispositions créant la peine d'emprisonnement avec sursis en particulier ont été adoptés à la fois pour réduire le recours à l'incarcération comme sanction et pour élargir l'application des principes de la justice corrective au moment de la détermination de la peine.

L'emprisonnement avec sursis doit être distingué des mesures probatoires. La probation est principalement une mesure de réinsertion sociale. Par comparaison, le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale. Par conséquent, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile devraient être la règle plutôt que l'exception.

Aucune infraction n'est exclue du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement à

imprisonment, nor should there be presumptions in favour of or against a conditional sentence for specific offences.

Section 742.1 of the *Code* lists four criteria that a court must consider before deciding to impose a conditional sentence: (1) the offender must be convicted of an offence that is not punishable by a minimum term of imprisonment; (2) the court must impose a term of imprisonment of less than two years; (3) the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community; and (4) a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2.

The requirement in s. 742.1(a) that the judge impose a sentence of imprisonment of less than two years does not require the judge to first impose a sentence of imprisonment of a fixed duration before considering whether that sentence can be served in the community. Although this approach is suggested by the text of s. 742.1(a), it is unrealistic and could lead to unfit sentences in some cases. Instead, a purposive interpretation of s. 742.1(a) should be adopted. In a preliminary determination, the sentencing judge should reject a penitentiary term and probationary measures as inappropriate. Having determined that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years, the judge should then consider whether it is appropriate for the offender to serve his or her sentence in the community. As a corollary of the purposive interpretation of s. 742.1(a), a conditional sentence need not be of equivalent duration to the sentence of incarceration that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sentence.

The requirement in s. 742.1(b) that the judge be satisfied that the safety of the community would not be endangered by the offender serving his or her sentence in the community is a condition precedent to the imposition of a conditional sentence, and not the primary consideration in determining whether a conditional sentence is appropriate. In making this determination, the judge should consider the risk posed by the specific offender, not the broader risk of whether the imposition of a conditional sentence would endanger the safety of the community by providing insufficient general deter-

l'exception de celles pour lesquelles une peine minimale d'emprisonnement est prévue. De plus, il n'existe pas de présomption d'applicabilité ou d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions données.

L'article 742.1 du *Code* énumère quatre critères que le tribunal doit prendre en compte avant d'infliger une condamnation à l'emprisonnement avec sursis: (1) le délinquant doit être déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue; (2) le tribunal doit infliger au délinquant une peine d'emprisonnement de moins de deux ans; (3) le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci; (4) le prononcé d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge inflige une peine d'emprisonnement de moins de deux ans ne signifie pas que celui-ci doit d'abord infliger un emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité que cette même peine soit purgée au sein de la collectivité. Bien que le texte de l'art. 742.1 suggère cette démarche, elle n'est pas réaliste et pourrait entraîner des peines inappropriées dans certains cas. Il faut plutôt donner une interprétation téléologique à l'art. 742.1. Dans un premier temps, le juge appelé à déterminer la peine doit avoir conclu que ni l'emprisonnement dans un pénitencier ni des mesures probatoires ne sont des sanctions appropriées. Après avoir déterminé que la peine appropriée est un emprisonnement de moins de deux ans, le juge se demande s'il convient que le délinquant purge sa peine dans la collectivité. Comme corollaire de l'interprétation téléologique de l'art. 742.1, il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les modalités dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée.

L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge soit convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger si le délinquant y purgeait sa peine est un préalable à l'octroi du sursis à l'emprisonnement, et non le principal élément à prendre en considération pour décider si cette sanction est appropriée. Pour évaluer le danger pour la collectivité, le juge prend en compte le risque que fait peser le délinquant en cause, et non le risque plus général évoqué par la question de savoir si l'octroi du sursis à l'emprisonnement mettrait en danger la sécurité de la collectivité en ne produisant pas un effet

rence or undermining general respect for the law. Two factors should be taken into account: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. A consideration of the risk posed by the offender should include the risk of any criminal activity, and not be limited solely to the risk of physical or psychological harm to individuals.

Once the prerequisites of s. 742.1 are satisfied, the judge should give serious consideration to the possibility of a conditional sentence in all cases by examining whether a conditional sentence is consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. This follows from Parliament's clear message to the judiciary to reduce the use of incarceration as a sanction.

A conditional sentence can provide significant denunciation and deterrence. As a general matter, the more serious the offence, the longer and more onerous the conditional sentence should be. There may be some circumstances, however, where the need for denunciation or deterrence is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society's condemnation of the offender's conduct or to deter similar conduct in the future.

Generally, a conditional sentence will be better than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and the community, and promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done to the victim and the community.

Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration. Where objectives such as denunciation and deterrence are particularly pressing, incarceration will generally be the preferable sanction. This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved. However, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of lesser importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the sentence, and the circumstances of both the offender and the community in which the conditional sentence is to be served. A conditional sentence may be imposed even

dissuasif général ou en compromettant le respect de la loi en général. Deux facteurs doivent être pris en compte: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. L'examen du risque que fait peser le délinquant doit inclure les risques créés par toute activité criminelle, et ne doit pas se limiter exclusivement aux risques d'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique de la personne.

Dans tous les cas où les préalables prévus par l'art. 742.1 sont réunis, le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité de prononcer l'emprisonnement avec sursis en se demandant si pareille sanction est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. Cette conclusion découle du message clair que le législateur a lancé aux tribunaux, savoir qu'il faut réduire le recours à l'incarcération comme sanction.

L'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur et dissuasif appréciable. En règle générale, plus l'infraction est grave, plus la durée de l'ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses. Toutefois, il peut survenir des cas où le besoin de dénonciation ou de dissuasion est si pressant que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant ou pour décourager des comportements analogues dans le futur.

L'emprisonnement avec sursis est généralement plus propice que l'incarcération à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale des délinquants, de réparation par ceux-ci des torts causés aux victimes et à la collectivité et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération. Lorsque des objectifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait permettre la réalisation d'objectifs correctifs. Cependant, selon la nature des conditions imposées dans l'ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est possible que l'emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs

where there are aggravating circumstances, although the need for denunciation and deterrence will increase in these circumstances.

No party is under a burden of proof to establish that a conditional sentence is either appropriate or inappropriate in the circumstances. The judge should consider all relevant evidence, no matter by whom it is adduced. However, it would be in the offender's best interests to establish elements militating in favour of a conditional sentence.

Sentencing judges have a wide discretion in the choice of the appropriate sentence. They are entitled to considerable deference from appellate courts. Absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

In this case the sentencing judge considered that a term of imprisonment of 18 months was appropriate and declined to permit the accused to serve his term in the community. She found that, while the accused would not endanger the safety of the community by serving a conditional sentence, such a sentence would not be in conformity with the objectives of s. 718. In her view, even if incarceration was not necessary to deter the accused from similar future conduct or necessary for his rehabilitation, incarceration was necessary to send a strong message to denounce the accused's conduct and to deter others from engaging in similar conduct. While the sentencing judge seems to have proceeded according to a rigid two-step process, in deviation from the approach set out in these reasons, an 18-month sentence of incarceration was not demonstrably unfit for these offences and this offender. The offences here were very serious, and had resulted in a death and in severe bodily harm. Moreover, dangerous driving and impaired driving may be offences for which harsh sentences plausibly provide general deterrence. The Court of Appeal erred in holding that the sentencing judge had given undue weight to the objective of denunciation. Absent evidence that the sentence was demonstrably unfit, the Court of Appeal should not have interfered to substitute its own opinion for that of the sentencing judge. The sentencing judge did not commit a reversible error in principle and she appropriately considered all the relevant factors. Accordingly, the 18-month sentence of incarceration imposed by her should be restored. Since the accused has already served the conditional sentence

correctifs présentent moins d'importance. Le sursis à l'emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes, quoique la présence de telles circonstances augmente le besoin de dénonciation et de dissuasion.

Aucune partie n'a la charge d'établir si l'emprisonnement avec sursis est une sanction appropriée ou non dans les circonstances. Le juge doit prendre en considération tous les éléments de preuve pertinents, peu importe qui les a produits. Toutefois, il est dans l'intérêt du délinquant de faire la preuve des éléments militant en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement.

Les juges disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir la peine appropriée. Les cours d'appel doivent faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard de ce choix. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle est manifestement inappropriée.

En l'espèce, le juge qui a infligé la peine a estimé qu'un emprisonnement de 18 mois était une peine appropriée et a refusé de permettre à l'accusé de purger sa peine au sein de la collectivité. Le juge a conclu que le fait que l'accusé purge sa peine d'emprisonnement avec sursis au sein de la collectivité ne mettrait pas en danger la sécurité de celle-ci, mais qu'une telle sanction ne serait pas conforme aux objectifs visés à l'art. 718. À son avis, même si l'incarcération n'était pas indispensable pour dissuader l'accusé de récidiver ou pour favoriser sa réinsertion sociale, elle était toutefois nécessaire pour dénoncer le comportement de l'accusé et pour dissuader d'autres personnes de se comporter pareillement. Quoique le juge qui a imposé la peine semble avoir suivi une démarche rigide en deux étapes distinctes, contrairement à l'approche exposée dans les présents motifs, une peine de 18 mois d'emprisonnement n'était pas manifestement inappropriée pour les infractions et le délinquant en cause. Les infractions en cause étaient très graves et elles ont causé un décès et des lésions corporelles graves. De plus, il est possible que la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies soient des infractions à l'égard desquelles il est plus plausible que l'infliction de peines sévères ait un effet dissuasif général. La Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le juge qui a infligé la peine avait accordé trop de poids à l'objectif de dénonciation. En l'absence de preuve que la peine infligée était manifestement inappropriée, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir et substituer sa propre opinion à celle du juge qui a infligé cette peine. Le juge qui a infligé la peine

imposed by the Court of Appeal in its entirety, and the Crown stated in oral argument that it was not seeking any further punishment, the service of the sentence of incarceration should be stayed.

n'a pas commis d'erreur de principe justifiant l'infirmité de sa décision et a tenu compte de tous les facteurs pertinents. En conséquence, la peine de 18 mois d'incarcération infligée par le juge du procès devrait être rétablie. Étant donné que l'accusé a déjà purgé entièrement la peine d'emprisonnement avec sursis infligée par la Cour d'appel et que, au cours des plaidoiries, le ministère public a concédé qu'il ne sollicitait pas de sanction additionnelle, il y a lieu de surseoir à l'exécution de la peine d'incarcération.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; **referred to:** *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. v. L.* (1986), 50 C.C.C. (3d) 398; *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18; *Gagnon v. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636; *R. v. Pierce* (1997), 114 C.C.C. 23; *R. v. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241; *R. v. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91; *R. v. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410, 116 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456; *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *R. v. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145; *R. v. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344; *R. v. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541; *R. v. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 112(1), 133.  
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 161.

### Jurisprudence

**Arrêt examiné:** *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. c. L.* (1986), 50 C.C.C. (3d) 398; *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18; *Gagnon c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636; *R. c. Pierce* (1997), 114 C.C.C. 23; *R. c. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241; *R. c. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91; *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410; *R. c. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *R. c. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145; *R. c. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344; *R. c. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541; *R. c. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 259(2), partie XXIII [rempl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 718.3, 722, 723, 732.1(2), (3)g.1 [aj. 1999, ch. 32, art. 6], g.2 [idem], h), 732.2(5), 733.1(1), 734(2), 742.1 [rempl. 1997, ch. 18, art. 107.1], 742.3(1), (2)f), 742.6(9).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 259(2), Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 718.3, 722, 723, 732.1(2), (3)(g.1) [ad. 1999, c. 32, s. 6], (g.2) [*idem*], (h), 732.2(5), 733.1(1), 734(2), 742.1(a), (b) [repl. 1997, c. 18, s. 107.1], 742.3(1), (2)(f), 742.6(9).

#### Authors Cited

- Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach: Report of the Canadian Sentencing Commission*. Ottawa: The Commission, 1987.
- Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Final Report*. Ottawa: Information Canada, 1973.
- Canada. Committee on Corrections. Report. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Correctional Service Canada. *A Summary of Analysis of Some Major Inquiries on Corrections — 1938 to 1977*. Ottawa: Correctional Service Canada, May 1977 (reprinted August 1982).
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General. Report of the Standing Committee on Justice and Solicitor General on its Review of Sentencing, Conditional Release and Related Aspects of Corrections. *Taking Responsibility*, August 1988.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5873.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Gemmell, Jack. "The New Conditional Sentencing Regime" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334.
- Roberts, Julian V. "Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora's Box?" (1997), 2 *Can. Crim. L. Rev.* 183.
- Roberts, Julian V. "The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38.
- Rosenberg, Marc. "Recent Developments in Sentencing", a paper prepared for the National Judicial Institute's Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar in Halifax, February 25-26, 1999.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1997), 123 Man. R. (2d) 107, 159 W.A.C. 107, 121 C.C.C. (3d) 68, [1998] 5 W.W.R. 1, [1997] M.J. No. 563 (QL), allowing the

*Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22.

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 112(1), 133.

*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 161.

#### Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. Rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur la détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel. *Des responsabilités à assumer*, août 1988.
- Canada. Comité de la réforme pénale et correctionnelle. Rapport. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*. Ottawa: La Commission, 1987.
- Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. *Rapport final*. Ottawa: Information Canada, 1973.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 20 septembre 1994, p. 5873.
- Canada. Service correctionnel Canada. *Résumé et analyse de quelques grandes enquêtes sur le processus correctionnel — de 1938 à 1977*. Ottawa: Service correctionnel Canada, mai 1977 (réimprimé août 1982).
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Gemmell, Jack. «The New Conditional Sentencing Regime» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334.
- Roberts, Julian V. «Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora's Box?» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 183.
- Roberts, Julian V. «The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady» (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38.
- Rosenberg, Marc. «Recent Developments in Sentencing», a paper prepared for the National Judicial Institute's Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar in Halifax, February 25-26, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1997), 123 Man. R. (2d) 107, 159 W.A.C. 107, 121 C.C.C. (3d) 68, [1998] 5 W.W.R. 1, [1997] M.J. No. 563 (QL), qui a accueilli l'appel

accused's appeal from a sentence of 18 months of incarceration imposed by Keyser J. Appeal allowed.

*Matthew Britton*, for the appellant.

*Sandra L. Chapman* and *Wanda Garreck*, for the respondent.

*S. Ronald Fainstein, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Kenneth L. Campbell* and *Gregory J. Tweney*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE – By passing the *Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 (“Bill C-41”), Parliament has sent a clear message to all Canadian judges that too many people are being sent to prison. In an attempt to remedy the problem of overincarceration, Parliament has introduced a new form of sentence, the conditional sentence of imprisonment.

<sup>2</sup> As a matter of established practice and sound policy, this Court rarely hears appeals relating to sentences: see *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 404, *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, at para. 7, and *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 33. However, we have decided to hear this case and four related cases because they afford the Court the opportunity to set out for the first time the principles that govern the new and innovative conditional sentencing regime. Given the inevitable length of these reasons, I have summarized the essentials at para. 127.

#### I. Factual Background

<sup>3</sup> On the morning of November 1, 1995, after a night of partying involving consumption of some

interjeté par l'accusé contre la peine de 18 mois d'incarcération infligée par le juge Keyser. Pourvoi accueilli.

*Matthew Britton*, pour l'appelante.

*Sandra L. Chapman* et *Wanda Garreck*, pour l'intimé.

*S. Ronald Fainstein, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Kenneth L. Campbell* et *Gregory J. Tweney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — En adoptant la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (le «projet de loi C-41»), le Parlement a lancé un message clair à tous les juges du Canada: beaucoup trop de gens sont envoyés en prison. En vue de remédier au problème du recours excessif à l'incarcération, le Parlement a créé une nouveau type de peine, la condamnation à l'emprisonnement avec sursis.

Conformément à une pratique établie et à une politique judiciaire, notre Cour entend rarement des pourvois visant la peine infligée par un tribunal: voir *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 404; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, au par. 1123; et *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 33. Toutefois, nous avons décidé de le faire dans le présent cas et dans quatre dossiers connexes parce que ces affaires donnent à la Cour l'occasion d'exposer les principes qui régissent le nouveau régime de condamnation à l'emprisonnement avec sursis. Étant donné l'inévitable longueur des présents motifs, j'ai résumé les éléments essentiels au par. 127.

#### I. Les faits

Le matin du 1<sup>er</sup> novembre 1995, après une nuit de fête au cours de laquelle il avait consommé une



alcohol, the respondent decided to drive his friends home even though he knew that his vehicle was not mechanically sound. For a period of 10 to 20 minutes, the respondent, who had only seven weeks of experience as a licensed driver, drove erratically, weaving in and out of traffic, tailgating and trying to pass other vehicles without signaling, despite steady oncoming traffic and slippery roads. As the respondent was trying to pass another vehicle, he drove his car into an oncoming lane of traffic, side-swiped a first car and crashed into a second one. The driver of the second vehicle was seriously injured. The accident also claimed the life of a passenger in the respondent's car. The respondent was in a near-death coma for some time, but ultimately recovered from his injuries. The respondent entered guilty pleas to one count of dangerous driving causing death and one count of dangerous driving causing bodily harm.

## II. Judgments Below

### A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

On June 5, 1997, Keyser J. sentenced the respondent to 18 months of incarceration, to be served concurrently on both charges. In her reasons for sentence, the judge explained that she was not prepared to order a penitentiary term because the respondent was only 18 years old at the time of the accident, he had no prior record and he himself was seriously injured in the accident. She also noted that the respondent was now employed and expecting a first child with his girlfriend. She conceded that the amount of alcohol involved — one and a half to two beers — was probably not a major factor in the accident. However, she found that the respondent's knowledge that he was operating an unsafe vehicle, the fact that, prior to the accident, he had just barely avoided rear-ending

certain quantity of alcohol, l'intimé a décidé d'aller reconduire ses amis chez eux en automobile, même s'il savait que le véhicule n'était pas en bon état mécanique. Pendant une période de 10 à 20 minutes, l'intimé, qui ne comptait que sept semaines d'expérience au volant depuis l'obtention de son permis de conduire, a conduit de manière erratique, zigzaguant, talonnant les véhicules qui le précédaient et tentant de dépasser sans actionner son clignotant, et ce malgré la chaussée glissante et le flot constant de véhicules venant en sens inverse. Finalement, pendant que l'intimé tentait de doubler un autre véhicule, son automobile s'est retrouvée dans une voie réservée à la circulation en sens inverse, elle a frappé latéralement une première voiture, puis elle est entrée en collision avec une deuxième. Le conducteur de ce second véhicule a été grièvement blessé, et l'une des personnes à bord de la voiture de l'intimé a perdu la vie. Quant à l'intimé, il est demeuré pendant un certain temps dans le coma, entre la vie et la mort, puis il s'est finalement rétabli. Il a plaidé coupable à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort ainsi qu'à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles.

## II. L'historique des procédures judiciaires

### A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Le 5 juin 1997, Madame le juge Keyser a condamné l'intimé à une peine d'emprisonnement de 18 mois devant être purgée concurremment pour les deux chefs d'accusation. Dans ses motifs, elle a expliqué qu'il n'y avait pas lieu d'infliger une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus (qui aurait été purgée dans un pénitencier) étant donné que l'intimé n'avait que 18 ans au moment de l'accident, qu'il n'avait pas d'antécédents judiciaires et qu'il avait lui-même été grièvement blessé dans l'accident. Elle a en outre souligné que l'intimé avait un emploi et que sa petite amie et lui attendaient le venue d'un premier enfant. Elle a concédé que la quantité d'alcool consommée — une bière et demie à deux bières — n'avait probablement pas été un facteur important dans l'accident. Elle a toutefois estimé que le fait que l'intimé savait qu'il conduisait un véhicule en mauvais état

another vehicle and his egregious driving in general that morning warranted such a sentence.

de marche ainsi que le fait que, peu avant l'accident, il avait évité de justesse de heurter l'arrière d'un autre véhicule, et, de manière générale, son comportement inqualifiable au volant le matin en question justifiaient la peine qu'elle lui infligeait.

5 Keyser J. then turned her attention to the question of whether it was appropriate to allow the respondent to serve his sentence in the community, pursuant to s. 742.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. She took notice of the May 2, 1997 amendment to s. 742.1, which added to that section an express reference to the fundamental purpose and principles of sentencing listed in ss. 718 to 718.2 of the *Code*. She concluded that this amendment meant that she had to refer to the fundamental purpose and principles of sentencing in deciding whether to impose a conditional sentence. In the case at hand, she found that even though the respondent would not endanger the community and a jail sentence would not be necessary to deter him from similar conduct in the future or to rehabilitate him, a conditional sentence would not be appropriate because it would be inconsistent with the objectives of denunciation and general deterrence.

Madame le juge Keyser s'est ensuite demandée s'il convenait de permettre à l'intimé de purger sa peine au sein de la collectivité, conformément à l'art. 742.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Elle a pris acte de la modification apportée à cette disposition le 2 mai 1997 et qui y ajoutait un renvoi exprès à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code*. Elle a jugé que, compte tenu de cette modification, elle devait tenir compte de cet objectif et de ces principes en décidant s'il y avait lieu de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis. En l'espèce, elle a statué que, même si l'intimé ne mettait pas en danger la sécurité de la collectivité et qu'une peine d'emprisonnement n'était pas nécessaire pour le dissuader de récidiver ou pour favoriser sa réinsertion sociale, l'emprisonnement avec sursis n'était pas la sanction appropriée puisqu'une telle mesure serait incompatible avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale.

6 Keyser J. sentenced the respondent to 18 months of incarceration and, pursuant to s. 259(2) of the *Code*, she made an order prohibiting the respondent from driving for a period of five years.

Madame le juge Keyser a condamné l'intimé à 18 mois d'incarcération et, en vertu du par. 259(2) du *Code*, elle a rendu une ordonnance lui interdisant de conduire un véhicule à moteur pendant une période de cinq ans.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1997), 123 Man. R. (2d) 107

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1997), 123 Man. R. (2d) 107

7 The Court of Appeal allowed the appeal and substituted a conditional custodial sentence for the jail term. Helper J.A., writing for the court, contended that the sentencing judge had erred in her application of s. 742.1 by giving undue weight to the objective of denunciation. She explained that the recent amendment to s. 742.1 had not changed the fact that Parliament had identified the safety of the community as the primary consideration when deciding whether to impose a conditional sentence. Helper J.A. added that the principles of sentencing played a different role in the determination of

La Cour d'appel a accueilli l'appel et substitué une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, Madame le juge Helper a fait valoir que le juge qui avait déterminé la peine avait commis une erreur dans l'application de l'art. 742.1 en accordant une importance excessive à l'objectif de dénonciation. Le juge Helper a expliqué que la modification qui venait d'être apportée à l'art. 742.1 ne changeait rien au fait que le Parlement avait indiqué que la sécurité de la collectivité était la considération principale pour

whether to impose a conditional sentence than they did in determining the length of the sentence. At pp. 111-12, she stated:

However, in s. 742.1(b), Parliament has directed the sentencing judge to look to the principles of sentencing only for the purpose of satisfying herself that there is consistency between those principles and a conditional sentence for a particular offender. The amendment does not direct the sentencing judge to consider individually each of the principles of sentencing and determine that each is consistent with the offender's serving his sentence in the community. The sentencing judge must consider the principles of sentencing globally. It would be contrary to Parliament's intent for the sentencing judge to single out any one factor and to give it substantial weight to the exclusion of the other listed factors when she is making a decision under s. 742.1(b).

According to Helper J.A., the sentencing judge's comments implied that a conditional sentence would never be appropriate for the offence of dangerous driving, even when the offender did not potentially endanger the community, because that offence required a large component of general deterrence. Helper J.A. found this to be an error, as it would have rendered s. 742.1 inoperable in the case of particular offences, contrary to Parliament's intention. She found that, in the instant appeal, the sentencing judge had failed to recognize that a conditional sentence had some denunciatory effect.

Helper J.A. concluded that generally, after the judge has attributed the appropriate weight to each relevant principle of sentencing, determined that a fit sentence would be less than two years and found that the offender would not be a danger to

statuer sur l'opportunité de prononcer l'emprisonnement avec sursis. Madame le juge Helper a ajouté que les principes de détermination de la peine jouent un rôle différent selon que le tribunal décide s'il y a lieu d'ordonner l'emprisonnement avec sursis ou qu'il détermine la durée d'une peine d'emprisonnement. Voici ce qu'elle a dit, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] Toutefois, à l'art. 742.1, le Parlement dit au juge qui détermine la peine de tenir compte des principes applicables en la matière à seule fin de s'assurer de la compatibilité entre ces principes et l'octroi du sursis à l'emprisonnement au délinquant visé. La modification n'oblige pas le juge à prendre chaque principe en considération et à déterminer s'il est compatible avec le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité. Pour rendre une décision en application de l'art. 742.1, le juge doit examiner les principes de détermination de la peine globalement. Il serait contraire à l'intention du législateur d'isoler un facteur en particulier et de lui accorder un poids considérable sans tenir compte des autres facteurs énumérés.

Selon le juge Helper, les remarques du juge qui a déterminé la peine laissaient supposer que l'emprisonnement avec sursis ne serait jamais une sanction appropriée pour l'infraction de conduite dangereuse — même lorsque le délinquant ne constitue pas un danger potentiel pour la collectivité — étant donné que cette infraction commande que l'on accorde une grande importance à l'objectif de dissuasion générale. Madame le juge Helper a estimé qu'il s'agissait là d'une erreur puisqu'une telle interprétation rendrait l'art. 742.1 inopérant à l'égard de certaines infractions, ce qui irait à l'encontre de l'intention du législateur. Elle a estimé que, dans la présente affaire, le juge du procès avait omis de reconnaître que l'octroi du sursis à l'emprisonnement avait un certain effet dénonciateur.

Madame le juge Helper est venue à la conclusion que, de façon générale, lorsque le juge accorde le poids qui convient à chacun des principes de détermination de la peine applicables, qu'il détermine que la peine appropriée est un emprisonnement de moins de deux ans et qu'il estime que le délinquant ne met pas en danger la sécurité de la collectivité, l'infliction d'une peine

8

9

the community, a conditional sentence would be consistent with ss. 718 to 718.2.

### III. Relevant Statutory Provisions

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

**718.** The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

**718.1** A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

**718.2** A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,
  - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,
  - (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,
  - (iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

d'emprisonnement avec sursis est conforme aux art. 718 à 718.2.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

**718.** Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

**718.1** La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:
  - (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,
  - (ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;
  - (iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

### 732.1 . . .

(2) The court shall prescribe, as conditions of a probation order, that the offender do all of the following:

(a) keep the peace and be of good behaviour;

(b) appear before the court when required to do so by the court; and

(c) notify the court or the probation officer in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the probation officer of any change of employment or occupation.

(3) The court may prescribe, as additional conditions of a probation order, that the offender do one or more of the following:

(a) report to a probation officer

(i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the probation order, and

(ii) thereafter, when required by the probation officer and in the manner directed by the probation officer;

(b) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the probation officer;

(c) abstain from

(i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

### 732.1 . . .

(2) Le tribunal assortit l'ordonnance de probation des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;

b) de répondre aux convocations du tribunal;

c) de prévenir le tribunal ou l'agent de probation de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

(3) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de probation de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de se présenter à l'agent de probation:

(i) dans les deux jours ouvrables suivant l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,

(ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de probation;

b) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de probation;

c) de s'abstenir de consommer:

(i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,

(ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;

(d) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;

(e) provide for the support or care of dependants;

(f) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;

(g) if the offender agrees, and subject to the program director's acceptance of the offender, participate actively in a treatment program approved by the province;

(g.1) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program for curative treatment in relation to the consumption of alcohol or drugs, attend at a treatment facility, designated by the lieutenant governor in council of the province, for assessment and curative treatment in relation to the consumption by the offender of alcohol or drugs that is recommended pursuant to the program;

(g.2) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program governing the use of an alcohol ignition interlock device by an offender and if the offender agrees to participate in the program, comply with the program; and

(h) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community.

### 732.2 . . .

(5) Where an offender who is bound by a probation order is convicted of an offence, including an offence under section 733.1, and

(a) the time within which an appeal may be taken against that conviction has expired and the offender has not taken an appeal,

(b) the offender has taken an appeal against that conviction and the appeal has been dismissed, or

(c) the offender has given written notice to the court that convicted the offender that the offender elects not to appeal the conviction or has abandoned the appeal, as the case may be,

(ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;

d) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;

e) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;

f) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;

g) si le délinquant y consent et le directeur du programme l'accepte, de participer activement à un programme de traitement approuvé par la province;

g.1) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où doit être rendue l'ordonnance de probation a institué un programme de traitement curatif pour abus d'alcool ou de drogue, de subir, à l'établissement de traitement désigné par celui-ci, l'évaluation et la cure de désintoxication pour abus d'alcool ou de drogue qui sont recommandées dans le cadre de ce programme;

g.2) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où est rendue l'ordonnance de probation a institué un programme visant l'utilisation par le délinquant d'un antidémarrreur avec éthylomètre et s'il accepte de participer au programme, de se conformer aux modalités de ce programme;

h) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738 (2), pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant.

### 732.2 . . .

(5) Lorsque le délinquant soumis à une ordonnance de probation est déclaré coupable d'une infraction, y compris une infraction visée à l'article 733.1, et que, selon le cas:

a) le délai durant lequel un appel de cette déclaration de culpabilité peut être interjeté est expiré ou le délinquant n'a pas interjeté appel,

b) il a interjeté appel de cette déclaration de culpabilité et l'appel a été rejeté,

c) il a donné avis écrit au tribunal qui l'a déclaré coupable qu'il a choisi de ne pas interjeter appel de cette déclaration de culpabilité ou d'abandonner son appel, selon le cas,

in addition to any punishment that may be imposed for that offence, the court that made the probation order may, on application by the prosecutor, require the offender to appear before it and, after hearing the prosecutor and the offender,

(d) where the probation order was made under paragraph 731(1)(a), revoke the order and impose any sentence that could have been imposed if the passing of sentence had not been suspended, or

(e) make such changes to the optional conditions as the court deems desirable, or extend the period for which the order is to remain in force for such period, not exceeding one year, as the court deems desirable,

and the court shall thereupon endorse the probation order accordingly and, if it changes the optional conditions or extends the period for which the order is to remain in force, inform the offender of its action and give the offender a copy of the order so endorsed.

**733.1** (1) An offender who is bound by a probation order and who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with that order is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months, or to a fine not exceeding two thousand dollars, or both.

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

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

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

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

**742.3** (1) The court shall prescribe, as conditions of a conditional sentence order, that the offender do all of the following:

en sus de toute peine qui peut être infligée pour cette infraction, le tribunal qui a rendu l'ordonnance de probation peut, à la demande du poursuivant, ordonner au délinquant de comparaître devant lui et, après audition du poursuivant et du délinquant:

d) lorsque l'ordonnance de probation a été rendue aux termes de l'alinéa 731(1)a), révoquer l'ordonnance et infliger toute peine qui aurait pu être infligée si le prononcé de la peine n'avait pas été suspendu;

e) apporter aux conditions facultatives les modifications qu'il estime souhaitables ou prolonger la durée d'application de l'ordonnance pour la période, d'au plus un an, qu'il estime souhaitable.

Dès lors, le tribunal vise l'ordonnance de probation en conséquence et, s'il modifie les conditions facultatives de l'ordonnance ou en prolonge la durée d'application, il en informe le délinquant et lui remet une copie de l'ordonnance ainsi visée.

**733.1** (1) Le délinquant qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de se conformer à l'ordonnance de probation à laquelle il est soumis est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois et d'une amende maximale de deux mille dollars, ou de l'une de ces peines.

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

**742.3** (1) Le tribunal assortit l'ordonnance de sursis des conditions suivantes, intimant au délinquant:

- (a) keep the peace and be of good behaviour;
- (b) appear before the court when required to do so by the court;
- (c) report to a supervisor
- (i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the conditional sentence order, and
- (ii) thereafter, when required by the supervisor and in the manner directed by the supervisor;
- (d) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor; and
- (e) notify the court or the supervisor in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the supervisor of any change of employment or occupation.
- (2) The court may prescribe, as additional conditions of a conditional sentence order, that the offender do one or more of the following:
- (a) abstain from
- (i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or
- (ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;
- (b) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;
- (c) provide for the support or care of dependants;
- (d) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;
- (e) attend a treatment program approved by the province; and
- (f) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences.
- 742.6 . . .**
- (9) Where the court is satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has without reasonable excuse, the proof of which lies on the offender, breached a condition of the conditional sentence order, the court may
- a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;
- b) de répondre aux convocations du tribunal;
- c) de se présenter à l'agent de surveillance:
- (i) dans les deux jours ouvrables suivant la date de l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,
- (ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de surveillance;
- d) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance;
- e) de prévenir le tribunal ou l'agent de surveillance de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.
- (2) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de sursis de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:
- a) de s'abstenir de consommer:
- (i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,
- (ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;
- b) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;
- c) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;
- d) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;
- e) de suivre un programme de traitement approuvé par la province;
- f) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions.
- 742.6 . . .**
- (9) Le tribunal peut, s'il est convaincu, par une preuve prépondérante, que le délinquant a enfreint, sans excuse raisonnable dont la preuve lui incombe, une condition de l'ordonnance de sursis:



- (a) take no action;
- (b) change the optional conditions;
- (c) suspend the conditional sentence order and direct
  - (i) that the offender serve in custody a portion of the unexpired sentence, and
  - (ii) that the conditional sentence order resume on the offender's release from custody, either with or without changes to the optional conditions; or
- (d) terminate the conditional sentence order and direct that the offender be committed to custody until the expiration of the sentence.

#### IV. Issues

This appeal concerns the proper interpretation and application of the conditional sentencing regime set out in s. 742.1 and subsequent sections of the *Criminal Code*.

Since it came into force on September 3, 1996, the conditional sentence has generated considerable debate. With the advent of s. 742.1, Parliament has clearly mandated that certain offenders who used to go to prison should now serve their sentences in the community. Section 742.1 makes a conditional sentence available to a subclass of non-dangerous offenders who, prior to the introduction of this new regime, would have been sentenced to a term of incarceration of less than two years for offences with no minimum term of imprisonment.

In my view, to address meaningfully the complex interpretive issues raised by this appeal, it is important to situate this new sentencing tool in the broader context of the comprehensive sentencing reforms enacted by Parliament in Bill C-41. I will also consider the nature of the conditional sentence, contrasting it with probationary measures and incarceration. Next, I will address particular interpretive issues posed by s. 742.1. I will first discuss the statutory prerequisites to the imposition of a conditional sentence. Thereafter, I will consider how courts should determine whether a conditional sentence is appropriate, assuming the prerequisites are satisfied. I conclude with some

- a) ne pas agir;
- b) modifier les conditions facultatives;
- c) suspendre l'ordonnance et ordonner:
  - (i) d'une part, au délinquant de purger en prison une partie de la peine qui reste à courir,
  - (ii) d'autre part, que l'ordonnance s'applique à compter de la libération du délinquant, avec ou sans modification des conditions facultatives;
- d) mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement.

#### IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi porte sur la façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer le régime de sursis à l'emprisonnement établi par l'art. 742.1 et les dispositions suivantes du *Code criminel*. 11

Depuis leur entrée en vigueur le 3 septembre 1996, les dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis ont suscité de nombreux débats. En édictant l'art. 742.1, le Parlement a clairement prescrit que certains délinquants, qui auparavant étaient emprisonnés, purgeront désormais leur peine au sein de la collectivité. En effet, l'art. 742.1 rend admissible à l'octroi du sursis à l'emprisonnement une sous-catégorie de délinquants non dangereux qui, avant l'entrée en vigueur du nouveau régime, auraient été incarcérés pendant moins de deux ans à la suite de la perpétration d'une infraction pour laquelle aucune peine minimale d'emprisonnement n'était prévue. 12

À mon avis, pour être en mesure d'examiner efficacement les questions complexes d'interprétation que soulève le présent pourvoi, il est important de situer ce nouveau type de peine dans le contexte plus large de la réforme globale apportée en la matière par le projet de loi C-41. Je vais également examiner la nature de la condamnation à l'emprisonnement avec sursis, en comparant cette sanction à la probation ainsi qu'à l'incarcération. Je vais ensuite aborder les questions particulières d'interprétation que soulève l'art. 742.1. D'abord, je vais analyser les préalables prévus par la loi en matière d'emprisonnement avec sursis. Par la suite, je vais m'interroger sur la façon dont les tribunaux 13

general comments on the deference to which trial judges are entitled in matters of sentencing and dispose of the case at hand in conformity with the principles outlined in these reasons.

## V. Analysis

### A. *The 1996 Sentencing Reforms (Bill C-41)*

14 In September 1996, Bill C-41 came into effect. It substantially reformed Part XXIII of the *Code*, and introduced, *inter alia*, an express statement of the purposes and principles of sentencing, provisions for alternative measures for adult offenders and a new type of sanction, the conditional sentence of imprisonment.

15 As my colleagues Cory and Iacobucci JJ. explained in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 39, “[t]he enactment of the new Part XXIII was a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law”. They noted two of Parliament’s principal objectives in enacting this new legislation: (i) reducing the use of prison as a sanction, and (ii) expanding the use of restorative justice principles in sentencing (at para. 48).

#### (1) Reducing the Use of Prison as a Sanction

16 Bill C-41 is in large part a response to the problem of overincarceration in Canada. It was noted in *Gladue*, at para. 52, that Canada’s incarceration rate of approximately 130 inmates per 100,000 population places it second or third highest among industrialized democracies. In their reasons, Cory and Iacobucci JJ. reviewed numerous studies that uniformly concluded that incarceration is costly,

doivent, lorsque tous ces préalables sont réunis, déterminer si l’emprisonnement avec sursis est la peine appropriée. Je terminerai par quelques commentaires généraux sur la retenue dont il y a lieu de faire montre à l’égard de la décision du juge du procès en matière de détermination de la peine et, enfin, je vais trancher le cas qui nous occupe conformément aux principes exposés dans les présents motifs.

## V. L’analyse

### A. *Les réformes de 1996 en matière de détermination de la peine (le projet de loi C-41)*

En septembre 1996, le projet de loi C-41 est devenu loi. Il a réformé en profondeur la partie XXIII du *Code*, notamment en énonçant expressément les objectifs et les principes de la détermination de la peine, et en établissant des mesures de rechange pour les délinquants adultes ainsi qu’un nouveau type de sanction, la condamnation à l’emprisonnement avec sursis.

Comme l’ont expliqué mes collègues les juges Cory et Iacobucci dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 39, «[l]’adoption de la nouvelle partie XXIII a marqué une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l’histoire du droit criminel canadien». Ils ont signalé deux des principaux objectifs que visait le législateur en édictant ces nouvelles mesures législatives: (i) réduire le recours à l’emprisonnement comme sanction, (ii) élargir l’application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine (au par. 48).

#### (1) Réduire le recours à l’emprisonnement comme sanction

Le projet de loi C-41 est, dans une large mesure, une réaction au problème du recours excessif à l’incarcération au Canada. Il a été souligné, dans *Gladue*, au par. 52, que le taux d’incarcération d’environ 130 détenus pour 100 000 habitants au Canada plaçaient notre pays au deuxième ou troisième rang au sein des démocraties industrialisées à cet égard. Dans leurs motifs dans cet arrêt, les

frequently unduly harsh and “ineffective, not only in relation to its purported rehabilitative goals, but also in relation to its broader public goals” (para. 54). See also Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969); Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), at pp. xxiii-xxiv; Standing Committee on Justice and Solicitor General, *Taking Responsibility* (1988), at p. 75. Prison has been characterized by some as a finishing school for criminals and as ill-preparing them for reintegration into society: see generally Canadian Committee on Corrections, *supra*, at p. 314; Correctional Service of Canada, *A Summary of Analysis of Some Major Inquiries on Corrections — 1938 to 1977* (1982), at p. iv. In *Gladue*, at para. 57, Cory and Iacobucci JJ. held:

Thus, it may be seen that although imprisonment is intended to serve the traditional sentencing goals of separation, deterrence, denunciation, and rehabilitation, there is widespread consensus that imprisonment has not been successful in achieving some of these goals. Over-incarceration is a long-standing problem that has been many times publicly acknowledged but never addressed in a systematic manner by Parliament. In recent years, compared to other countries, sentences of imprisonment in Canada have increased at an alarming rate. The 1996 sentencing reforms embodied in Part XXIII, and s. 718.2(e) in particular, must be understood as a reaction to the overuse of prison as a sanction, and must accordingly be given appropriate force as remedial provisions. [Emphasis added.]

Parliament has sought to give increased prominence to the principle of restraint in the use of prison as a sanction through the enactment of s. 718.2(d) and (e). Section 718.2(d) provides that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”, while s. 718.2(e) provides that

juges Cory et Iacobucci ont fait une revue de nombreuses études dans lesquelles on a uniformément conclu que l’incarcération était une mesure coûteuse et dans bien des cas indûment dure et «inefficac[e], non seulement eu égard à ses objectifs proclamés de réinsertion sociale, mais aussi relativement à ses objectifs publics plus généraux» (par. 54). Voir également: Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969); Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence: une approche canadienne* (1987), à la p. xxiv; Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, *Des responsabilités à assumer* (1988), à la p. 81. Certains ont dit des prisons qu’elles sont des écoles du crime et qu’elles préparent mal les prisonniers à leur réinsertion sociale: voir, de façon générale, Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *op. cit.*, à la p. 336; Service correctionnel du Canada, *Résumé et analyse de quelques grandes enquêtes sur le processus correctionnel — de 1938 à 1977* (1982), à la p. iv. Dans *Gladue*, les juges Cory et Iacobucci ont tiré la conclusion suivante, au par. 57:

Ainsi, il appert que même si l’emprisonnement vise les objectifs traditionnels d’isolement, de dissuasion, de dénonciation et de réinsertion sociale, il est généralement admis qu’il n’a pas réussi à réaliser certains d’entre eux. Le recours excessif à l’incarcération est un problème de longue date dont l’existence a été maintes fois reconnue sur la place publique mais que le Parlement n’a jamais abordé de façon systématique. Au cours des dernières années, le Canada, comparativement à d’autres pays, a enregistré une augmentation alarmante des peines d’emprisonnement. Les réformes introduites en 1996 dans la partie XXIII, et l’al. 718.2e) en particulier, doivent être comprises comme une réaction au recours trop fréquent à l’incarcération comme sanction, et il faut par conséquent en reconnaître pleinement le caractère réparateur. [Je souligne.]

En adoptant les al. 718.2d) et e), le législateur a voulu accorder une plus grande importance au principe de la modération dans le recours à l’emprisonnement comme sanction. L’alinéa 718.2d) impose au tribunal «l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circons-

“all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”. Further evidence of Parliament’s desire to lower the rate of incarceration comes from other provisions of Bill C-41: s. 718(c) qualifies the sentencing objective of separating offenders from society with the words “where necessary”, thereby indicating that caution be exercised in sentencing offenders to prison; s. 734(2) imposes a duty on judges to undertake a means inquiry before imposing a fine, so as to decrease the number of offenders who are incarcerated for defaulting on payment of their fines; and of course, s. 742.1, which introduces the conditional sentence. In *Gladue*, at para. 40, the Court held that “[t]he creation of the conditional sentence suggests, on its face, a desire to lessen the use of incarceration”.

(2) Expanding the Use of Restorative Justice Principles in Sentencing

18

Restorative justice is concerned with the restoration of the parties that are affected by the commission of an offence. Crime generally affects at least three parties: the victim, the community, and the offender. A restorative justice approach seeks to remedy the adverse effects of crime in a manner that addresses the needs of all parties involved. This is accomplished, in part, through the rehabilitation of the offender, reparations to the victim and to the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

19

Canadian sentencing jurisprudence has traditionally focussed on the aims of denunciation, deterrence, separation, and rehabilitation, with rehabilitation a relative late-comer to the sentencing analysis: see *Gladue*, at para. 42. With the introduction of Bill C-41, however, Parliament has

tances le justifient», et l’al. 718.2e) prévoit «l’examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». La volonté du législateur de réduire le recours à l’emprisonnement ressort d’autres dispositions du projet de loi C-41: l’al. 718c) tempère l’application de l’objectif d’isolement des délinquants du reste de la société en précisant qu’il faut y recourir «au besoin», indiquant par là aux tribunaux de faire montre de circonspection dans l’emprisonnement des délinquants; le par. 734(2) enjoint au tribunal de s’assurer que le délinquant est en mesure de payer une amende avant de lui en infliger une, dans le but de réduire le nombre de délinquants emprisonnés pour non-paiement d’une amende; et, évidemment, l’art. 742.1, qui crée la sanction de condamnation à l’emprisonnement avec sursis. Dans l’arrêt *Gladue*, au par. 40, notre Cour a jugé que «[l]a création de la condamnation avec sursis, comme telle, traduit le désir de diminuer le recours à l’incarcération».

(2) Élargir l’application des principes de justice corrective en matière de détermination de la peine

La justice corrective vise à la réparation des torts causés aux personnes touchées par la perpétration d’une infraction. Généralement, un crime a des effets sur trois catégories de personnes: la victime, la collectivité et le délinquant. La justice corrective tend à remédier aux effets néfastes de la criminalité, et ce d’une manière qui tient compte des besoins de tous les intéressés. Cet objectif est réalisé en partie par la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu’il a causé aux victimes et à la collectivité.

La jurisprudence canadienne en matière de détermination de la peine a traditionnellement mis l’accent sur les objectifs de dénonciation, de dissuasion, d’isolement du délinquant du reste de la société et de réinsertion sociale, ce dernier objectif étant relativement récent dans l’analyse: voir

placed new emphasis upon the goals of restorative justice. Section 718 sets out the fundamental purpose of sentencing, as well as the various sentencing objectives that should be vindicated when sanctions are imposed. In *Gladue*, *supra*, Cory and Iacobucci JJ. stated (at para. 43):

Clearly, s. 718 is, in part, a restatement of the basic sentencing aims, which are listed in paras. (a) through (d). What are new, though, are paras. (e) and (f), which along with para. (d) focus upon the restorative goals of repairing the harms suffered by individual victims and by the community as a whole, promoting a sense of responsibility and an acknowledgment of the harm caused on the part of the offender, and attempting to rehabilitate or heal the offender. The concept of restorative justice which underpins paras. (d), (e), and (f) is briefly discussed below, but as a general matter restorative justice involves some form of restitution and reintegration into the community. The need for offenders to take responsibility for their actions is central to the sentencing process. . . . Restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction. In our view, Parliament's choice to include (e) and (f) alongside the traditional sentencing goals must be understood as evidencing an intention to expand the parameters of the sentencing analysis for all offenders. [Emphasis added; citation omitted.]

Parliament has mandated that expanded use be made of restorative principles in sentencing as a result of the general failure of incarceration to rehabilitate offenders and reintegrate them into society. By placing a new emphasis on restorative principles, Parliament expects both to reduce the rate of incarceration and improve the effectiveness of sentencing. During the second reading of Bill C-41 on September 20, 1994 (*House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., at p. 5873), Minister of Justice Allan Rock made the following statements:

A general principle that runs throughout Bill C-41 is that jails should be reserved for those who should be there. Alternatives should be put in place for those who

*Gladue*, au par. 42. Toutefois, en adoptant le projet de loi C-41, le Parlement a voulu accorder une importance nouvelle aux objectifs liés à la justice corrective. L'article 718 énonce l'objectif essentiel de la détermination de la peine ainsi que les différents objectifs auxquels devraient tendre la peine infligée au délinquant. Dans *Gladue*, précité, les juges Cory et Iacobucci ont dit ceci (au par. 43):

Manifestement, l'art. 718 est, en partie, une reformulation des objectifs de base du prononcé de la peine, qui sont énumérés aux al. a) à d). Ce qui est nouveau, toutefois, se trouve aux al. e) et f) qui, avec l'al. d), mettent l'accent sur les objectifs correctifs que sont la réparation des torts subis par les victimes individuelles et l'ensemble de la collectivité, l'éveil de la conscience des responsabilités, la reconnaissance du tort causé et les efforts de réinsertion sociale ou de guérison du délinquant. Le concept de justice corrective qui sous-tend les al. d), e) et f) fait l'objet d'un bref examen plus loin, mais de façon générale, la justice corrective comporte une forme de restitution et de réinsertion dans la collectivité. La nécessité pour les délinquants d'assumer la responsabilité de leurs actes est un élément central au processus de détermination de la peine [ . . . ] Les objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement. À notre avis, la décision du Parlement d'ajouter les al. e) et f) aux objectifs traditionnels de la détermination de la peine témoigne d'une intention d'élargir les paramètres de l'analyse de la peine pour tous les délinquants. [Je souligne; référence omise.]

Le législateur a prescrit le recours accru aux principes de justice corrective en matière de détermination de la peine en raison de l'incapacité générale de l'emprisonnement à assurer la réadaptation du délinquant et sa réinsertion sociale. En insistant davantage que par le passé sur les principes de justice corrective, le législateur compte réduire le taux d'incarcération et accroître l'efficacité du processus de détermination de la peine. Durant la seconde lecture du projet de loi C-41, le 20 septembre 1994 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., à la p. 5873), le ministre de la Justice, Allan Rock, a fait les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] On retrouve, tout au long du projet de loi C-41, un principe général voulant que l'on n'emprisonne que les personnes qui méritent d'être emprison-

commits offences but who do not need or merit incarceration.

. . . .

Jails and prisons will be there for those who need them, for those who should be punished in that way or separated from society. . . . [T]his bill creates an environment which encourages community sanctions and the rehabilitation of offenders together with reparation to victims and promoting in criminals a sense of accountability for what they have done.

It is not simply by being more harsh that we will achieve more effective criminal justice. We must use our scarce resources wisely.

#### B. *The Nature of the Conditional Sentence*

21 The conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to achieve both of Parliament's objectives. The conditional sentence is a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders. The offenders who meet the criteria of s. 742.1 will serve a sentence under strict surveillance in the community instead of going to prison. These offenders' liberty will be constrained by conditions to be attached to the sentence, as set out in s. 742.3 of the *Code*. In case of breach of conditions, the offender will be brought back before a judge, pursuant to s. 742.6. If an offender cannot provide a reasonable excuse for breaching the conditions of his or her sentence, the judge may order him or her to serve the remainder of the sentence in jail, as it was intended by Parliament that there be a real threat of incarceration to increase compliance with the conditions of the sentence.

22 The conditional sentence incorporates some elements of non-custodial measures and some others of incarceration. Because it is served in the community, it will generally be more effective than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender. However, it is also a

nées. Il faudrait prévoir d'autres solutions pour les personnes qui commettent des infractions ne nécessitant pas une incarcération.

. . . .

Les prisons seront là pour ceux qui en ont besoin, ceux qui devraient être punis de cette façon ou exclus de la société [. . .] [L]e projet de loi crée un climat qui encourage les sanctions communautaires et la réinsertion sociale des délinquants parallèlement à la réparation accordée aux victimes, en plus d'amener les criminels à mieux assumer la responsabilité de leurs actes.

Ce n'est pas simplement en étant plus stricts que nous nous doterons d'un système de justice pénale plus efficace. Nous devons utiliser nos ressources limitées de façon judicieuse.

#### B. *La nature de l'emprisonnement avec sursis*

La peine d'emprisonnement avec sursis a été établie précisément en tant que sanction visant à la réalisation de ces deux objectifs du législateur. Elle constitue une solution de rechange à l'incarcération de certains délinquants non dangereux. Au lieu d'être incarcérés, les délinquants qui satisfont aux critères fixés par l'art. 742.1 purgent leur peine sous stricte surveillance au sein de la collectivité. Leur liberté est restreinte par les conditions dont est assortie leur ordonnance de sursis à l'emprisonnement en vertu du l'art. 742.3 du *Code*. Suivant l'art. 742.6, le délinquant qui manque à ces conditions est ramené devant le tribunal. Si le délinquant ne peut apporter d'excuse raisonnable pour justifier le manquement aux conditions de son ordonnance, le tribunal peut ordonner son incarcération pour le reste de la peine, puisque le législateur entendait faire peser une menace concrète d'incarcération en vue d'accroître le respect des conditions assortissant les ordonnances de sursis à l'emprisonnement.

La condamnation à l'emprisonnement avec sursis intègre certains aspects des mesures substitutives à l'incarcération et certains aspects de l'incarcération. Parce qu'elle est purgée dans la collectivité, la peine d'emprisonnement avec sursis permet généralement de réaliser plus efficacement que l'incarcération les objectifs de justice corrective que sont la réinsertion sociale du délinquant,

punitive sanction capable of achieving the objectives of denunciation and deterrence. It is this punitive aspect that distinguishes the conditional sentence from probation, and it is to this issue that I now turn.

(1) Comparing Conditional Sentences with Probation

There has been some confusion among members of the judiciary and the public alike about the difference between a conditional sentence and a suspended sentence with probation. This confusion is understandable, as the statutory provisions regarding conditions to be attached to conditional sentences (s. 742.3) and probation orders (s. 732.1) are very similar. Notwithstanding these similarities, there is an important distinction between the two. While a suspended sentence with probation is primarily a rehabilitative sentencing tool, the evidence suggests that Parliament intended a conditional sentence to address both punitive and rehabilitative objectives.

(a) *A Comparative Reading of the Provisions*

A comparative reading of the provisions governing conditional sentences and probation orders reveals three differences. First, a probation order includes only three compulsory conditions — to keep the peace and be of good behaviour, appear before the court when required, and notify the court or probation officer of any change in employment or address — whereas there are five such conditions in the case of a conditional sentence. The two additional compulsory conditions of a conditional sentence — to report to a supervisor and remain within the jurisdiction unless

la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Cependant, elle est également une sanction punitive propre à permettre la réalisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est cette dimension punitive qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation, question que je vais maintenant aborder.

(1) Comparaison de l'emprisonnement avec sursis et de la probation

Il existe, tant au sein des membres de la magistrature que du grand public, une certaine confusion relativement à la différence entre le sursis à l'emprisonnement et le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation. Cette confusion n'est pas surprenante compte tenu du libellé très semblable des dispositions législatives régissant les conditions qui assortissent l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis et l'ordonnance de probation, c'est-à-dire les art. 742.3 et 732.1 respectivement. Malgré ces similitudes, il existe une distinction importante entre ces deux sanctions. Alors que le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation est principalement une mesure de réinsertion sociale, il semblerait que le législateur entendait que le sursis à l'emprisonnement vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale.

(a) *Examen comparatif des dispositions pertinentes*

La comparaison des dispositions régissant l'emprisonnement avec sursis et de celles régissant la probation ne révèle que trois différences. Premièrement, une ordonnance de probation n'est assortie que de trois conditions obligatoires — ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite, répondre aux convocations du tribunal et prévenir le tribunal ou l'agent de probation de tout changement d'adresse ou d'emploi —, alors qu'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement en compte cinq. Toutefois, les deux conditions obligatoires supplémentaires de l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis — se présenter à l'agent de surveillance et demeurer dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir — figurent

23

24

permission is granted to leave — are listed as optional conditions under a probation order.

25 The second difference concerns the power of the judge to order the offender to undergo treatment. Under a conditional sentence, the sentencing judge can order the offender to attend a treatment program, regardless of whether the offender consents. Under a probation order, the judge can only impose a treatment order with the consent of the offender (with the exception of drug or alcohol addiction programs since the 1999 amendment to s. 732.1 (S.C. 1999, c. 32, s. 6)). In practice, however, this difference is not very significant, since it is unlikely that an offender faced with the choice between imprisonment and a suspended sentence with treatment as a condition of probation would refuse to consent to treatment.

26 The third difference is in the wording of the residual clauses of the provisions governing the imposition of optional conditions. In the case of a conditional sentence, s. 742.3(2)(f) provides that the court may order that the offender comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable “for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences”. By contrast, s. 732.1(3)(h) provides that the court may impose such other reasonable conditions of probation “for protecting society and for facilitating the offender’s successful reintegration into the community”.

27 On their face, these three differences do not suggest that a conditional sentence is more punitive than a suspended sentence with probation. Moreover, the penalty for breach of probation is potentially more severe than that for breach of a conditional sentence. Pursuant to s. 733.1(1), breach of probation constitutes a new offence, punishable by up to two years imprisonment, while a breach of condition does not constitute a new offence *per se*.

au nombre des conditions facultatives dont peut être assortie l’ordonnance de probation.

La deuxième différence concerne le pouvoir du juge d’ordonner au délinquant de suivre un programme de traitement. Dans le cadre du sursis à l’emprisonnement, le juge qui détermine la peine peut ordonner au délinquant de suivre un programme de traitement, que ce dernier y consente ou non. Dans le cadre d’une ordonnance de probation, le juge ne peut prononcer une ordonnance de participation à un programme de traitement qu’avec le consentement du délinquant (sauf s’il s’agit de programmes de traitement pour abus d’alcool ou de drogue, depuis la modification apportée en 1999 à l’art. 732.1: L.C. 1999, ch. 32, art. 6). Dans la pratique, toutefois, la distinction n’est pas très importante, car il est peu probable que le délinquant à qui l’on présente la possibilité, au lieu de l’emprisonnement, d’un sursis au prononcé de sa peine avec comme condition de probation l’obligation de suivre un traitement, refuse de participer à ce traitement.

La troisième différence se trouve dans le libellé de la clause résiduaire des dispositions prévoyant les conditions facultatives dont peuvent être assorties les ordonnances. Dans le cas de l’emprisonnement avec sursis, l’al. 742.3(2)f autorise le tribunal à intimer au délinquant d’observer telles autres conditions raisonnables que le premier considère souhaitables «pour assurer la bonne conduite du délinquant et l’empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d’autres infractions». Par comparaison, l’al. 732.1(3)h précise que le tribunal peut assortir l’ordonnance de probation d’autres conditions raisonnables «pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant».

A priori, ces trois différences n’indiquent pas que l’emprisonnement avec sursis est une mesure plus sévère que le sursis au prononcé de la peine assorti d’une ordonnance de probation. En outre, la sanction susceptible d’être infligée en cas d’inobservation d’une ordonnance de probation est plus sévère que les conséquences du manquement aux conditions d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement. Selon le par. 733.1(1), l’inobservation



The maximum penalties are also different. In the case of a breach of probation, the offender is subject to the revocation of the probation order and can be sentenced for the original offence (in cases where a suspended sentence was rendered): see s. 732.2(5). By contrast, in the case of breaches of conditional sentences, the maximum punishment available is incarceration for the time remaining of the original sentence (s. 742.6(9)). Presumably, if a conditional sentence is more onerous than probation, the consequences of breaching a condition should be more onerous as well.

(b) *Conditional Sentences Must Be More Punitive Than Probation*

Despite the similarities between the provisions and the fact that the penalty for breach of probation is potentially more severe than for breach of a conditional sentence, there are strong indications that Parliament intended the conditional sentence to be more punitive than probation. It is a well accepted principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage. It would be absurd if Parliament intended conditional sentences to amount merely to probation under a different name. While this argument is clearly not dispositive, it suggests that Parliament intended there to be a meaningful distinction between the two sanctions. I will now consider more specific arguments in support of this position.

d'une ordonnance de probation constitue une nouvelle infraction, punissable d'un emprisonnement maximal de deux ans, alors que le manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement ne constitue pas en soi une nouvelle infraction. Les peines maximales diffèrent également. Le délinquant qui ne se conforme pas à son ordonnance de probation peut voir cette dernière révoquée et être condamné à toute peine applicable à l'égard de l'infraction initiale (s'il y a eu sursis au prononcé de la peine): voir le par. 732.2(5). Par comparaison, en cas de manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, la sanction maximale applicable est l'incarcération pour le reste de la période d'emprisonnement infligée initialement (par. 742.6(9)). Vraisemblablement, si une ordonnance de sursis à l'emprisonnement est une sanction plus sévère qu'une ordonnance de probation, les conséquences d'un manquement à ces conditions devraient l'être également.

b) *La condamnation à l'emprisonnement avec sursis doit avoir un effet plus punitif qu'une ordonnance de probation*

Malgré les similitudes qui existent entre les dispositions qui régissent ces deux types de mesures et le fait que la sanction applicable en cas de manquement à une ordonnance de probation pourrait être plus sévère que celle applicable en cas de manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, il y a de fortes indications que le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ait un effet plus punitif que la probation. Suivant un principe d'interprétation législative reconnu, une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu'elle devienne superflue. Il serait absurde que le législateur ait voulu que le sursis à l'emprisonnement équivaille simplement à une ordonnance de probation sous un autre nom. Quoique cet argument ne soit évidemment pas décisif, il tend à indiquer que le législateur voulait qu'il y ait une distinction utile entre les deux sanctions. Je vais maintenant examiner des arguments plus spécifiques au soutien de cette thèse.

29

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 whether the sentence can be served in the community subject to the appropriate conditions. Parliament intended imprisonment, in the form of incarceration, to be more punitive than probation, as it is far more restrictive of the offender’s liberty. Since a conditional sentence is, at least notionally, a sentence of imprisonment, it follows that it too should be interpreted as more punitive than probation.

30

On a related note, with the enactment of s. 742.1, Parliament has mandated that certain non-dangerous offenders who would otherwise have gone to jail for up to two years now serve their sentences in the community. If a conditional sentence is not distinguished from probation, then these offenders will receive what are effectively considerably less onerous probation orders instead of jail terms. Such lenient sentences would not provide sufficient denunciation and deterrence, nor would they be accepted by the public. Section 718 provides that the fundamental purpose of sentencing is “to contribute . . . to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. Inadequate sanctions undermine respect for the law. Accordingly, it is important to distinguish a conditional sentence from probation by way of the use of punitive conditions.

31

Earlier I drew attention to a subtle difference between the residual clauses in the provisions governing the imposition of optional conditions of probation orders and conditional sentences. While the difference between the two residual clauses is subtle, it is also significant. In order to appreciate

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 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. Le législateur a voulu que l’emprisonnement — sous forme d’incarcération — ait un caractère plus punitif que la probation, puisque la première mesure est davantage restrictive de la liberté du délinquant que la seconde. Comme l’emprisonnement avec sursis est, à tout le moins en principe, une peine d’emprisonnement, il s’ensuit qu’il devrait lui aussi être considéré comme une mesure plus punitive que la probation.

Dans le même ordre d’idée, en adoptant l’art. 742.1, le législateur a prescrit que certains délinquants non dangereux, qui autrement auraient été incarcérés pendant des périodes de moins de deux ans, purgent désormais leur peine au sein de la collectivité. Si aucune distinction n’est établie entre l’emprisonnement avec sursis et la probation, ces délinquants se verront infliger non pas une peine d’emprisonnement mais plutôt, dans les faits, une ordonnance de probation considérablement moins sévère. Des peines aussi clémentes n’auraient pas un effet suffisamment dénonciateur et dissuasif, et elles ne seraient pas acceptées par le public. L’article 718 précise que l’objectif essentiel de la détermination de la peine est «de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre». L’infliction de peines inadéquates nuit au respect de la loi. En conséquence, il importe de distinguer l’emprisonnement avec sursis de la probation en assortissant l’ordonnance de sursis à l’emprisonnement de conditions à caractère punitif.

J’ai souligné, plus tôt, la différence subtile qui existe entre la clause résiduaire des dispositions prévoyant les conditions facultatives dont peuvent être assorties les ordonnances de probation et la clause correspondante concernant les ordonnances de sursis à l’emprisonnement. Bien que subtile,

this difference, it is necessary to consider the case law and practice that has developed with respect to probation.

Probation has traditionally been viewed as a rehabilitative sentencing tool. Recently, the rehabilitative nature of the probation order was explained by the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376. Bayda C.J.S. wrote, at p. 394:

Apart from the wording of the provision, the innate character of a probation order is such that it seeks to influence the future behaviour of the offender. More specifically, it seeks to secure “the good conduct” of the offender and to deter him from committing other offences. It does not particularly seek to reflect the seriousness of the offence or the offender’s degree of culpability. Nor does it particularly seek to fill the need for denunciation of the offence or the general deterrence of others to commit the same or other offences. Depending upon the specific conditions of the order there may well be a punitive aspect to a probation order but punishment is not the dominant or an inherent purpose. It is perhaps not even a secondary purpose but is more in the nature of a consequence of an offender’s compliance with one or more of the specific conditions with which he or she may find it hard to comply. [Emphasis added.]

Many appellate courts have struck out conditions of probation that were imposed to punish rather than rehabilitate the offender: see *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (Ont. C.A.), at p. 288; *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (Ont. C.A.), at pp. 402-3; *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (B.C.C.A.), at pp. 552-53, and *R. v. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (Alta. C.A.), at pp. 399-400. The impugned terms of probation in these cases were imposed pursuant to a residual clause in force at the time whose wording was virtually identical to that presently used in s. 742.3(2)(f).

Despite the virtual identity in the wording of s. 742.3(2)(f) and the old residual clause applicable to probation orders, it would be a mistake to con-

cette différence n’en est pas moins importante. Pour bien la saisir, il est nécessaire d’examiner la jurisprudence et la pratique en matière de probation.

La probation a traditionnellement été considérée comme une mesure de réinsertion sociale du délinquant. Récemment, la Cour d’appel de la Saskatchewan a expliqué en quoi l’ordonnance de probation tend à la réinsertion sociale dans *R. c. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376. Le juge en chef Bayda a dit ce qui suit, à la p. 394:

[TRADUCTION] Indépendamment du libellé de la disposition, l’ordonnance de probation vise foncièrement à influencer le comportement ultérieur du délinquant. Plus précisément, elle tend à assurer «la bonne conduite» du délinquant et à le dissuader de perpétrer d’autres infractions. Elle n’a pas spécialement pour objet de refléter la gravité de l’infraction ou le degré de culpabilité du délinquant. Son but n’est pas non plus de dénoncer l’infraction ou de dissuader généralement autrui de perpétrer la même infraction ou d’en commettre d’autres. Selon les conditions précises dont elle assortie, l’ordonnance peut avoir un aspect punitif, mais la punition n’est pas son objectif dominant ou intrinsèque, ni même, peut-être, un objectif secondaire. L’aspect punitif participe plutôt d’une conséquence de l’observation, par le délinquant, d’une ou de plusieurs conditions précises qu’il peut trouver difficiles à respecter. [Je souligne.]

De nombreuses cours d’appel ont invalidé des conditions de probation qui avaient été imposées dans le but de punir le délinquant plutôt que de favoriser sa réinsertion sociale: voir *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (C.A. Ont.), à la p. 288; *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (C.A. Ont.), aux pp. 402 et 403; *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (C.A.C.-B.), aux pp. 552 et 553, et *R. c. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (C.A. Alb.), aux pp. 399 et 400. Les conditions de l’ordonnance de probation contestées dans ces affaires avaient été imposées en application de la clause résiduaire qui était en vigueur à l’époque et dont le texte était virtuellement identique à celui de l’actuel al. 742.3(2)(f).

Malgré le fait que le texte de l’al. 742.3(2)(f) soit virtuellement identique à celui de l’ancienne clause résiduaire concernant les conditions des ordon-

32

33

34

clude that punitive conditions cannot now be imposed under s. 742.3(2)(f). Parliament amended the residual clause for probation, s. 732.1(3)(h), to read “for protecting society and for facilitating the offender’s successful reintegration into the community” (emphasis added). It did so to make clear the rehabilitative purpose of probation and to distinguish s. 742.3(2)(f) from s. 732.1(3)(h). The wording used in s. 742.3(2)(f) does not focus principally on the rehabilitation and reintegration of the offender. If s. 742.3(2)(f) were interpreted as precluding punitive conditions, it would frustrate Parliament’s intention in distinguishing the two forms of sentence. Parliament would not have distinguished them if it intended both clauses to serve the same purpose.

nances de probation, il serait erroné de conclure que l’al. 742.3(2)f ne permet pas d’imposer des conditions à caractère punitif. Le Parlement a modifié la clause résiduaire concernant les conditions des ordonnances de probation, l’al. 732.1(3)h, qui parle maintenant de conditions jugées souhaitables par le tribunal «pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant» (je souligne). Le législateur a apporté cette modification pour indiquer clairement que la probation a pour objet la réinsertion sociale du délinquant et pour distinguer l’al. 742.3(2)f de l’al. 732.1(3)h. Il a distingué ces deux alinéas en formulant le premier d’une manière qui ne s’attache pas principalement à la réadaptation et à la réinsertion sociale du délinquant. Si on donnait à l’al. 742.3(2)f une interprétation empêchant l’application de conditions à caractère punitif, on se trouverait à faire obstacle à l’intention du législateur de distinguer ces deux types de mesures. Le législateur n’aurait pas établi de distinction entre ces deux clauses s’il avait voulu qu’elles tendent au même objet.

35 In light of the foregoing, it is clear that Parliament intended a conditional sentence to be more punitive than a suspended sentence with probation, notwithstanding the similarities between the two sanctions in respect of their rehabilitative purposes. I agree wholeheartedly with Vancise J.A., who, dissenting in *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (Sask. C.A.), stated, at p. 443, that conditional sentences were designed to “permit the accused to avoid imprisonment but not to avoid punishment”.

À la lumière de ce qui précède, il est évident que le législateur voulait que le sursis à l’emprisonnement ait un caractère plus punitif que le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation, malgré les similitudes qui existent entre les deux sanctions du point de vue de leur fonction de réinsertion sociale du délinquant. Je souscris entièrement à l’opinion exprimée par le juge Vancise, dans ses motifs de dissidence dans *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (C.A. Sask.), à la p. 443, et selon laquelle le sursis à l’emprisonnement vise à [TRADUCTION] «permettre à l’accusé d’éviter l’emprisonnement, mais non la punition».

36 Accordingly, conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender’s liberty. Conditions such as house arrest or strict curfews should be the norm, not the exception. As the Minister of Justice said during the second reading of Bill C-41 (*House of Commons Debates, supra*, at p. 5873), “[t]his sanction is obviously aimed at offenders who would

Par conséquent, une ordonnance de sursis à l’emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile ou des couvre-feux stricts devraient être la règle plutôt que l’exception. Comme l’a souligné le ministre de la Justice lors de la deuxième lecture du projet de loi C-41 (*Débats de la Chambre des communes, op. cit.*, à la p. 5873) [TRADUCTION] «[c]ette sanction vise manifestement les

otherwise be in jail but who could be in the community under tight controls” (emphasis added).

There must be a reason for failing to impose punitive conditions when a conditional sentence order is made. Sentencing judges should always be mindful of the fact that conditional sentences are only to be imposed on offenders who would otherwise have been sent to jail. If the judge is of the opinion that punitive conditions are unnecessary, then probation, rather than a conditional sentence, is most likely the appropriate disposition.

The punitive nature of the conditional sentence should also inform the treatment of breaches of conditions. As I have already discussed, the maximum penalty for breach of probation is potentially more severe than that for breach of a conditional sentence. In practice, however, breaches of conditional sentences may be punished more severely than breaches of probation. Without commenting on the constitutionality of these provisions, I note that breaches of conditional sentence need only be proved on a balance of probabilities, pursuant to s. 742.6(9), whereas breaches of probation must be proved beyond a reasonable doubt.

More importantly, where an offender breaches a condition without reasonable excuse, there should be a presumption that the offender serve the remainder of his or her sentence in jail. This constant threat of incarceration will help to ensure that the offender complies with the conditions imposed: see *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (Alta. C.A.); J. V. Roberts, “Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora’s Box?” (1997), 2 *Can. Crim. L. Rev.* 183. It also assists in distinguishing the conditional sentence from probation

personnes [...] qui seraient autrement en prison, mais qu’on peut maintenir dans la collectivité en exerçant des contrôles serrés» (je souligne).

Le juge qui rend une ordonnance de sursis à l’emprisonnement sans l’assortir de conditions punitives devrait exposer la raison particulière expliquant cette décision. En effet, le juge qui détermine la peine ne doit jamais oublier que le sursis à l’emprisonnement ne doit être prononcé qu’à l’égard des délinquants qui autrement iraient en prison. S’il est d’avis qu’il est inutile d’imposer des conditions punitives, c’est alors la probation, et non le sursis à l’emprisonnement, qui est selon toute vraisemblance la mesure appropriée.

Le caractère punitif de l’ordonnance d’emprisonnement avec sursis devrait également se refléter dans le traitement des manquements aux conditions dont elle est assortie. Comme je l’ai mentionné précédemment, la peine maximale infligée en cas de manquement aux conditions d’une ordonnance de probation est susceptible d’être plus sévère qu’en cas de manquement aux conditions d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement. En pratique, toutefois, les manquements aux conditions d’une telle ordonnance peuvent être punis plus sévèrement que les manquements à une ordonnance de probation. Sans me prononcer sur la constitutionnalité des dispositions concernées, je remarque que, selon le par. 742.6(9), le manquement à une ordonnance de sursis à l’emprisonnement ne doit être prouvé que suivant la prépondérance des probabilités, alors que le manquement à une ordonnance de probation doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

Remarque plus importante, lorsque le délinquant enfreint sans excuse raisonnable une condition de son ordonnance de sursis à l’emprisonnement, il devrait y avoir présomption qu’il doit alors purger le reste de sa peine en prison. Cette menace constante d’incarcération est de nature à inciter le délinquant à respecter les conditions qui lui ont été imposées: voir *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (C.A. Alb.); J. V. Roberts, «Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora’s Box?» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 183. Elle contribue

37

38

39

by making the consequences of a breach of condition more severe.

(2) Conditional Sentences and Incarceration

40

Although a conditional sentence is by statutory definition a sentence of imprisonment, this Court, in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 21, recognized that there “is a very significant difference between being behind bars and functioning within society while on conditional release”. See also *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 150, *per* McLachlin J. These comments are equally applicable to the conditional sentence. Indeed, offenders serving a conditional sentence in the community are only partially deprived of their freedom. Even if their liberty is restricted by the conditions attached to their sentence, they are not confined to an institution and they can continue to attend to their normal employment or educational endeavours. They are not deprived of their private life to the same extent. Nor are they subject to a regimented schedule or an institutional diet.

41

This is not to say that the conditional sentence is a lenient punishment or that it does not provide significant denunciation and deterrence, or that a conditional sentence can never be as harsh as incarceration. As this Court stated in *Gladue*, *supra*, at para. 72:

... in our view a sentence focussed on restorative justice is not necessarily a “lighter” punishment. Some proponents of restorative justice argue that when it is combined with probationary conditions it may in some circumstances impose a greater burden on the offender than a custodial sentence.

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

en outre à distinguer l’emprisonnement avec sursis de la probation en rendant plus sévères les conséquences d’un manquement aux conditions d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement.

(2) Emprisonnement avec sursis et incarcération

Quoique l’emprisonnement avec sursis soit décrit dans la loi comme une forme d’emprisonnement, dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, au par. 21, notre Cour a reconnu qu’«il y a une différence très grande entre être derrière les barreaux et vivre dans la société en bénéficiant d’une libération conditionnelle». Voir également *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 150, le juge McLachlin. Ces commentaires s’appliquent également à l’emprisonnement avec sursis. En effet, le délinquant qui purge une telle peine au sein de la collectivité n’est que partiellement privé de sa liberté. Même si sa liberté est restreinte par les conditions assortissant son ordonnance de sursis, le délinquant n’est pas détenu dans un établissement et il peut continuer de vaquer à ses activités professionnelles ou éducationnelles ordinaires. Il n’est pas dépouillé de sa vie privée dans la même mesure que s’il était incarcéré. Il n’est pas non plus soumis à un horaire strict ou à un régime alimentaire institutionnel.

Cela ne signifie pas pour autant que l’emprisonnement avec sursis est une peine clémente, qu’elle n’a pas un effet dénonciateur et dissuasif appréciable ou qu’elle ne peut jamais être une peine aussi sévère que l’incarcération. Comme a dit notre Cour dans *Gladue*, précité, au par. 72:

À notre avis cependant une peine axée sur l’approche corrective n’est pas nécessairement un châtement moins sévère. Certains tenants de la justice corrective soutiennent que, combinée à des conditions de probation, elle peut imposer dans certains cas un fardeau plus lourd au délinquant qu’une peine d’emprisonnement.

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

community, all the while living in the community under tight controls.

Moreover, the conditional sentence is not subject to reduction through parole. This would seem to follow from s. 112(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, which gives the provincial parole board jurisdiction in respect of the parole of offenders “serving sentences of imprisonment in provincial correctional facilities” (*R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (Ont. C.A.), at p. 33).

I would add that the fact that a conditional sentence cannot be reduced through parole does not in itself lead to the conclusion that as a general matter a conditional sentence is as onerous as or even more onerous than a jail term of equivalent duration. There is no parole simply because the offender is never actually incarcerated and he or she does not need to be reintegrated into society. But even when an offender is released from custody on parole, the original sentence continues in force. As I stated in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 62:

In short, the history, structure and existing practice of the conditional release system collectively indicate that a grant of parole represents a change in the conditions under which a judicial sentence must be served, rather than a reduction of the judicial sentence itself. . . . But even though the conditions of incarceration are subject to change through a grant of parole to the offender’s benefit, the offender’s sentence continues in full effect. The offender remains under the strict control of the parole system, and the offender’s liberty remains significantly curtailed for the full duration of the offender’s numerical or life sentence. [Emphasis in original.]

The parolee has to serve the final portion of his or her sentence under conditions similar to those that can be imposed under a conditional sentence, perhaps even under stricter conditions, as the parolee

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.

En outre, l’emprisonnement avec sursis n’ouvre droit à aucune réduction de peine par voie de libération conditionnelle. C’est ce qui semble découler du par. 112(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, qui donne compétence à la commission provinciale des libérations conditionnelles à l’égard des délinquants «qui purgent une peine d’emprisonnement dans un établissement correctionnel provincial» (*R. c. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), à la p. 33).

J’ajouterais que fait que la durée d’application d’une ordonnance d’emprisonnement avec sursis ne puisse être écourtée par une libération conditionnelle ne permet pas en soi de conclure que, de manière générale, cette peine est aussi sévère, voire plus sévère qu’un emprisonnement de durée équivalente. S’il n’y a pas ouverture à libération conditionnelle, c’est tout simplement parce que le délinquant n’est jamais incarcéré et qu’il n’est par conséquent pas nécessaire de le réinsérer dans la société. En outre, même lorsqu’un délinquant est mis en liberté sous condition, la peine initiale continue de s’appliquer. Comme je l’ai expliqué dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 62:

Bref, l’histoire, la structure et les pratiques actuelles du système de liberté sous condition indiquent collectivement que l’octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée plutôt qu’une réduction de la peine elle-même. [. . .] Toutefois, même si les conditions d’incarcération sont susceptibles de changer par l’octroi d’une libération conditionnelle au délinquant, sa peine reste pleinement en vigueur. Le délinquant reste assujéti à la surveillance stricte du système de libération conditionnelle, et sa liberté continue d’être considérablement restreinte pendant toute la durée de sa peine d’emprisonnement chiffrée ou de sa peine d’emprisonnement à perpétuité. [Souligné dans l’original.]

Le délinquant qui bénéficie d’une libération conditionnelle doit purger la dernière partie de sa peine sous des conditions similaires à celles imposées dans le cadre d’un emprisonnement avec sursis, et

42

43

can be assigned to a “community-based residential facility”: see s. 133 of the *Corrections and Conditional Release Act* and s. 161 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620.

qui peuvent même être plus rigoureuses encore, dans la mesure où il peut lui être ordonné de demeurer dans un «établissement résidentiel communautaire»: voir l’art. 133 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, et l’art. 161 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620.

44 In light of these observations, a conditional sentence, even with stringent conditions, will usually be a more lenient sentence than a jail term of equivalent duration: see also *Gagnon v. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636 (C.A.), at p. 2645; *Brady*, *supra*, at paras. 36 and 48 to 50. The fact that incarceration is a threatened punishment for those who breach their conditions provides further support for this conclusion. In order for incarceration to serve as a punishment for breach of a conditional sentence, logically it must be more onerous than a conditional sentence.

À la lumière de ces observations, une ordonnance d’emprisonnement avec sursis, même assortie de conditions rigoureuses, est généralement une peine plus clémente qu’un emprisonnement de même durée: voir également *Gagnon c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636 (C.A.), à la p. 2645; *Brady*, précité, aux par. 36, 48, 49 et 50. Le fait que la menace d’incarcération pèse sur les délinquants qui manquent aux conditions de leur ordonnance de sursis à l’emprisonnement vient étayer davantage cette conclusion. Pour que l’incarcération puisse constituer une sanction en cas de manquement à une ordonnance d’emprisonnement avec sursis, il faut logiquement que l’incarcération soit une peine plus sévère.

#### C. Application of Section 742.1 of the Criminal Code

#### C. Application de l’art. 742.1 du Code criminel

45 For convenience, I will reproduce here s. 742.1:

Par souci de commodité, je reproduis à nouveau le texte de l’art. 742.1:

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

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

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

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

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



This provision lists four criteria that a court must consider before deciding to impose a conditional sentence:

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

In my view, the first three criteria are prerequisites to any conditional sentence. These prerequisites answer the question of whether or not a conditional sentence is possible in the circumstances. Once they are met, the next question is whether a conditional sentence is appropriate. This decision turns upon a consideration of the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. I will discuss each of these elements in turn.

(1) The Offender Must be Convicted of an Offence That Is Not Punishable by a Minimum Term of Imprisonment

This prerequisite is straightforward. The offence for which the offender was convicted must not be punishable by a minimum term of imprisonment. Offences with a minimum term of imprisonment are the only statutory exclusions from the conditional sentencing regime.

(2) The Court Must Impose a Term of Imprisonment of Less than Two Years

Parliament intended that a conditional sentence be considered only for those offenders who would

Cette disposition énumère quatre critères que le tribunal doit prendre en compte avant d'infliger une condamnation à l'emprisonnement avec sursis:

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

À mon avis, les trois premiers critères sont des préalables au prononcé de toute condamnation à l'emprisonnement avec sursis. La présence de ces préalables répond à la question de savoir si une telle peine peut être infligée dans les circonstances. Lorsque ces conditions sont réunies, il faut ensuite se demander si l'emprisonnement avec sursis est la sanction appropriée. Pour répondre à cette question, il faut prendre en compte l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. Je vais maintenant examiner chacun de ces éléments à tour de rôle.

(1) Le délinquant doit être déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue

Ce préalable est clair. L'infraction dont le délinquant est déclaré coupable ne doit pas être une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue. Ces infractions sont les seules que la loi exclut du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement.

(2) Le tribunal doit infliger au délinquant une peine d'emprisonnement de moins de deux ans

Le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ne soit envisagé qu'à l'égard des délin-

46

47

48

49

have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years. There is some controversy as to whether this means that the judge must actually impose a term of imprisonment of a fixed duration before considering the possibility of a conditional sentence. Far from addressing purely methodological concerns, this question carries implications as to the role of ss. 718 to 718.2 in the determination of the appropriate sentence, the duration of the sentence, its venue and other modalities.

50 A literal reading of s. 742.1(a) suggests that the decision to impose a conditional sentence should be made in two distinct stages. In the first stage, the judge would have to decide the appropriate sentence according to the general purposes and principles of sentencing (now set out in ss. 718 to 718.2). Having found that a term of imprisonment of less than two years is warranted, the judge would then, in a second stage, decide whether this same term should be served in the community pursuant to s. 742.1. At first sight, since Parliament said: “and the court (a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years”, it seems that the sentencing judge must first impose a term of imprisonment of a fixed duration before contemplating the possibility that this term be served in the community.

51 This two-step approach was endorsed by the Manitoba Court of Appeal in the present appeal. However, this literal reading of s. 742.1 and the two-step approach it implies introduce a rigidity which is both unworkable and undesirable in practice.

(a) *Duration and Venue Cannot Be Separated*

52 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, with-

quants qui, autrement, seraient emprisonnés pendant des périodes de moins de deux ans. Il existe une certaine controverse relativement à la question de savoir si cela veut dire que le juge doit dans les faits infliger un emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité d'accorder le sursis pour cette période. Loin d'être un simple problème méthodologique, cette question a des implications quant au rôle des art. 718 à 718.2 dans la détermination de la peine appropriée, la durée de cette peine, l'endroit où elle sera purgée et ses autres modalités d'exécution.

Une interprétation littérale de l'art. 742.1 tend à indiquer que la décision de prononcer l'emprisonnement avec sursis devrait être prise en deux étapes distinctes. Premièrement, le tribunal devrait déterminer la peine appropriée en conformité avec les principes et les objectifs généraux de la détermination de la peine (maintenant énoncés aux art. 718 à 718.2). Deuxièmement, lorsqu'il a jugé qu'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans est justifiée, le tribunal devrait décider si cette peine doit être purgée au sein de la collectivité conformément à l'art. 742.1. À première vue, comme le législateur a dit: «Lorsqu'une personne est déclarée coupable [...] et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut», il semble que le tribunal doive tout d'abord infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité qu'elle soit purgée au sein de la collectivité.

La Cour d'appel du Manitoba a souscrit à cette démarche en deux étapes dans la présente affaire. Toutefois, cette interprétation littérale de l'art. 742.1 et la démarche en deux étapes qu'elle implique amènent une rigidité qui n'est ni souhaitable ni applicable en pratique.

a) *Impossibilité de dissocier la durée de la peine de l'endroit où celle-ci est purgée*

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 emprisonne-

out having in mind where that sentence will be served (see *Brady, supra*, at para. 86; *R. v. Pierce* (1997), 114 C.C.C. (3d) 23 (Ont. C.A.), at p. 39; *R. v. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241, at p. 284 (*per* Ryan J.A.) and pp. 291-92 (*per* Rowles J.A.)). 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.

(b) “*Penalogical Paradox*”

There is a contradiction embedded in this rigid two-step process. After having applied ss. 718 to 718.2 in the first stage to conclude that the appropriate sentence is a term of imprisonment of a fixed duration (in all cases less than two years), the judge would then have to decide if serving the same sentence in the community is still consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2, as required by s. 742.1(b). It is unrealistic to believe that a judge would consider the objectives and principles twice or make a clear distinction in his or her mind between the application of ss. 718 to 718.2 in the first stage and in the second stage. Even if this could be done, it could lead to a “penalogical paradox”, as described by J. Gemmell in, “The New Conditional Sentencing Regime” (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334, at p. 337:

... the judge must first determine that imprisonment is the only reasonable sanction in the circumstances then decide whether the offender should nevertheless serve that sentence in the community. The decision to impose a conditional sentence is almost a kind of *reductio ad absurdum* of the original decision that called for imprisonment. [Footnote omitted.]

This second step of the analytical process would effectively compromise the principles of sentencing that led to the imposition of a sentence of imprisonment in the first place. For instance, the principle of proportionality, set out in s. 718.1 as the fundamental principle of sentencing, directs

ment de «x mois» dans l’abstrait, sans se demander où cette peine sera purgée (voir *Brady*, précité, au par. 86; *R. c. Pierce* (1997), 114 C.C.C. 23 (C.A. Ont.), à la p. 39; *R. c. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241, à la p. 284 (le juge Ryan), aux pp. 291 et 292 (le juge Rowles)). 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.

b) *Le «paradoxe pénologique»*

Cette démarche rigide en deux étapes comporte une contradiction inhérente. Après avoir appliqué, à la première étape, les art. 718 à 718.2 et avoir déterminé que la peine appropriée est un emprisonnement d’une durée déterminée (de moins de deux ans dans tous les cas), le tribunal devrait ensuite décider si le fait que le délinquant purge la peine en question au sein de la collectivité est également conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2, comme l’exige l’art. 742.1. Il n’est pas réaliste de croire que le tribunal va examiner deux fois cet objectif et ces principes ou faire, dans son esprit, une nette distinction entre l’application des art. 718 à 718.2 à la première étape et à la seconde étape. D’ailleurs, même si c’était possible, cela conduirait au «paradoxe pénologique» décrit par J. Gemmell dans «The New Conditional Sentencing Regime» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334, à la p. 337:

[TRADUCTION] ... le tribunal doit tout d’abord déterminer si l’emprisonnement est la seule sanction justifiée dans les circonstances, puis décider si le délinquant devrait néanmoins purger cette sanction au sein de la collectivité. La décision de prononcer une condamnation à l’emprisonnement avec sursis constitue presque une sorte de *reductio ad absurdum* de la décision initiale qui commandait l’emprisonnement. [Note omise.]

Cette seconde étape de la démarche analytique aurait concrètement pour effet de compromettre l’application des principes de détermination de la peine faite initialement et qui a mené à l’infliction de la peine d’emprisonnement. Par exemple, le principe de la proportionnalité — principe fonda-

53

54

that all sentences must be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. When a judge — in the first stage decides that a term of imprisonment of “x months” is appropriate, it means that this sentence is proportional. If the sentencing judge decides — in the second stage — that the same term can be served in the community, it is possible that the sentence is no longer proportional to the gravity of the offence and the responsibility of the offender, since a conditional sentence will generally be more lenient than a jail term of equivalent duration. Thus, such a two-step approach introduces a rigidity in the sentencing process that could lead to an unfit sentence.

(c) *A Purposive Interpretation of Section 742.1(a)*

55 These problems can be addressed by a purposive interpretation of s. 742.1(a). For the reasons discussed above, the requirement that the court “imposes a sentence of imprisonment of less than two years” could not have been intended to impose on judges a rigid two-step process. Rather, it was included to identify the type of offenders who could be entitled to a conditional sentence. At one end of the range, Parliament denied the possibility of a conditional sentence for offenders who should receive a penitentiary term. At the other end, Parliament intended to ensure that offenders who were entitled to a more lenient community measure — such as a suspended sentence with probation — did not receive a conditional sentence, a harsher sanction in this legislative scheme.

56 Section 742.1(a), when read in conjunction with ss. 718.2(d) and 718.2(e), cautions sentencing judges against “widening the net” of the conditional sentencing regime by imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a non-custodial disposition (*Gagnon*,

mental en matière de détermination de la peine énoncé à l’art. 718.1 — exige que la peine soit proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Lorsque, à la première étape, le tribunal détermine qu’une peine d’emprisonnement de «x mois» est justifiée, cela signifie que cette peine est proportionnelle. Si, à la seconde étape, il décide que la peine en question peut être purgée au sein de la collectivité, il est possible que la peine ne soit plus proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant, puisqu’une peine d’emprisonnement avec sursis est généralement une peine plus clémente qu’un emprisonnement de même durée. Par conséquent, une telle démarche en deux étapes donne au processus de détermination de la peine une rigidité qui pourrait entraîner l’infliction d’une peine inappropriée.

c) *Interprétation téléologique de l’art. 742.1*

Il est possible de remédier à ces problèmes en adoptant une interprétation téléologique de l’art. 742.1. Pour les raisons exposées précédemment, la condition que le délinquant soit «condamn[é] à un emprisonnement de moins de deux ans» ne peut avoir été prescrite dans le but d’imposer aux tribunaux le recours à une démarche rigide en deux étapes. Elle a plutôt été établie en vue d’indiquer le type de délinquants admissibles au sursis à l’emprisonnement. À une extrémité du spectre, le législateur a refusé le bénéfice de cette sanction aux délinquants qui devraient recevoir une peine d’emprisonnement dans un pénitencier. À l’autre extrémité du spectre, il a voulu faire en sorte que les délinquants admissibles à une sanction communautaire plus clémente — telle qu’un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation — ne soient pas condamnés à l’emprisonnement avec sursis, sanction plus sévère dans le régime législatif.

Conjugué aux al. 718.2(d) et e), l’art. 742.1 met les tribunaux en garde contre l’«extension de l’application» du régime d’emprisonnement avec sursis aux délinquants qui n’auraient autrement pas été emprisonnés (*Gagnon*, précité, à la p. 2645; *McDonald*, précité, aux pp. 437 à 439). Comme le

*supra*, at p. 2645; *McDonald, supra*, at pp. 437-39). As Rosenberg J.A. puts it in *Wismayer, supra*, at p. 42:

Parliament's goal of reducing the prison population of non-violent offenders and increased use of community sanctions will be frustrated if the courts refuse to use the conditional sentence order for offences that normally attract a jail sentence and resort to the conditional sentence only for offences that previously would have attracted non-custodial dispositions.

Erroneously imposing conditional sentences could undermine Parliament's objective of reducing incarceration for less serious offenders.

These concerns are illustrated by the English experience with a similar sentence called a "suspended sentence". As Parker L.C.J. explained, writing for the Court of Appeal (Criminal Division) in *R. v. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91, at pp. 94-95:

This Court would like to say as emphatically as they can that suspended sentences should not be given when, but for the power to give a suspended sentence, a probation order was the proper order to make. After all, a suspended sentence is a sentence of imprisonment. . . .

Therefore, it seems to the Court that before one gets to a suspended sentence at all, a court must go through the process of eliminating other possible courses such as absolute discharge, conditional discharge, probation order, fine, and then say to itself: this is a case for imprisonment, and the final question, it being a case for imprisonment: is immediate imprisonment required, or can I give a suspended sentence?

A similar approach should be used by Canadian courts. Hence, a purposive interpretation of s. 742.1(a) does not dictate a rigid two-step approach in which the judge would first have to impose a term of imprisonment of a fixed duration and then decide if that fixed term of imprisonment can be

dit le juge Rosenberg, dans *Wismayer*, précité, à la p. 42:

[TRADUCTION] L'objectif du législateur de réduire le nombre de délinquants non violents détenus en prison et d'accroître le recours aux sanctions communautaires sera contré si les tribunaux refusent de rendre des ordonnances d'emprisonnement avec sursis à l'égard des infractions qui donnent lieu normalement à des peines d'emprisonnement et n'y recourent que pour les infractions jusqu'ici sanctionnées par des mesures autres que l'emprisonnement.

La réalisation de l'objectif du législateur qui est de réduire le recours à l'emprisonnement pour les délinquants non dangereux pourrait être compromise si des ordonnances de sursis à l'emprisonnement étaient prononcées à tort.

L'expérience des tribunaux anglais dans l'application d'une peine semblable, appelée «*suspended sentence*» («*conditional sentence*» au Canada), illustre bien les préoccupations susmentionnées. Comme l'a expliqué le lord juge en chef Parker, au nom de la Cour d'appel (Division criminelle), dans *R. c. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91, aux pp. 94 et 95:

[TRADUCTION] Notre Cour tient à préciser, aussi catégoriquement que possible, qu'une condamnation avec sursis ne doit pas être prononcée lorsque, n'eût été le pouvoir d'infliger cette peine, une ordonnance de probation aurait été la décision appropriée. Après tout, la condamnation avec sursis est une peine d'emprisonnement. . . .

Notre Cour estime donc que, avant de prononcer une condamnation avec sursis, le tribunal doit écarter toute autre sanction possible, comme l'absolution inconditionnelle, l'absolution sous condition, l'ordonnance de probation et l'amende, puis se demander s'il s'agit d'un cas commandant l'emprisonnement et, dans l'affirmative, s'il doit y avoir emprisonnement immédiat ou s'il est possible d'y surseoir?

Les tribunaux canadiens devraient suivre une démarche analogue. Partant, l'interprétation téléologique de l'art. 742.1 ne commande pas le recours à une démarche rigide en deux étapes dans le cadre de laquelle le tribunal devrait d'abord infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée

served in the community. In my view, the requirement that the court must impose a sentence of imprisonment of less than two years can be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences. Thus, the approach I suggest still requires the judge to proceed in two stages. However, the judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration at the first stage of the analysis. Rather, at this stage, the judge simply has to exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. If either of these sentences is appropriate, then a conditional sentence should not be imposed.

59 In making this preliminary determination, the judge need only consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender. The submissions of the parties, although not binding, may prove helpful in this regard. For example, both parties may agree that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years.

60 Once that preliminary determination is made, and assuming the other statutory prerequisites are met, the judge should then proceed to the second stage of the analysis: determining whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. Unlike the first stage, the principles of sentencing are now considered comprehensively. Further, it is at the second stage that the duration and venue of the sentence should be determined, and, if a conditional sentence, the conditions to be imposed.

61 This purposive interpretation of s. 742.1(a) avoids the pitfalls of the literal interpretation discussed above, while at all times taking into

puis décider si cette peine même peut être purgée au sein de la collectivité. À mon avis, le tribunal peut s'acquitter de l'obligation qui lui est faite de condamner le délinquant à un emprisonnement de moins de deux ans en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables. En conséquence, suivant la démarche que je propose, le juge doit encore accomplir deux étapes. Toutefois, il n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée à la première étape de l'analyse. À ce stade, le tribunal n'a simplement qu'à déterminer s'il y a lieu d'écartier deux possibilités: a) les mesures probatoires, et b) l'emprisonnement dans un pénitencier. Si l'une ou l'autre de ces sanctions est appropriée, l'emprisonnement avec sursis ne devrait pas être prononcé.

Pour rendre cette décision préliminaire, il suffit au tribunal de prendre en compte l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant. Quoiqu'elles ne lient pas le tribunal, les observations des parties peuvent s'avérer utiles à cet égard. Par exemple, les deux parties peuvent convenir que la peine appropriée est l'emprisonnement pour une période de moins de deux ans.

Une fois qu'il a pris cette décision préliminaire, et en supposant que tous les autres préalables prévus par la loi sont réunis, le tribunal passe alors à la seconde étape de l'analyse et se demande si le prononcé d'une condamnation à l'emprisonnement avec sursis est conforme à l'objectif essentiel et aux principes visés aux art. 718 à 718.2. Contrairement à la première étape, les principes de détermination de la peine sont alors examinés de manière exhaustive. De plus, c'est au cours de cette seconde étape que le tribunal doit fixer la durée de la peine d'emprisonnement et l'endroit où elle sera purgée, et, s'il rend une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, la nature des conditions dont elle sera assortie.

L'interprétation téléologique de l'art. 742.1 permet d'éviter les écueils découlant de l'interprétation littérale dont nous avons parlé plus tôt, tout en

account the principles and objectives of sentencing. As I stressed in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 82.

In the final analysis, the overarching duty of a sentencing judge is to draw upon all the legitimate principles of sentencing to determine a “just and appropriate” sentence which reflects the gravity of the offence committed and the moral blameworthiness of the offender.

(3) The Safety of the Community Would Not Be Endangered by the Offender Serving the Sentence in the Community

This criterion, set out in s. 742.1(b), has generated wide discussion in courts and among authors. I intend to discuss the following issues:

- (a) Is safety of the community a prerequisite to any conditional sentence?
- (b) Does “safety of the community” refer only to the threat posed by the specific offender?
- (c) How should courts evaluate danger to the community?
- (d) Is risk of economic prejudice to be considered in assessing danger to the community?

(a) *A Prerequisite to Any Conditional Sentence*

As a prerequisite to any conditional sentence, the sentencing judge must be satisfied that having the offender serve the sentence in the community would not endanger its safety: see *Brady*, *supra*, at para. 58; *R. v. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410, 116 C.C.C. (3d) 361 (C.A.), at p. 368 C.C.C.; *Gagnon*, *supra*, at p. 2641; *Pierce*, *supra*, at p. 39; *Ursel*, *supra*, at pp. 284-86 (*per* Ryan J.A.). If the sentencing judge is not satisfied that the safety of the community can be preserved, a conditional sentence must never be imposed.

With respect, the Manitoba Court of Appeal in the case before us erred in concluding that safety

tenant compte constamment des principes et objectifs de la détermination de la peine. Comme je l’ai souligné dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 82:

En dernière analyse, le devoir général du juge qui inflige la peine est de faire appel à tous les principes légitimes de détermination afin de fixer une peine «juste et appropriée», qui reflète la gravité de l’infraction commise et la culpabilité morale du contrevenant.

(3) Le fait pour le délinquant de purger sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci

Ce critère, énoncé à l’art. 742.1, a suscité énormément de débats devant les tribunaux et au sein des auteurs. Je vais examiner les questions suivantes:

- a) La sécurité de la collectivité est-elle une condition préalable au prononcé de toute condamnation à l’emprisonnement avec sursis?
- b) La notion de «danger pour la sécurité de la collectivité» s’entend-elle uniquement de la menace que constitue le délinquant en cause?
- c) Comment les tribunaux devraient-ils apprécier le danger pour la sécurité de la collectivité?
- d) Les risques de préjudice pécuniaire doivent-ils être pris en considération dans l’appréciation du danger pour la sécurité de la collectivité?

a) *Un préalable au prononcé de toute condamnation à l’emprisonnement avec sursis*

Comme condition préalable au prononcé de toute condamnation à l’emprisonnement avec sursis, le tribunal doit être convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci: voir *Brady*, précité, au par. 58; *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410, à la p. 415; *Gagnon*, précité, à la p. 2641; *Pierce*, précité, à la p. 39; *Ursel*, précité, aux pp. 284 à 286 (le juge Ryan). Le tribunal qui n’est pas convaincu que la sécurité de la collectivité peut être sauvegardée ne peut en aucun cas prononcer l’emprisonnement avec sursis.

En toute déférence, la Cour d’appel du Manitoba a eu tort, dans la présente affaire, de juger que la

62

63

64

of the community was the primary consideration in the decision to impose a conditional sentence. As the Alberta Court of Appeal in *Brady, supra*, at para. 58, stated:

So to suggest that danger is the primary consideration is tendentious. It wrongly implies that absence of danger trumps or has paramouncy over other sentencing principles. Either the offender meets the no-danger threshold, or he does not. If he does, this consideration is spent and the focus must then properly be on the other sentencing principles and objectives.

65 I agree. It is only once the judge is satisfied that the safety of the community would not be endangered, in the sense explained in paras. 66 to 76 below, that he or she can examine whether a conditional sentence “would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2”. In other words, rather than being an overarching consideration in the process of determining whether a conditional sentence is appropriate, the criterion of safety of the community should be viewed as a condition precedent to the assessment of whether a conditional sentence would be a fit and proper sanction in the circumstances.

(b) “*Safety of the Community*” Refers to the Threat Posed by the Specific Offender

66 The issue here is whether “safety of the community” refers only to the threat posed by the specific offender or whether it also extends to the broader risk of undermining respect for the law. The proponents of the broader interpretation argue that, in certain cases where a conditional sentence could be imposed, it would be perceived that wrongdoers are receiving lenient sentences, thereby insufficiently deterring those who may be inclined to

sécurité de la collectivité était le principal élément à prendre en considération pour décider de l’opportunité de prononcer l’emprisonnement avec sursis. Comme l’a souligné la Cour d’appel de l’Alberta dans *Brady*, précité, au par. 58:

[TRADUCTION] Il est par conséquent tendancieux de prétendre que le danger pour la sécurité est le principal élément à prendre en considération. Cette proposition suppose à tort que l’absence de danger prime les autres principes de détermination de la peine. Soit que le délinquant satisfait au critère de l’absence de danger, soit qu’il n’y satisfait pas. S’il y satisfait, l’examen de ce facteur est terminé et il faut alors se pencher sur les autres principes et objectifs de la détermination de la peine.

Je suis d’accord. Ce n’est que lorsque le tribunal est convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger — conformément aux explications données aux par. 66 à 76 qui suivent — qu’il peut se demander si le prononcé de l’emprisonnement avec sursis «est conforme à l’objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2». En d’autres mots, le critère du danger pour la sécurité de la collectivité n’est pas le facteur prédominant pour décider s’il convient de prononcer l’emprisonnement avec sursis, mais il doit plutôt être considéré comme un préalable à l’examen de la question de savoir si cette peine est une sanction juste et appropriée dans les circonstances.

b) La notion de «danger pour la sécurité de la collectivité» s’entend de la menace que constitue le délinquant en cause

La question qui se pose ici est de savoir si la notion de «danger pour la sécurité de la collectivité» s’entend uniquement de la menace posée par le délinquant en cause ou si elle s’entend également du risque plus général de menace au respect de la loi. Les tenants de l’interprétation plus extensive font valoir que, dans certains cas où l’emprisonnement avec sursis est une sanction qui peut être infligée, le fait de l’infliger pourrait donner l’impression que les délinquants reçoivent des peines clémentes et insuffisamment dissuasives pour les personnes qui pourraient être tentées de commettre des infractions similaires, situation qui



engage in similar acts of wrongdoing, and, in turn, endangering the safety of the community.

Leaving aside the fact that a properly crafted conditional sentence can also achieve the objectives of general deterrence and denunciation, I think the debate has been rendered largely academic in light of an amendment to s. 742.1(b) (S.C. 1997, c. 18, s. 107.1) which clarified that courts must take into consideration the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 in deciding whether to impose a conditional sentence. This ensures that objectives such as denunciation and deterrence will be dealt with in the decision to impose a conditional sentence. Since these factors will be taken into account later in the analysis, there is no need to include them in the consideration of the safety of the community.

In my view, the focus of the analysis at this point should clearly be on the risk posed by the individual offender while serving his sentence in the community. I would note that a majority of appellate courts have adopted an interpretation of the criterion referring only to the threat posed by the specific offender: see *Gagnon, supra*, at pp. 2640-41 (*per* Fish J.A.); *R. v. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236 (N.S.C.A.), at pp. 247-48; *Ursel, supra*, at p. 260; *R. v. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357 (Sask. C.A.), at p. 374; *Brady, supra*, at paras. 60-61; *Wismayer, supra*, at p. 44.

(c) *How Should Courts Evaluate Danger to the Community?*

In my opinion, to assess the danger to the community posed by the offender while serving his or her sentence in the community, two factors must be taken into account: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. If the judge finds that there is a real risk of re-offence, incarceration should be imposed. Of course, there is always some risk that an offender may re-offend. If the judge thinks this risk is minimal, the gravity of the damage that could follow were the offender

à son tour mettrait en danger la sécurité de la collectivité.

Indépendamment du fait qu'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement bien conçue peut également servir les objectifs de dissuasion générale et de dénonciation, je crois que le débat est devenu en grande partie théorique depuis la modification qui a été apportée à l'art. 742.1 (L.C. 1997, ch. 18, art. 107.1), et qui a précisé que le tribunal doit prendre en considération l'objectif et les principes visés aux art. 718 à 718.2 pour décider de l'opportunité d'octroyer le sursis à l'emprisonnement. Cette modification garantit que les objectifs de dénonciation et de dissuasion sont alors pris en compte. Comme ces facteurs sont pris en considération plus tard dans l'analyse, il n'est pas nécessaire de les intégrer à l'examen de la question du danger pour la sécurité de la collectivité.

À mon avis, à ce stade de l'analyse, il faut clairement s'attacher à l'examen du risque que poserait le délinquant en cause s'il purgeait sa peine au sein de la collectivité. Je tiens à souligner que la majorité des cours d'appel ont jugé que ce critère visait uniquement la menace posée par le délinquant en cause: voir *Gagnon*, précité, aux pp. 2640 et 2641 (le juge Fish); *R. c. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236 (C.A.N.-É.), aux pp. 247 et 248; *Ursel*, précité, à la p. 260; *R. c. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357 (C.A. Sask.), à la p. 374; *Brady*, précité, aux par. 60 et 61; *Wismayer*, précité, à la p. 44.

c) *Comment les tribunaux devraient-ils apprécier le danger pour la sécurité de la collectivité?*

À mon avis, pour apprécier le risque que le délinquant poserait pour la collectivité s'il purgeait sa peine au sein de celle-ci, deux facteurs doivent être pris en compte: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. Si le tribunal conclut que le risque de récidive est réel, le délinquant doit être incarcéré. Il est évident qu'il y a toujours un certain risque que le délinquant récidive. Si le tribunal estime que ce risque est minime, la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive doit

67

68

69

to re-offend should also be taken into consideration. In certain cases, the minimal risk of re-offending will be offset by the possibility of a great prejudice, thereby precluding a conditional sentence.

(i) Risk of Re-offence

70

A variety of factors will be relevant in assessing the risk of re-offence. In *Brady, supra*, at paras. 117-27, Fraser C.J.A. suggested that consideration be given to whether the offender has previously complied with court orders and, more generally, to whether the offender has a criminal record that suggests that the offender will not abide by the conditional sentence. Rousseau-Houle J.A. in *Maheu, supra*, at p. 374 C.C.C. enumerated additional factors which may be of relevance:

[TRANSLATION] . . . 1) the nature of the offence, 2) the relevant circumstances of the offence, which can put in issue prior and subsequent incidents, 3) the degree of participation of the accused, 4) the relationship of the accused with the victim, 5) the profile of the accused, that is, his [or her] occupation, lifestyle, criminal record, family situation, mental state, 6) his [or her] conduct following the commission of the offence, 7) the danger which the interim release of the accused represents for the community, notably that part of the community affected by the matter.

71

This list is instructive, but should not be considered exhaustive. The risk that a particular offender poses to the community must be assessed in each case, on its own facts. Moreover, the factors outlined above should not be applied mechanically. As Fraser C.J.A. held in *Brady, supra*, at para. 124:

Forgetting a court date once ten years ago does not automatically bar an offender from any future conditional sentence. Nor does turning up for his trial guarantee an offender a conditional sentence. The sentencing judge must of course look at all aspects of these previous disobediences of courts. That includes frequency, age,

également être prise en considération. Dans certains cas, quoique le risque de récidive soit minime, la possibilité d'un préjudice considérable aura pour effet de faire obstacle au prononcé de l'emprisonnement avec sursis.

(i) Risque de récidive

Divers facteurs sont pertinents pour évaluer le risque de récidive. Dans *Brady, précité*, aux par. 117 à 127, le juge en chef Fraser de la Cour d'appel de l'Alberta suggère de vérifier si le délinquant a respecté les ordonnances des tribunaux dans le passé et, de manière plus générale, s'il a des antécédents judiciaires tendant à indiquer qu'il ne respectera pas les conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Dans *Maheu, précité*, à la p. 418, Madame le juge Rousseau-Houle a énuméré certains autres facteurs qui pourraient être pertinents:

. . . 1) la nature de l'infraction, 2) les circonstances pertinentes de celle-ci, ce qui peut mettre en cause les événements antérieurs et postérieurs, 3) le degré de participation de l'inculpé, 4) la relation de l'inculpé avec la victime, 5) le profil de l'inculpé, c'est-à-dire son occupation, son mode de vie, ses antécédents judiciaires, son milieu familial, son état mental, 6) sa conduite postérieurement à la commission de l'infraction, 7) le danger que représente pour la communauté particulièrement visée par l'affaire, la mise en liberté de l'inculpé.

Cette liste est fort utile, mais elle ne doit pas être considérée comme exhaustive. Le risque que pose un délinquant donné pour la collectivité doit être apprécié au cas par cas, selon les faits propres à chaque affaire. De plus, les facteurs énumérés précédemment ne devraient pas être appliqués de façon mécanique. Comme a conclu le juge en chef Fraser dans *Brady, précité*, au par. 124:

[TRADUCTION] Le fait qu'un délinquant a oublié de comparaître devant le tribunal une fois il y a dix ans ne le rend pas d'office inadmissible à l'octroi du sursis à l'emprisonnement. Le simple fait de se présenter à son procès ne garantit pas non plus au délinquant l'obtention du sursis. Le tribunal doit évidemment tenir compte de tous les aspects des manquements antérieurs aux ordonnances des tribunaux, notamment la fréquence des man-

maturity, recency, seriousness of disobedience and surrounding circumstances.

The risk of re-offence should also be assessed in light of the conditions attached to the sentence. Where an offender might pose some risk of endangering the safety of the community, it is possible that this risk be reduced to a minimal one by the imposition of appropriate conditions to the sentence: see *Wismayer, supra*, at p. 32; *Brady, supra*, at para. 62; *Maheu, supra*, at p. 374 C.C.C. Indeed, this is contemplated by s. 742.3(2)(f), which allows the court to include as optional conditions “such other reasonable conditions as the court considers desirable . . . for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences”. For example, a judge may wish to impose a conditional sentence with a treatment order on an offender with a drug addiction, notwithstanding the fact that the offender has a lengthy criminal record linked to this addiction, provided the judge is confident that there is a good chance of rehabilitation and that the level of supervision will be sufficient to ensure that the offender complies with the sentence.

This last point concerning the level of supervision in the community must be underscored. As the Alberta Court of Appeal stressed in *Brady, supra*, at para. 135:

A conditional sentence drafted in the abstract without knowledge of what actual supervision and institutions and programs are available and suitable for this offender is often worse than tokenism: it is a sham.

Hence, the judge must know or be made aware of the supervision available in the community by the

quements, l'âge et la maturité du délinquant, le temps écoulé depuis les derniers manquements, leur gravité et leurs circonstances.

Le risque de récidive devrait aussi être apprécié à la lumière des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Dans les cas où il y a un certain risque que le délinquant puisse mettre en danger la sécurité de la collectivité, il est possible de réduire ce risque au minimum en assortissant l'ordonnance de conditions appropriées: voir *Wismayer, précité*, à la p. 32; *Brady, précité*, au par. 62; *Maheu, précité*, à la p. 418. De fait, une telle mesure est envisagée par l'al. 742.3(2)(f), qui habilite le tribunal à imposer au délinquant l'obligation d'observer «telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables [. . .] pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions». Par exemple, il est possible que le tribunal veuille prononcer, à l'endroit d'un délinquant souffrant d'une dépendance à la drogue, une condamnation à l'emprisonnement avec sursis assortie d'une ordonnance de participation à un programme de traitement, malgré le fait que le délinquant possède de nombreux antécédents judiciaires liés à cette dépendance, dans la mesure toutefois où il estime que les chances de réadaptation sont bonnes et que le degré de surveillance sera suffisant pour assurer l'observation par le délinquant des conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement.

Il convient d'insister sur l'observation qui précède en ce qui a trait au degré de surveillance au sein de la collectivité. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Alberta dans *Brady, précité*, au par. 135:

[TRADUCTION] Une ordonnance de sursis à l'emprisonnement rédigée dans l'abstract, sans savoir quelles sont les ressources — mesures concrètes de surveillance, établissements et programmes — disponibles et si elles conviennent dans le cas du délinquant concerné est souvent pire qu'une peine symbolique: elle n'est qu'une mascarade.

Par conséquent, le tribunal doit être au fait des mesures de surveillance existantes au sein de la

72

73

supervision officer or by counsel. If the level of supervision available in the community is not sufficient to ensure safety of the community, the judge should impose a sentence of incarceration.

(ii) Gravity of the Damage in the Event of Re-offence

74

Once the judge finds that the risk of recidivism is minimal, the second factor to consider is the gravity of the potential damage in case of re-offence. Particularly in the case of violent offenders, a small risk of very harmful future crime may well warrant a conclusion that the prerequisite is not met: see *Brady, supra*, at para. 63.

(d) *Risk of Economic Harm Can Be Taken Into Consideration*

75

The meaning of the phrase “would not endanger the safety of the community” should not be restricted to a consideration of the danger to physical or psychological safety of persons. In my view, this part of s. 742.1(b) cannot be given this narrow meaning. As Finch J.A. stated in *Ursel, supra*, at p. 264 (dissenting in part but endorsed by the majority on this issue, at p. 287):

I would not give to this phrase the restricted meaning for which the defence contends. Members of our community have a reasonable expectation of safety not only in respect of their persons, but in respect as well of their property and financial resources. When homes are broken into, motor-vehicles are stolen, employers are defrauded of monies, or financial papers are forged, the safety of the community is, in my view endangered. We go to considerable lengths to protect and secure ourselves against the losses that may result from these sorts of crimes, and I think most ordinary citizens would regard themselves as threatened or endangered where their property or financial resources are exposed to the risk of loss.

collectivité ou en être informé par l’agent de surveillance ou par les avocats. Dans les cas où le degré de surveillance exercée au sein de la collectivité n’est pas suffisant pour assurer la sécurité de celle-ci, le tribunal devrait ordonner l’incarcération.

(ii) Gravité du préjudice susceptible d’être causé en cas de récidive

Une fois que le tribunal a conclu que le risque de récidive est minime, le deuxième facteur qu’il doit prendre en considération est la gravité du préjudice susceptible d’être causé par une récidive. Dans le cas des délinquants violents en particulier, un risque minime de perpétration d’un crime aux conséquences très graves peut fort bien justifier la conclusion que le préalable concernant la sécurité de la collectivité n’est pas satisfait: *Brady*, précité, au par. 63.

d) *Les risques de préjudice pécuniaire peuvent être pris en considération*

L’expression «ne met pas en danger la sécurité de [la collectivité]» ne devrait pas s’entendre uniquement des risques d’atteinte à l’intégrité physique ou psychologique de la personne. À mon avis, ce passage de l’art. 742.1 ne saurait recevoir cette interprétation étroite. Comme l’a mentionné le juge Finch dans *Ursel*, précité, à la p. 264 (dans ses motifs de dissidence, auxquels la majorité a toutefois souscrit sur ce point, à la p. 287):

[TRADUCTION] Je ne donnerais pas à ce passage le sens restreint avancé par la défense. Les membres de notre collectivité ont des attentes raisonnables non seulement quant à la sécurité de leur personne, mais aussi quant à la sécurité de leurs biens et de leurs ressources financières. Lorsqu’on entre par effraction dans les demeures, qu’on vole des véhicules, qu’on détourne les fonds d’un employeur ou qu’on contrefait des documents financiers, la sécurité de la collectivité est à mon avis mise en danger. Nous déployons des efforts considérables pour nous prémunir contre les pertes susceptibles de découler de tels crimes, et je crois que, pour la plupart, les citoyens ordinaires se sentent menacés ou en danger lorsque leurs biens ou leurs ressources financières sont exposés à un risque de perte.

I agree with this reasoning. The phrase “would not endanger the safety of the community” should be construed broadly, and include the risk of any criminal activity. Such a broad interpretation encompasses the risk of economic harm.

(4) Consistent with the Fundamental Purpose and Principles of Sentencing Set Out in Sections 718 to 718.2

Once the sentencing judge has found the offender guilty of an offence for which there is no minimum term of imprisonment, has rejected both a probationary sentence and a penitentiary term as inappropriate, and is satisfied that the offender would not endanger the community, the judge must then consider whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2.

A consideration of the principles set out in ss. 718 to 718.2 will determine whether the offender should serve his or her sentence in the community or in jail. The sentencing principles also inform the determination of the duration of these sentences and, if a conditional sentence, the nature of the conditions to be imposed.

(a) *Offences Presumptively Excluded from the Conditional Sentencing Regime?*

Section 742.1 does not exclude any offences from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of imprisonment. Parliament could have easily excluded specific offences in addition to those with a mandatory minimum term of imprisonment but chose not to. As Rosenberg J.A. held in *Wismayer, supra*, at p. 31:

Parliament clearly envisaged that a conditional sentence would be available even in cases of crimes of violence

Je souscris à ce raisonnement. Les mots «ne met pas en danger la sécurité de [la collectivité]» devraient être interprétés largement, et ils visent les risques créés par toute activité criminelle. Cette interprétation large englobe les risques de préjudice pécuniaire.

(4) Conformité avec l’objectif et les principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2

Lorsque le tribunal a déclaré le délinquant coupable d’une infraction pour laquelle aucune peine minimale d’emprisonnement n’est prévue, qu’il a jugé que ni une mesure probatoire ni l’emprisonnement dans un pénitencier n’étaient des sanctions appropriées et qu’il est convaincu que le délinquant ne mettrait pas la sécurité de la collectivité en danger s’il y purgeait sa peine, il doit ensuite se demander si l’octroi du sursis à l’emprisonnement est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

L’examen des principes visés aux art. 718 à 718.2 permet de déterminer s’il y a lieu que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ou en prison. Ces principes guident également le tribunal dans la détermination de la durée de la peine dans l’un ou l’autre cas et, lorsqu’il s’agit d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement, dans la détermination de la nature des conditions dont elle sera assortie.

a) *Y a-t-il une présomption d’exclusion de l’application du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement à l’égard de certaines infractions?*

L’article 742.1 n’exclut du champ d’application du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement aucune infraction autre que celles pour lesquelles une peine minimale d’emprisonnement est prévue. Le législateur aurait pu facilement exclure certaines autres infractions, mais il a choisi de ne pas le faire. Comme a conclu le juge Rosenberg dans *Wismayer*, précité, à la p. 31:

[TRADUCTION] Le législateur a clairement voulu qu’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement puisse être

76

77

78

79

that are not punishable by a minimum term of imprisonment. Thus, s. 742.2 requires the court, before imposing a conditional sentence, to consider whether a firearms prohibition under s. 100 of the *Criminal Code* is applicable. Such orders may only be imposed for indictable offences having a maximum sentence of ten years or more “in the commission of which violence against a person is used, threatened, or attempted” (s. 100(1)) and for certain weapons and drug offences (s. 100(2)).

Thus, a conditional sentence is available in principle for all offences in which the statutory prerequisites are satisfied.

80 Several parties in the appeals before us argued that the fundamental purpose and principles of sentencing support a presumption against conditional sentences for certain offences. The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario submitted that a conditional sentence would rarely be appropriate for offences such as: sexual offences against children; aggravated sexual assault; manslaughter; serious fraud or theft; serious morality offences; impaired or dangerous driving causing death or bodily harm; and trafficking or possession of certain narcotics. They submitted that this followed from the principle of proportionality as well as from a consideration of the objectives of denunciation and deterrence. A number of appellate court decisions support this position.

81 In my view, while the gravity of such offences is clearly relevant to determining whether a conditional sentence is appropriate in the circumstances, it would be both unwise and unnecessary to establish judicially created presumptions that conditional sentences are inappropriate for specific offences. Offence-specific presumptions introduce unwarranted rigidity in the determination of whether a conditional sentence is a just and appropriate sanction. Such presumptions do not accord

prononcée même dans le cas des crimes violents pour lesquels aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue. Ainsi, suivant l'article 742.2, le tribunal doit, avant d'octroyer le sursis, déterminer si l'ordonnance d'interdiction prévue à l'art. 100 du *Code criminel* en matière d'armes à feu s'applique. Une telle ordonnance ne peut être rendue qu'à l'égard d'un acte criminel punissable d'une peine maximale d'emprisonnement égale ou supérieure à dix ans et «perpétré avec usage, tentative ou menace de violence contre la personne» (par. 100(1)) et de certaines infractions relatives aux armes à feu et à la drogue (par. 100(2)).

En conséquence, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement peut, en principe, être rendue à l'égard de toute infraction pour laquelle les préalables prévus par la loi sont réunis.

Plusieurs parties aux pourvois dont nous sommes saisis ont plaidé que l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine étaient l'existence d'une présomption d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions. Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario ont soutenu que le sursis à l'emprisonnement sera rarement la sanction appropriée pour certaines infractions telles que les infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants, les agressions sexuelles graves, l'homicide involontaire coupable, les fraudes ou vols graves, les actes graves contraires aux bonnes mœurs, la conduite dangereuse ou la conduite avec les facultés affaiblies causant la mort ou des lésions corporelles et le trafic ou la possession de certains stupéfiants. Ils ont affirmé que cette conclusion découle du principe de la proportionnalité des peines et de la prise en compte des objectifs de dénonciation et de dissuasion. Plusieurs arrêts émanant de cours d'appel appuient cette thèse.

À mon avis, bien que la gravité de ces infractions soit clairement pertinente pour déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est justifié dans les circonstances d'une affaire donnée, il serait à la fois inutile et peu avisé que les tribunaux créent des présomptions d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions. Des présomptions propres à certaines infractions introduisent une rigidité injustifiée dans l'examen de la question de savoir si le sursis à l'emprisonnement

with the principle of proportionality set out in s. 718.1 and the value of individualization in sentencing, nor are they necessary to achieve the important objectives of uniformity and consistency in the use of conditional sentences.

This Court has held on a number of occasions that sentencing is an individualized process, in which the trial judge has considerable discretion in fashioning a fit sentence. The rationale behind this approach stems from the principle of proportionality, the fundamental principle of sentencing, which provides that a sentence must be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Proportionality requires an examination of the specific circumstances of both the offender and the offence so that the “punishment fits the crime”. As a by-product of such an individualized approach, there will be inevitable variation in sentences imposed for particular crimes. In *M. (C.A.)*, *supra*, I stated, at para. 92:

It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country, as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred.

My difficulty with the suggestion that the proportionality principle presumptively excludes certain offences from the conditional sentencing regime is that such an approach focuses inordinately on the gravity of the offence and insufficiently on the moral blameworthiness of the offender. This fundamentally misconstrues the

est une sanction juste et appropriée. De telles présomptions sont incompatibles avec le principe de proportionnalité énoncé à l’art. 718.1 ainsi qu’avec la valeur accordée à l’individualisation de la peine, et elles ne sont pas non plus nécessaires pour réaliser les objectifs importants que sont l’uniformité et la cohérence dans le recours à l’emprisonnement avec sursis.

Notre Cour a statué à maintes reprises que la détermination de la peine est un processus individualisé, dans le cadre duquel le juge du procès dispose d’un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer la peine appropriée. La justification de cette approche individualisée réside dans le principe de proportionnalité, principe fondamental de détermination de la peine suivant lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Afin que «la peine corresponde au crime», le principe de proportionnalité commande l’examen de la situation particulière du délinquant et des circonstances particulières de l’infraction. La conséquence de l’application d’une telle démarche individualisée est qu’il existera inévitablement des écarts entre les peines prononcées pour des crimes donnés. Dans *M. (C.A.)*, précité, j’ai dit ceci, au par. 92:

On a à maintes reprises souligné qu’il n’existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d’une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De même, il faut s’attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu’à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent.

À mon avis, la lacune dont souffre la thèse selon laquelle le principe de proportionnalité exclurait présomptivement certaines infractions du champ d’application du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement est qu’une telle approche met démesurément l’accent sur la gravité de l’infraction et pas assez sur la culpabilité morale du délinquant.

82

83

nature of the principle. Proportionality requires that full consideration be given to both factors. As s. 718.1 provides:

A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. [Emphasis added.]

84 Some appellate courts have held that once the statutory prerequisites are satisfied there ought to be a presumption in favour of a conditional sentence. In the instant appeal, *Helper J.A.* found at p. 112 that:

Generally (though certainly not in all cases), it will be that, when a sentencing judge has attributed the appropriate weight to each of the relevant principles in determining that a fit sentence would be less than two years and has found that the offender would not be a danger to the community, a decision to allow the offender to serve his sentence in the community will be consistent with ss. 718 to 718.2.

85 It is possible to interpret these comments as implying that once the judge has found that the prerequisites to a conditional sentence are met, a conditional sentence would presumably be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing. Assuming that *Helper J.A.* intended to suggest that there ought to be a presumption in favour of a conditional sentence once the prerequisites are met, I respectfully disagree with her. For the same reasons that I rejected the use of presumptions against conditional sentences, I also reject presumptions in favour of them. The particular circumstances of the offender and the offence must be considered in each case.

(b) *A Need for Starting Points?*

86 An individualized sentencing regime will of necessity entail a certain degree of disparity in sen-

Elle découle d'une méprise fondamentale en ce qui concerne la nature du principe. La proportionnalité commande un examen exhaustif des deux facteurs. Comme le précise l'art. 718.1:

La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. [Je souligne.]

Certaines cours d'appel ont jugé que, dès que les préalables prévus par la loi sont réunis, il devrait y avoir une présomption en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement. Dans la présente affaire, le juge *Helper* a tiré la conclusion suivante, à la p. 112:

[TRADUCTION] Généralement (mais certainement pas dans tous les cas), lorsque le juge qui détermine la peine a bien pesé chacun des principes pertinents en déterminant que la peine appropriée serait un emprisonnement de moins de deux ans et qu'il a estimé que le délinquant ne mettrait pas la sécurité de la collectivité en danger, la décision de permettre à ce dernier de purger sa peine au sein de la collectivité sera conforme aux art. 718 à 718.2.

Il est possible d'interpréter ces commentaires comme signifiant que, lorsque le tribunal a jugé que les préalables à l'octroi du sursis à l'emprisonnement sont réunis, cette sanction serait présumément conforme à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine déjà pris en compte à la première étape. Si le juge *Helper* a voulu dire qu'il devrait y avoir présomption en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement dès que les préalables sont réunis, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord. Pour les mêmes raisons que celles sur lesquelles je me suis fondé pour rejeter le recours à de telles présomptions d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement, je rejette l'utilisation des présomptions en faveur de l'application de cette sanction. Dans chaque affaire, il faut tenir compte de la situation propre à chaque délinquant ainsi que des circonstances particulières de l'infraction.

b) *Faut-il établir des peines servant de points de départ?*

Un régime individualisé de détermination de la peine entraînera nécessairement un certain degré



tencing. I recognize that it is important for appellate courts to minimize, to the greatest extent possible, “the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada”: *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 92. Towards this end, this Court held in *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, that “starting point sentences” may be set out as guides to lower courts in order to achieve greater uniformity and consistency. I am also acutely aware of the need to provide guidance to lower courts regarding the use of the conditional sentence, as it is a new sanction which has created a considerable amount of controversy and confusion in its short life.

That said, I do not find it necessary to resort to starting points in respect of specific offences to provide guidance as to the proper use of conditional sentences. In my view, the risks posed by starting points, in the form of offence-specific presumptions in favour of incarceration, outweigh their benefits. Starting points are most useful in circumstances where there is the potential for a large disparity between sentences imposed for a particular crime because the range of sentence set out in the *Code* is particularly broad. In the case of conditional sentences, however, the statutory prerequisites of s. 742.1 considerably narrow the range of cases in which a conditional sentence may be imposed. A conditional sentence may only be imposed on non-dangerous offenders who would otherwise have received a jail sentence of less than two years. Accordingly, the potential disparity of sentence between those offenders who were candidates for a conditional sentence and received a jail term, and those who received a conditional sentence, is relatively small.

The minimal benefits of uniformity in these circumstances are exceeded by the costs of the associated loss of individualization in sentencing. By

de disparité dans les peines infligées. Je reconnais qu’il est important que les cours d’appel réduisent autant que possible «la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada»: *M. (C.A.)*, précité, au par. 92. Dans *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, notre Cour a jugé que, à cette fin, des «peines servant de point de départ» peuvent être établies pour guider les juridictions inférieures afin d’assurer une plus grande uniformité et une plus grande cohérence des peines qu’elles infligent. Je suis en outre bien conscient du besoin de donner des indications aux juridictions inférieures en ce qui concerne le recours au sursis à l’emprisonnement, puisqu’il s’agit d’une sanction nouvelle, qui a déjà suscité beaucoup de controverse et de confusion depuis le peu de temps qu’elle existe.

Cela dit, je n’estime pas qu’il soit nécessaire, pour certaines infractions, de recourir à des points de départ afin de donner des indications sur la façon dont il convient d’utiliser le sursis à l’emprisonnement. À mon avis, les risques que présente le recours à des points de départ, sous forme de présomptions d’incarcération dans le cas d’infractions précises, l’emportent sur ses avantages potentiels. Des points de départ sont très utiles lorsqu’il y a risque d’importante disparité entre les peines infligées pour un crime donné, du fait que la fourchette des peines prévues par le *Code* est particulièrement large. Cependant, dans le cas du sursis à l’emprisonnement, les préalables fixés par l’art. 742.1 restreignent considérablement le nombre de cas dans lesquels cette sanction peut être prononcée. Le sursis à l’emprisonnement ne peut être octroyé qu’aux délinquants non dangereux qui seraient autrement emprisonnés pendant moins de deux ans. Par conséquent, la disparité potentielle entre la sanction infligée aux délinquants qui auraient pu se voir accorder le sursis mais qui ont plutôt été emprisonnés, et celle infligée aux délinquants auxquels le sursis à l’emprisonnement a été octroyé est relativement mince.

Les avantages minimales que procure l’uniformité dans ces circonstances sont annihilés par les coûts associés à la perte correspondante au titre de l’in-

creating offence-specific starting points, there is a risk that these starting points will evolve into *de facto* minimum sentences of imprisonment. This would thwart Parliament's intention of not excluding particular categories of offence from the conditional sentencing regime. It could also result in the imposition of disproportionate sentences in some cases.

dividualisation de la peine. En créant des points de départ applicables à des infractions précises, il y a un risque que ces points de départ deviennent dans les faits des peines minimales d'emprisonnement. Une telle situation irait à l'encontre de la volonté du législateur de n'exclure aucune catégorie particulière d'infractions du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement; elle pourrait également entraîner l'infliction de peines disproportionnées dans certains cas.

89 Given the narrow range of application for conditional sentences, I am of the opinion that a consideration of the principles of sentencing themselves, without offence-specific presumptions, can provide sufficient guidance as to whether a conditional sentence should be imposed. Some principles militate in favour of a conditional sentence, whereas others favour incarceration. It is the task of this Court to articulate, in general terms, which principles favour each sanction. Although it cannot ensure uniformity of result, the articulation of these principles can at least ensure uniformity in approach to the imposition of conditional sentences. It is to this task that I now turn.

Vu le champ d'application restreint des ordonnances de sursis à l'emprisonnement, je suis d'avis que l'examen des principes de détermination de la peine eux-mêmes, sans présomptions applicables à l'égard d'infractions précises, peut fournir des indications suffisantes pour décider de l'opportunité de rendre une telle ordonnance. Certains principes militent en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement, tandis que d'autres militent en faveur de l'incarcération. Il appartient à notre Cour de formuler, en termes généraux, les principes qui favorisent chaque sanction. Bien que la formulation de ces principes ne puisse pas garantir l'uniformité des résultats, elle permet au moins d'assurer l'utilisation d'une approche uniforme dans l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. C'est à cette tâche que je m'attaque maintenant.

(c) *Principles Militating For and Against a Conditional Sentence*

c) *Les principes favorables et défavorables à l'octroi du sursis à l'emprisonnement*

90 First, a consideration of ss. 718.2(d) and 718.2(e) leads me to the conclusion that serious consideration should be given to the imposition of a conditional sentence in all cases where the first three statutory prerequisites are satisfied. Sections 718.2(d) and 718.2(e) codify the important principle of restraint in sentencing and were specifically enacted, along with s. 742.1, to help reduce the rate of incarceration in Canada. Accordingly, it would be an error in principle not to consider the possibility of a conditional sentence seriously when the statutory prerequisites are met. Failure to advert to the possibility of a conditional sentence in reasons for sentence where there are reasonable grounds for finding that the first three statutory

Premièrement, l'examen des al. 718.2d) et e) m'amène à conclure que le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité de prononcer l'emprisonnement avec sursis dans tous les cas où les trois premiers préalables prévus par la loi sont réunis. Les alinéas 718.2d) et e) codifient le principe important de la modération dans la détermination des peines et, avec l'art. 742.1, ils ont été adoptés précisément en vue d'aider à réduire le taux d'incarcération au Canada. Par conséquent, constituerait une erreur de principe le fait de ne pas envisager sérieusement la possibilité de rendre une ordonnance de sursis à l'emprisonnement lorsque les préalables prévus par la loi sont réunis. L'omission de faire allusion à la possibilité d'une telle

prerequisites have been met may well constitute reversible error.

I pause here to consider an interpretive difficulty posed by s. 718.2(e). By its terms, s. 718.2(e) requires judges to consider “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances” (emphasis added). A conditional sentence, however, is defined as a sentence of imprisonment. As a sentence of imprisonment, it cannot be an alternative to imprisonment. It would therefore appear as though s. 718.2(e) has no bearing on the sentencing judge’s decision as to whether a conditional sentence or a jail term should be imposed. Indeed, if interpreted in the technical sense ascribed to imprisonment in Part XXIII of the *Code*, s. 718.2(e) would only be relevant to the judge’s preliminary determination as to whether a sentence of imprisonment, as opposed to a probationary measure, should be imposed. Once the sentencing judge rejects a probationary sentence as inappropriate, the legislative force of s. 718.2(e) is arguably spent.

This interpretation seems to fly in the face of Parliament’s intention in enacting s. 718.2(e) — reducing the rate of incarceration. As this Court held in *Gladue*, *supra*, at para. 40:

The availability of the conditional sentence of imprisonment, in particular, alters the sentencing landscape in a manner which gives an entirely new meaning to the principle that imprisonment should be resorted to only where no other sentencing option is reasonable in the circumstances. The creation of the conditional sentence suggests, on its face, a desire to lessen the use of incarceration. The general principle expressed in s. 718.2(e) must be construed and applied in this light. [Emphasis added.]

ordonnance dans les motifs de détermination de la peine, lorsqu’il existe des motifs raisonnables permettant de conclure que les trois premiers préalables fixés par la loi sont réunis, peut fort bien constituer une erreur justifiant l’infirmité de la décision.

J’ouvre ici une parenthèse pour examiner un problème d’interprétation que pose la version anglaise de l’al. 718.2e). Aux termes de cette version, le tribunal doit envisager «*all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances*» (je souligne). Le sursis à l’emprisonnement est toutefois décrit comme étant une peine d’emprisonnement et, en tant que tel, il ne peut donc constituer une sanction autre que l’emprisonnement. Il semblerait donc que, suivant sa version anglaise, l’al. 718.2e) ne joue aucun rôle lorsque le tribunal décide s’il y a lieu de condamner le délinquant à l’emprisonnement ou de lui octroyer le sursis. De fait, si on interprète la version anglaise de cet alinéa en donnant à l’emprisonnement le sens technique auquel on l’entend à la partie XXIII du *Code*, cette disposition ne serait pertinente qu’à l’égard de la décision préalable du tribunal d’infliger une peine d’emprisonnement plutôt que de rendre une ordonnance de probation. À partir du moment où le tribunal écarte le recours à la probation parce qu’il s’agirait d’une sanction inappropriée, il serait possible d’affirmer que l’al. 718.2e) n’est plus pertinent.

Cette interprétation semble aller à l’encontre de l’intention qu’avait le législateur en édictant l’al. 718.2e) — savoir réduire le taux d’incarcération. Comme a jugé notre Cour dans *Gladue*, précité, au par. 40:

La possibilité de prononcer une condamnation avec sursis, en particulier, modifie le paysage de telle manière qu’elle donne un sens entièrement nouveau au principe du recours à l’emprisonnement dans le seul cas où aucune autre option n’est justifiée dans les circonstances. La création de la condamnation avec sursis, comme telle, traduit le désir de diminuer le recours à l’incarcération. C’est dans cet esprit qu’il faut interpréter et appliquer le principe général énoncé à l’al. 718.2e). [Je souligne.]

Moreover, if this interpretation of s. 718.2(e) were adopted, it could lead to absurd results in relation to aboriginal offenders. The particular circumstances of aboriginal offenders would only be relevant in deciding whether to impose probationary sentences, and not in deciding whether a conditional sentence should be preferred to incarceration. This would greatly diminish the remedial purpose animating Parliament's enactment of this provision, which contemplates the greater use of conditional sentences and other alternatives to incarceration in cases of aboriginal offenders.

93 The language used in the French version avoids this difficulty. The French version reads as follows:

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

. . . .

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. [Emphasis added.]

94 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.

95 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: see for instance *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, at pp. 863-64; *Gravel v. City of St-Léonard*,

Qui plus est, si cette interprétation de la version anglaise de l'al. 718.2e) était retenue, elle pourrait entraîner des résultats absurdes dans le cas des délinquants autochtones. Les circonstances particulières aux délinquants autochtones ne seraient pertinentes qu'afin de décider s'il y a lieu de prononcer des mesures probatoires, et non afin de décider s'il faut prononcer le sursis à l'emprisonnement plutôt que l'incarcération. Cela aurait pour effet de miner considérablement l'objectif réparateur qui animait le législateur lorsqu'il a édicté cet alinéa, qui envisage le recours accru au sursis à l'emprisonnement et aux autres mesures de rechange à l'incarcération dans le cas des délinquants autochtones.

La version française de l'al. 718.2e) évite cette difficulté. Voici le texte français de cette disposition:

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

. . . .

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. [Je souligne.]

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: voir, par exemple, *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, aux pp. 863 et 864; *Gravel c. Cité de*

[1978] 1 S.C.R. 660, at p. 669; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456, at pp. 464-65; *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589, at p. 593; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3rd ed. 1999), at pp. 412-15. 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 impose a conditional sentence as opposed to a jail term.

Both ss. 718.2(d) and 718.2(e) seek to vindicate the important objective of restraint in the use of incarceration. However, neither seeks to do so at all costs. Section 718.2(d) provides that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances” (emphasis added). Section 718.2(e) provides that “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered” (emphasis added). In my view, a determination of when less restrictive sanctions are “appropriate” and alternatives to incarceration “reasonable” in the circumstances requires a consideration of the other principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2

In determining which principles favour of a conditional sentence and which favour incarceration, it is necessary to consider again the nature and purpose of the conditional sentence. Through an appreciation of Parliament’s intention in enacting this new sanction and the mischief it seeks to redress, trial judges will be better able to make appropriate use of this innovative tool.

*St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, à la p. 669; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l’accise*, [1977] 1 R.C.S. 456, aux pp. 464 et 465; *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589, à la p. 593; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, à la p. 614; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), aux pp. 412 à 415. Par conséquent, il faut donner au mot «*imprisonnement*» 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 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.

Les alinéas 718.2d) et e) tendent tous deux à la réalisation de l’important objectif de modération dans le recours à l’incarcération, mais pas à n’importe quel prix cependant. L’alinéa 718.2d) impose au tribunal «l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient» (je souligne). L’alinéa 718.2e) prévoit «l’examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances» (je souligne). À mon avis, pour décider si les circonstances «justifient» des sanctions moins contraignantes ou si des sanctions substitutives sont «justifiées», il faut prendre en compte les autres principes de détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

Pour déterminer quels sont, d’une part, les principes qui militent en faveur de l’octroi du sursis à l’emprisonnement et, d’autre part, ceux qui militent en faveur de l’incarcération, il faut à nouveau se pencher sur la nature et l’objectif de l’emprisonnement avec sursis. En saisissant mieux l’objectif que poursuivait le législateur lorsqu’il a établi cette nouvelle sanction, ainsi que le problème que celle-ci vise à corriger, les tribunaux seront plus à même d’utiliser de manière appropriée cette mesure novatrice.

96

97

98 The conditional sentence, as I have already noted, was introduced in the amendments to Part XXIII of the *Code*. Two of the main objectives underlying the reform of Part XXIII were to reduce the use of incarceration as a sanction and to give greater prominence to the principles of restorative justice in sentencing — the objectives of rehabilitation, reparation to the victim and the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender.

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

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

Comme je l'ai déjà signalé, l'emprisonnement avec sursis est une mesure qui faisait partie des modifications apportées à la partie XXIII du *Code*. Deux des principaux objectifs de la réforme de la partie XXIII étaient de réduire le recours à l'incarcération comme sanction et d'accorder une plus grande importance aux principes de justice corrective dans la détermination de la peine — savoir la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités.

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

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

incarceration where appropriate in the circumstances.

I turn now to the question of when a conditional sentence may be appropriate having regard to the six sentencing objectives set out in s. 718.

(i) Denunciation

Denunciation is the communication of society's condemnation of the offender's conduct. In *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 81, I wrote:

In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values as enshrined within our substantive criminal law. As Lord Justice Lawton stated in *R. v. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74, at p. 77: "society, through the courts, must show its abhorrence of particular types of crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass".

Incarceration will usually provide more denunciation than a conditional sentence, as a conditional sentence is generally a more lenient sentence than a jail term of equivalent duration. That said, a conditional sentence can still provide a significant amount of denunciation. This is particularly so when onerous conditions are imposed and the duration of the conditional sentence is extended beyond the duration of the jail sentence that would ordinarily have been imposed in the circumstances. I will discuss each point in turn.

First, the conditions should have a punitive aspect. Indeed, the need for punitive conditions is the reason why a probationary sentence was rejected and a sentence of imprisonment of less than two years imposed. As stated above, conditions such as house arrest should be the norm, not the exception. This means that the offender should be confined to his or her home except when working, attending school, or fulfilling other conditions of his or her sentence, e.g. community service,

autres que l'incarcération lorsque les circonstances le justifient.

Je vais maintenant examiner, au regard des six objectifs de la détermination de la peine énoncés à l'art. 718, la question de savoir dans quelles circonstances l'emprisonnement avec sursis est une mesure appropriée.

(i) Dénonciation

La dénonciation est l'expression de la condamnation par la société du comportement du délinquant. Dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 81, j'ai écrit ce qui suit:

Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. Comme l'a dit le lord juge Lawton dans *R. c. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74, à la p. 77: [TRADUCTION] «la société doit, par l'entremise des tribunaux, communiquer sa répulsion à l'égard de certains crimes, et les peines qu'ils infligent sont le seul moyen qu'ont les tribunaux de transmettre ce message».

L'incarcération produit habituellement un effet dénonciateur plus grand que l'emprisonnement avec sursis, mesure généralement plus clémentine qu'une peine d'emprisonnement de durée équivalente. Cela dit, l'emprisonnement avec sursis peut néanmoins avoir un effet dénonciateur appréciable, particulièrement dans les cas où l'ordonnance de sursis est assortie de conditions rigoureuses et que sa durée d'application est plus longue que la peine d'emprisonnement qui aurait ordinairement été infligée dans les circonstances. Je vais examiner chacun de ces points à tour de rôle.

Premièrement, les conditions imposées devraient comporter un aspect punitif. De fait, la nécessité d'imposer des conditions punitives est la raison même pour laquelle le tribunal a écarté la probation et infligé une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Comme il a été indiqué précédemment, des conditions telles que la détention à domicile devraient être la règle et non l'exception. Cela veut dire que le délinquant devrait être confiné à son domicile, sauf lorsqu'il travaille, qu'il

101

102

103

meeting with the supervisor, or participating in treatment programs. Of course, there will need to be exceptions for medical emergencies, religious observance, and the like.

suit des cours ou qu'il remplit d'autres conditions qui lui ont été imposées, par exemple lorsqu'il exécute des travaux communautaires, se présente aux rendez-vous fixés par l'agent de surveillance ou participe à des programmes de traitement. Il va de soi que des exceptions devront être prévues pour les urgences médicales, la pratique religieuse et autres situations du genre.

104 Second, although a literal reading of s. 742.1 suggests that a conditional sentence must be of equivalent duration to the jail term that would otherwise have been imposed, I have explained earlier why such a literal interpretation of s. 742.1 should be eschewed. Instead, the preferred approach is to have the judge reject a probationary sentence and a penitentiary term as inappropriate in the circumstances, and then consider whether a conditional sentence of less than two years would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing, provided the statutory prerequisites are met. This approach does not require that there be any equivalence between the duration of the conditional sentence and the jail term that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sentence: see *Brady, supra*, at para. 111; *Ursel, supra*, at pp. 284-86 and 291-92; *Pierce, supra*, at p. 39; J. V. Roberts, "The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38, at pp. 47-52.

Deuxièmement, quoique l'interprétation littérale de l'art. 742.1 tende à indiquer que l'emprisonnement avec sursis doit avoir une durée équivalente à la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée, j'ai expliqué plus tôt pourquoi pareille interprétation ne saurait être retenue. Il est préférable que, après avoir d'abord déterminé que ni la probation ni l'emprisonnement dans un pénitencier ne sont des peines justifiées dans les circonstances, le tribunal se demande si le prononcé d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement de moins de deux ans est conforme à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine, dans la mesure où les préalables prévus par la loi sont réunis. Cette démarche n'exige pas qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de l'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les conditions dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée: voir *Brady*, précité, au par. 111; *Ursel*, précité, aux pp. 284, 285, 286, 291 et 292; *Pierce*, précité, à la p. 39; J. V. Roberts, «The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady» (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38, aux pp. 47 à 52.

105 The stigma of a conditional sentence with house arrest should not be underestimated. Living in the community under strict conditions where fellow residents are well aware of the offender's criminal misconduct can provide ample denunciation in many cases. In certain circumstances, the shame of encountering members of the community may make it even more difficult for the offender to serve his or her sentence in the community than in prison.

Il ne faut pas sous-estimer les stigmates d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement assortie de la détention à domicile. Le fait que le délinquant vive dans la collectivité sous des conditions strictes et que ses voisins soient bien au fait de son comportement criminel peut, dans bien des cas, produire un effet dénonciateur suffisant. Dans certaines circonstances, en raison de la honte que le délinquant ressent lorsqu'il rencontre des membres de la collectivité, il peut même être plus difficile pour ce dernier de purger sa peine au sein de la collectivité qu'en prison.



The amount of denunciation provided by a conditional sentence will be heavily dependent on the circumstances of the offender, the nature of the conditions imposed, and the community in which the sentence is to be served. As a general matter, the more serious the offence and the greater the need for denunciation, the longer and more onerous the conditional sentence should be. However, there may be certain circumstances in which the need for denunciation is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society's condemnation of the offender's conduct.

(ii) Deterrence

Incarceration, which is ordinarily a harsher sanction, may provide more deterrence than a conditional sentence. Judges should be wary, however, of placing too much weight on deterrence when choosing between a conditional sentence and incarceration: see *Wismayer, supra*, at p. 36. The empirical evidence suggests that the deterrent effect of incarceration is uncertain: see generally *Sentencing Reform: A Canadian Approach, supra*, at pp. 136-37. Moreover, a conditional sentence can provide significant deterrence if sufficiently punitive conditions are imposed and the public is made aware of the severity of these sentences. There is also the possibility of deterrence through the use of community service orders, including those in which the offender may be obliged to speak to members of the community about the evils of the particular criminal conduct in which he or she engaged, assuming the offender were amenable to such a condition. Nevertheless, there may be circumstances in which the need for deterrence will warrant incarceration. This will depend in part on whether the offence is one in which the effects of incarceration are likely to have a real deterrent effect, as well as on the circumstances of the community in which the offences were committed.

Le degré de dénonciation produit par une ordonnance de sursis à l'emprisonnement est largement tributaire de la situation du délinquant, de la nature des conditions assortissant l'ordonnance et de la collectivité au sein de laquelle la peine est purgée. En règle générale, plus l'infraction est grave et le besoin de dénonciation important, plus la durée de l'ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses. Toutefois, il peut survenir des cas où la nécessité de dénoncer est si pressante que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant.

(ii) Dissuasion

L'incarcération, qui est habituellement une sanction plus sévère, peut avoir un effet plus dissuasif que l'emprisonnement avec sursis. Les juges doivent cependant prendre soin de ne pas accorder un poids excessif à la dissuasion quand ils choisissent entre l'incarcération et l'emprisonnement avec sursis: voir *Wismayer, précité*, à la p. 36. La preuve empirique suggère que l'effet dissuasif de l'incarcération est incertain: voir, généralement, *Réformer la sentence: une approche canadienne, op. cit.*, aux pp. 150 et 151. Qui plus est, l'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dissuasif général appréciable si l'ordonnance est assortie de conditions suffisamment punitives et si le public est informé de la sévérité de ces sanctions. Un autre moyen de réaliser l'objectif de dissuasion générale est le recours à des ordonnances de service communautaire, notamment des ordonnances dans le cadre desquelles le délinquant serait tenu de parler à des membres du public des maux engendrés par son comportement criminel, dans la mesure où le délinquant est ouvert à une telle condition. Néanmoins, il peut y avoir des circonstances où le besoin de dissuasion justifie l'incarcération du délinquant. Une telle décision dépend en partie de la question de savoir s'il s'agit d'une infraction pour laquelle les conséquences de l'incarcération sont susceptibles d'avoir un effet dissuasif réel, ainsi que des circonstances propres à la collectivité au sein de laquelle l'infraction a été perpétrée.

106

107

## (iii) Separation

108

The objective of separation is not applicable in determining whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing because it is a prerequisite of a conditional sentence that the offender not pose a danger to the community. Accordingly, it is not necessary to completely separate the offender from society. To the extent that incarceration, which leads to the complete separation of offenders, is warranted in circumstances where the statutory prerequisites are met, it is as a result of the objectives of denunciation and deterrence, not the need for separation as such.

## (iv) Restorative Objectives

109

While incarceration may provide for more denunciation and deterrence than a conditional sentence, a conditional sentence is generally better suited to achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations, and promotion of a sense of responsibility in the offender. As this Court held in *Gladue*, *supra*, at para. 43, “[r]estorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction”. The importance of these goals is not to be underestimated, as they are primarily responsible for lowering the rate of recidivism. Consequently, when the objectives of rehabilitation, reparation, and promotion of a sense of responsibility may realistically be achieved in the case of a particular offender, a conditional sentence will likely be the appropriate sanction, subject to the denunciation and deterrence considerations outlined above.

110

I will now consider examples of conditions that seek to vindicate these objectives. There are any number of conditions a judge may impose in order to rehabilitate an offender. Mandatory treatment orders may be imposed, such as psychological counseling and alcohol and drug rehabilitation.

## (iii) Isolement du délinquant du reste de la société

L’objectif d’isolement du délinquant du reste de la société ne s’applique pas lorsqu’il s’agit de décider si la condamnation de celui-ci à l’emprisonnement avec sursis serait compatible avec l’objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine, puisqu’un préalable à l’infliction de cette sanction est que le délinquant ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité. En conséquence, il n’est pas nécessaire d’isoler complètement le délinquant du reste de la société. Dans la mesure où l’incarcération — qui implique l’isolement complet des délinquants — est justifiée lorsque les préalables prévus par la loi sont réunis, c’est en raison des objectifs de dénonciation et de dissuasion, et non du besoin d’isolement comme tel.

## (iv) Objectifs correctifs

Bien que l’incarcération puisse produire des effets dénonciateurs et dissuasifs plus grands que l’emprisonnement avec sursis, cette dernière mesure sera généralement plus propice à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale des délinquants, de réparation des torts causés et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités. Comme l’a mentionné notre Cour dans *Gladue*, précité, au par. 43, «[l]es objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l’emprisonnement». Il ne faut pas sous-estimer l’importance de ces objectifs, car ils sont le principal facteur d’abaissement du taux de récidive. En conséquence, lorsque les objectifs de réinsertion sociale, de réparation des torts causés et de prise de conscience des responsabilités peuvent réalistement être atteints dans le cas d’un délinquant donné, l’emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement la sanction appropriée, sous réserve de la prise en compte des considérations de dénonciation et de dissuasion exposées plus tôt.

Je vais maintenant examiner certains exemples de conditions tendant à la réalisation de ces objectifs. Un juge peut assortir d’une multitude de conditions visant à la réinsertion sociale du délinquant. Des ordonnances de participation obligatoire à un traitement peuvent être

It is well known that sentencing an offender to a term of incarceration for an offence related to a drug addiction, without addressing the addiction, will probably not lead to the rehabilitation of the offender. The *Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (1973) noted at p. 59 that:

These adverse effects of imprisonment are particularly reflected in the treatment of drug offenders. Our investigations suggest that there is considerable circulation of drugs within penal institutions, that offenders are reinforced in their attachment to the drug culture, and that in many cases they are introduced to certain kinds of drug use by prison contacts. Thus imprisonment does not cut off all contact with drugs or the drug subculture, nor does it cut off contact with individual drug users. Actually, it increases exposure to the influence of chronic, harmful drug users.

House arrest may also have a rehabilitative effect to a certain extent in so far as it prevents the offender from engaging in habitual anti-social associations and promotes pro-social behaviors such as attendance at work or educational institutions: see Roberts, “The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady”, *supra*, at p. 65.

The objectives of reparations to the victim and the community, as well as the promotion of a sense of responsibility in offenders and acknowledgment of the harm done to victims and to the community may also be well served by a conditional sentence. For example, in some cases, restitution orders to compensate the victim may be made a condition. Furthermore, the imposition of a condition of community service can assist the offender in making reparations to the community and in promoting a sense of responsibility. An interesting possibility in this regard would be an order that the offender speak in public about the unfortunate consequences of his or her conduct, assuming the offender were amenable to such a condition. Not only could such an order promote a sense of responsibility and an acknowledgment of the harm

rendues, notamment en matière de counseling psychologique et de désintoxication. Il est notoire que le fait de condamner un délinquant à l’incarcération par suite d’une infraction reliée à la dépendance à la drogue sans s’attaquer à ce problème n’aboutira probablement pas à la réinsertion sociale de l’intéressé. Dans le *Rapport final de la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales* (1973), on a fait l’observation suivante, aux pp. 55 et 56:

Ces effets néfastes de la prison sont particulièrement manifestes dans le cas des délits relatifs aux stupéfiants. D’après nos recherches, les stupéfiants sont très répandus dans les établissements pénitentiaires, les détenus s’y asservissent davantage à leur habitude et dans nombre de cas ils font même la découverte de nouveaux emplois de la drogue. La prison ne coupe pas le détenu du monde de la drogue, mais l’expose au contraire à l’influence de toxicomanes et d’usagers des drogues dangereuses.

La détention à domicile est une autre mesure qui peut contribuer, dans une certaine mesure, à la réinsertion sociale du délinquant, en ce qu’elle l’empêche de maintenir ses fréquentations antisociales en plus de favoriser des comportements socialement souhaitables tels que l’assiduité au travail ou aux cours: voir Roberts, «The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady», *loc. cit.*, à la p. 65.

L’emprisonnement avec sursis peut aussi favoriser l’atteinte de l’objectif de réparation des torts causés à la victime et à la collectivité, et de l’objectif de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu’ils ont causé aux victimes et à la collectivité. Dans certains cas, par exemple, l’ordonnance de sursis peut être assortie de l’obligation de dédommager la victime. En outre, le fait d’imposer au délinquant une ordonnance de service communautaire peut l’aider à réparer les torts qu’il a causés à la collectivité et l’amener à prendre conscience de ses responsabilités. À cet égard, constituerait une possibilité intéressante une ordonnance l’obligeant à parler en public des conséquences malheureuses de sa conduite, dans la mesure où le délinquant est ouvert à une telle

111

112

done by the offender, it could also further the objective of deterrence, as I discussed above. In my view, the use of community service orders should be encouraged, provided that there are suitable programs available for the offender in the community. By increasing the use of community service orders, offenders will be seen by members of the public as paying back their debt to society. This will assist in contributing to public respect for the law.

(v) Summary

113 In sum, in determining whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing, sentencing judges should consider which sentencing objectives figure most prominently in the factual circumstances of the particular case before them. Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration. In determining whether restorative objectives can be satisfied in a particular case, the judge should consider the offender's prospects of rehabilitation, including whether the offender has proposed a particular plan of rehabilitation; the availability of appropriate community service and treatment programs; whether the offender has acknowledged his or her wrongdoing and expresses remorse; as well as the victim's wishes as revealed by the victim impact statement (consideration of which is now mandatory pursuant to s. 722 of the *Code*). This list is not exhaustive.

114 Where punitive objectives such as denunciation and deterrence are particularly pressing, such as cases in which there are aggravating circumstances, incarceration will generally be the preferable sanction. This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved by a

condition. Non seulement une telle ordonnance pourrait-elle amener le délinquant à prendre conscience de ses responsabilités et à reconnaître les torts qu'il a causés, mais elle pourrait également favoriser la réalisation de l'objectif de dissuasion générale, comme je l'ai indiqué précédemment. À mon avis, il y a lieu d'encourager le recours aux ordonnances de service communautaire, dans la mesure évidemment où il existe des programmes appropriés pour le délinquant dans la collectivité concernée. Si les tribunaux recourent davantage aux ordonnances de service communautaire, le public considérera que les délinquants s'acquittent de leur dette envers la société. Une telle mesure aura également pour effet d'aider à accroître le respect de la loi par le public.

(v) Sommaire

En résumé, au moment de décider si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est conforme à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine, le juge qui détermine la peine doit se demander quels sont les objectifs qui apparaissent prépondérants au regard des faits du cas dont il est saisi. Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération. Pour décider s'il est possible de réaliser des objectifs correctifs dans une affaire donnée, le juge doit étudier les chances de réinsertion sociale du délinquant, notamment en tenant compte de tout plan de réadaptation proposé par ce dernier, de l'existence de programmes appropriés de service communautaire et de traitement dans la collectivité, de la question de savoir si le délinquant reconnaît ses torts et manifeste des remords, ainsi que des souhaits exprimés par la victime dans sa déclaration (que le tribunal doit prendre en considération suivant l'art. 722 du *Code*). Cette liste n'est pas exhaustive.

Lorsque des objectifs punitifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, par exemple en présence de circonstances aggravantes, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait également

conditional sentence. Conversely, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of diminished importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the conditional sentence, and the circumstances of the offender and the community in which the conditional sentence is to be served.

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

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

(d) *Appropriate Conditions*

In the event that a judge chooses to impose a conditional sentence, there are five compulsory conditions listed in s. 742.3(1) that must be imposed. The judge also has considerable discretion in imposing optional conditions pursuant to s. 742.3(2). There are a number of principles that

permettre la réalisation d’objectifs correctifs. À l’inverse, selon de la nature des conditions imposées dans l’ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est possible que l’emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d’importance.

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

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

d) *Conditions appropriées*

Le juge qui décide de prononcer l’emprisonnement avec sursis doit assortir l’ordonnance des cinq conditions obligatoires énumérées au par. 742.3(1). Le paragraphe 742.3(2) lui attribue en outre un large pouvoir discrétionnaire l’autorisant à imposer d’autres conditions, facultatives

115

116

117

should guide the judge in exercising this discretion. First, the conditions must ensure the safety of the community. Second, conditions must be tailored to fit the particular circumstances of the offender and the offence. The type of conditions imposed will be a function of the sentencing judge's creativity. However, conditions will prove fruitless if the offender is incapable of abiding by them, and will increase the probability that the offender will be incarcerated as a result of breaching them. Third, punitive conditions such as house arrest should be the norm, not the exception. Fourth, the conditions must be realistically enforceable. This requires a consideration of the available resources in the community in which the sentence is to be served. I agree with Rosenberg J.A., who, in "Recent Developments in Sentencing", a paper prepared for the National Judicial Institute's Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar in Halifax, February 25-26, 1999, at p. 63, wrote that:

... the courts must be careful not to impose conditions that are purely cosmetic and are incapable of effective enforcement. For example, I would think that any condition that can only be effectively enforced through an intolerable intrusion into the privacy of innocent persons would be problematic. Conditions that impose an unacceptable burden on the supervisor might also be of dubious value. If the conditions that the court imposes are impractical, the justice system will be brought into disrepute.

#### D. *Burden of Proof*

118 It is submitted by the intervener the Attorney General for Ontario that the offender has the burden of proving that a conditional sentence should be imposed pursuant to s. 742.1. According to the Attorney General:

[W]hen a sentencing court determines that a reformatory sentence of imprisonment is an appropriate sentence for an offender, there is, in effect, a rebuttable presumption that this custodial sentence will prevail unless

celles-là. Un certain nombre de principes devraient le guider dans l'exercice de ce pouvoir. Premièrement, les conditions dont il assortit l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement doivent être propres à assurer la sécurité de la collectivité. Deuxièmement, les conditions doivent être adaptées à la situation particulière du délinquant et à l'infraction commise. Le type de conditions qu'imposera le juge sera fonction de sa créativité. Toutefois, ces conditions seront sans effet si le délinquant est incapable de les respecter et, en plus, elles accroîtront la probabilité qu'il soit emprisonné pour les avoir violées. Troisièmement, les conditions punitives comme la détention à domicile doivent être la règle et non l'exception. Quatrièmement, il faut qu'il soit réalistement possible de faire respecter les conditions imposées. Pour cela, il faut donc tenir compte des ressources qui existent dans la collectivité au sein de laquelle la peine sera purgée. Je souscris aux observations suivantes, formulées par le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario dans «Recent Developments in Sentencing», document préparé pour le Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar qui s'est déroulé à Halifax les 25 et 26 février 1999, sous l'égide de l'Institut national de la magistrature, à la p. 63:

[TRADUCTION] ... les tribunaux doivent prendre soin de ne pas imposer de conditions de pure forme qu'il sera impossible de faire respecter efficacement. Par exemple, je crois que toute condition qui ne pourrait être appliquée qu'au prix d'une immixtion intolérable dans la vie privée de personnes innocentes poserait problème. Des conditions qui imposeraient un fardeau inacceptable à l'agent de surveillance seraient aussi d'une utilité douteuse. Si les conditions imposées par le tribunal sont irréalistes, elles auront pour effet de déconsidérer le système de justice.

#### D. *Le fardeau de la preuve*

Le procureur général de l'Ontario intervenant soutient qu'il incombe au délinquant de prouver qu'on doit lui octroyer le sursis à l'emprisonnement en vertu de l'art. 742.1. D'affirmer le procureur général:

[TRADUCTION] [U]ne fois que le tribunal qui prononce la peine a décidé qu'il convient d'infliger une peine d'emprisonnement, il y a en fait une présomption réfutable que c'est la peine qui sera infligée, à moins que le

the offender can convince the sentencing Court to make the sentence of imprisonment “conditional”. [Emphasis in original.]

The Attorney General for Ontario’s position seems to be premised on a rigid two-step approach, which I rejected for the reasons explained earlier. The Attorney General submits that the offender has to establish that: (a) he or she would not endanger the safety of the community by serving a conditional sentence; and (b) the imposition of a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles set out in ss. 718 to 718.2.

I disagree. The wording used in s. 742.1 does not attribute to either party the onus of establishing that the offender should or should not receive a conditional sentence. To inform his or her decision about the appropriate sentence, the judge can take into consideration all the evidence, no matter who adduces it (*Ursel, supra*, at pp. 264-65 and 287).

In matters of sentencing, while each party is expected to establish elements in support of its position as to the appropriate sentence that should be imposed, the ultimate decision as to what constitutes the best disposition is left to the discretion of the sentencing judge. This message is explicit in s. 718.3(1) and (2):

**718.3** (1) Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence.

(2) Where an enactment prescribes a punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence, but no punishment is a minimum punishment unless it is declared to be a minimum punishment.

The sentencing judge can take into account the submissions and evidence presented by counsel (s. 723), but is in no way bound by them in the decision as to the sentence. Having said this, in

délinquant ne convainque le tribunal de le condamner à l’emprisonnement «avec sursis». [Souligné dans l’original.]

La position du procureur général de l’Ontario semble être fondée sur une démarche rigide en deux étapes, démarche que j’ai rejetée pour les raisons exposées plus tôt. Le procureur général fait valoir que le délinquant doit établir les éléments suivants: a) il ne mettrait pas en danger la sécurité de la collectivité si le sursis à l’emprisonnement lui était octroyé; b) le prononcé de l’emprisonnement avec sursis est conforme à l’objectif et aux principes visés aux art. 718 à 718.2.

Je ne suis pas d’accord. Le texte de l’art. 742.1 n’impose à aucune des parties la charge de prouver qu’il y a lieu ou non d’octroyer au délinquant le sursis à l’emprisonnement. Pour décider de la peine appropriée, le juge peut prendre en considération tous les éléments de preuve, peu importe qui les a produits (*Ursel*, précité, aux pp. 264, 265 et 287).

En matière de détermination de la peine, quoique l’on attende de chaque partie qu’elle produise des éléments au soutien de sa position en ce qui concerne la peine appropriée, la décision finale quant à ce qui constitue la meilleure peine est laissée à l’appréciation du juge. C’est le message qui ressort explicitement des par. 718.3(1) et (2):

**718.3** (1) Lorsqu’une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l’égard d’une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l’auteur de l’infraction.

(2) Lorsqu’une disposition prescrit une peine à l’égard d’une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, laissée à l’appréciation du tribunal qui condamne l’auteur de l’infraction, mais nulle peine n’est une peine minimale à moins qu’elle ne soit déclarée telle.

Le juge qui détermine la peine peut prendre en considération les observations et les éléments de preuve que lui présentent les avocats (art. 723), mais il n’est aucunement lié par ceux-ci lorsqu’il

119

120

121

122

practice, it will generally be the offender who is best situated to convince the judge that a conditional sentence is indeed appropriate. Therefore, it would be in the offender's best interests to establish those elements militating in favour of a conditional sentence: see *Ursel, supra*, at pp. 264-65; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 26. For instance, the offender should inform the judge of his or her remorse, willingness to repair and acknowledgment of responsibility, and propose a plan of rehabilitation. The offender could also convince the judge that he or she would not endanger the safety of the community if appropriate conditions were imposed. It would be to the great benefit of the offender to make submissions in this regard. I would also note the importance of the role of the supervision officer in informing the judge on these issues.

#### E. Deference Owed to Sentencing Judges

123 In recent years, this Court has repeatedly stated that the sentence imposed by a trial court is entitled to considerable deference from appellate courts: see *Shropshire, supra*, at paras. 46-50; *M. (C.A.), supra*, at paras. 89-94; *McDonnell, supra*, at paras. 15-17 (majority); *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, at paras. 18-19. In *M. (C.A.)*, at para. 90, I wrote:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*. [Emphasis in original.]

124 Several provisions of Part XXIII confirm that Parliament intended to confer a wide discretion upon the sentencing judge. As a general rule, ss. 718.3(1) and 718.3(2) provide that the degree

prend sa décision. Cependant, en pratique, le délinquant est généralement celui qui est le mieux placé pour convaincre le juge que la l'emprisonnement avec sursis est effectivement une peine appropriée. Par conséquent, il est dans l'intérêt du délinquant de faire la preuve des éléments qui militent en faveur de l'application de cette sanction: voir *Ursel*, précité, aux pp. 264 et 265; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), au par. 26. Par exemple, le délinquant devrait indiquer au juge qu'il éprouve des remords, qu'il désire réparer les torts qu'il a causés et qu'il reconnaît sa responsabilité, en plus de proposer un plan visant à sa réinsertion sociale. Le délinquant pourrait également s'efforcer de convaincre le juge qu'il ne mettrait pas en danger la collectivité si des conditions appropriées étaient imposées. Le délinquant a tout avantage à présenter des observations sur ces questions. Je tiens également à souligner l'importance du rôle de l'agent de surveillance pour ce qui est de renseigner le juge à cet égard.

#### E. La norme de contrôle à l'égard de la peine infligée par le juge du procès

Au cours des dernières années, notre Cour a maintes fois réaffirmé que les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de la peine infligée par le juge du procès: voir *Shropshire*, précité, aux par. 46 à 50; *M. (C.A.)*, précité, aux par. 89 à 94; *McDonnell*, précité, aux par. 15 à 17 (motifs de la majorité); *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, aux par. 18 et 19. Dans *M. (C.A.)*, j'ai écrit ceci, au par. 90:

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel* et l'importance de celle-ci. [Souligné dans l'original.]

Plusieurs dispositions de la partie XXIII confirment que le législateur a voulu conférer un large pouvoir discrétionnaire au juge qui détermine la peine. La règle générale se trouve aux par.



and kind of punishment to be imposed is left to the discretion of the sentencing judge. Moreover, the opening words of s. 718 specify that the sentencing judge must seek to achieve the fundamental purpose of sentencing “by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives” (emphasis added). In the context of the conditional sentence, s. 742.1 provides that the judge “may” impose a conditional sentence and enjoys a wide discretion in the drafting of the appropriate conditions, pursuant to s. 742.3(2).

Although an appellate court might entertain a different opinion as to what objectives should be pursued and the best way to do so, that difference will generally not constitute an error of law justifying interference. Further, minor errors in the sequence of application of s. 742.1 may not warrant intervention by appellate courts. Again, I stress that appellate courts should not second-guess sentencing judges unless the sentence imposed is demonstrably unfit.

As explained in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 91:

This deferential standard of review has profound functional justifications. As Iacobucci J. explained in *Shropshire*, at para. 46, where the sentencing judge has had the benefit of presiding over the trial of the offender, he or she will have had the comparative advantage of having seen and heard the witnesses to the crime. But in the absence of a full trial, where the offender has pleaded guilty to an offence and the sentencing judge has only enjoyed the benefit of oral and written sentencing submissions (as was the case in both *Shropshire* and this instance), the argument in favour of deference remains compelling. A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the conse-

718.3(1) et (2) qui prévoient que la décision quant au type de peine et à sa sévérité est laissée à l’appréciation du tribunal qui condamne le délinquant. De plus, les premiers mots de l’art. 718 précisent que le tribunal doit chercher à réaliser l’objectif essentiel du prononcé des peines «par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants» (je souligne). Dans le contexte de l’emprisonnement avec sursis, l’art. 742.1 indique que le tribunal «peut» prononcer cette sanction et qu’il dispose d’un large pouvoir discrétionnaire pour l’établissement des conditions appropriées visées au par. 742.3(2).

Bien qu’une cour d’appel puisse ne pas avoir la même opinion que le juge du procès sur les objectifs qu’il convient de poursuivre et sur la meilleure façon de les réaliser, une telle divergence d’opinion ne constitue généralement pas une erreur de droit lui permettant d’intervenir. En outre, des erreurs mineures dans la séquence d’application de l’art. 742.1 ne justifient pas toujours l’intervention des cours d’appel. Encore une fois, je souligne que les cours d’appel ne doivent pas remettre en question la décision du juge qui prononce la peine à moins que celle-ci ne soit manifestement inappropriée.

Comme je l’ai expliqué dans *M. (C.A.)*, au par. 91:

Cette norme de contrôle, qui appelle à la retenue, a de profondes justifications fonctionnelles. Comme l’a expliqué le juge Iacobucci, au par. 46 de l’arrêt *Shropshire*, lorsque le juge qui inflige la peine a eu l’avantage de présider le procès du délinquant, il a alors profité de l’avantage comparatif d’avoir vu et entendu les témoins du crime. Toutefois, lorsqu’il n’y a pas procès complet, dans les cas où le contrevenant a plaidé coupable à une infraction et où le juge chargé de la détermination de la peine n’a bénéficié que d’observations orales et écrites sur cette question (comme ce fut le cas dans l’arrêt *Shropshire* et en l’espèce), les arguments appelant à la retenue restent convaincants. Le juge qui inflige la peine jouit d’un autre avantage par rapport au juge d’appel en ce qu’il peut apprécier directement les observations présentées par le ministère public et le contrevenant relativement à la détermination de la peine. Du fait qu’il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l’expérience et de l’appréciation. Fait peut-être le

125

126

quences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly. [Emphasis added.]

This last justification is particularly relevant in the case of conditional sentences. Crafting appropriate conditions requires knowledge of both the needs and resources of the community.

## VI. Summary

127 At this point, a short summary of what has been said in these reasons might be useful:

1. Bill C-41 in general and the conditional sentence in particular were enacted both to reduce reliance on incarceration as a sanction and to increase the use of principles of restorative justice in sentencing.
2. A conditional sentence should be distinguished from probationary measures. Probation is primarily a rehabilitative sentencing tool. By contrast, Parliament intended conditional sentences to include both punitive and rehabilitative aspects. Therefore, conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender's liberty. Conditions such as house arrest should be the norm, not the exception.
3. No offences are excluded from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of imprisonment, nor should there be pre-

plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera «juste et appropriée» pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine. [Je souligne.]

Cette dernière justification est particulièrement pertinente dans le cas des condamnations à l'emprisonnement avec sursis. Pour établir les conditions appropriées, il faut connaître tant les besoins de la collectivité que les ressources dont elle dispose.

## VI. Résumé

Il serait utile à ce moment-ci de résumer brièvement les présents motifs:

1. Le projet de loi C-41 en général et les dispositions créant la peine d'emprisonnement avec sursis en particulier ont été adoptés à la fois pour réduire le recours à l'incarcération comme sanction et pour élargir l'application des principes de la justice corrective au moment de la détermination de la peine.
2. L'emprisonnement avec sursis doit être distingué des mesures probatoires. La probation est principalement une mesure de réinsertion sociale. Par comparaison, le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale. Par conséquent, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile devraient être la règle plutôt que l'exception.
3. Aucune infraction n'est exclue du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement à l'exception de celles pour lesquelles

sumptions in favour of or against a conditional sentence for specific offences.

4. The requirement in s. 742.1(a) that the judge impose a sentence of imprisonment of less than two years does not require the judge to first impose a sentence of imprisonment of a fixed duration before considering whether that sentence can be served in the community. Although this approach is suggested by the text of s. 742.1(a), it is unrealistic and could lead to unfit sentences in some cases. Instead, a purposive interpretation of s. 742.1(a) should be adopted. In a preliminary determination, the sentencing judge should reject a penitentiary term and probationary measures as inappropriate. Having determined that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years, the judge should then consider whether it is appropriate for the offender to serve his or her sentence in the community.

5. As a corollary of the purposive interpretation of s. 742.1(a), a conditional sentence need not be of equivalent duration to the sentence of incarceration that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sentence.

6. The requirement in s. 742.1(b) that the judge be satisfied that the safety of the community would not be endangered by the offender serving his or her sentence in the community is a condition precedent to the imposition of a conditional sentence, and not the primary consideration in determining whether a conditional sentence is appropriate. In making this determination, the judge should consider the risk posed by the specific offender, not the broader risk of whether the imposition of a conditional sentence would endanger the safety of the community by providing insufficient general deterrence or undermining general respect for the law. Two factors should be taken into account: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. A consideration of the risk posed by

une peine minimale d'emprisonnement est prévue. De plus, il n'existe pas de présomption d'applicabilité ou d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions données.

4. L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge inflige une peine d'emprisonnement de moins de deux ans ne signifie pas que celui-ci doit d'abord infliger un emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité que cette même peine soit purgée au sein de la collectivité. Bien que le texte de l'art. 742.1 suggère cette démarche, elle n'est pas réaliste et pourrait entraîner des peines inappropriées dans certains cas. Il faut plutôt donner une interprétation téléologique à l'art. 742.1. Dans un premier temps, le juge appelé à déterminer la peine doit avoir conclu que ni l'emprisonnement dans un pénitencier ni des mesures probatoires ne sont des sanctions appropriées. Après avoir déterminé que la peine appropriée est un emprisonnement de moins de deux ans, le juge se demande s'il convient que le délinquant purge sa peine dans la collectivité.

5. Comme corollaire de l'interprétation téléologique de l'art. 742.1, il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les modalités dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée.

6. L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge soit convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger si le délinquant y purgeait sa peine est un préalable à l'octroi du sursis à l'emprisonnement, et non le principal élément à prendre en considération pour décider si cette sanction est appropriée. Pour évaluer le danger pour la collectivité, le juge prend en compte le risque que fait peser le délinquant en cause, et non le risque plus général évoqué par la question de savoir si l'octroi du sursis à l'emprisonnement mettrait en danger la sécurité de la collectivité en ne produisant pas un effet dissuasif général ou en compromettant le respect de la loi en général. Deux facteurs doivent être pris en compte: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. L'examen du risque que

the offender should include the risk of any criminal activity, and not be limited solely to the risk of physical or psychological harm to individuals.

7. Once the prerequisites of s. 742.1 are satisfied, the judge should give serious consideration to the possibility of a conditional sentence in all cases by examining whether a conditional sentence is consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. This follows from Parliament's clear message to the judiciary to reduce the use of incarceration as a sanction.

8. A conditional sentence can provide significant denunciation and deterrence. As a general matter, the more serious the offence, the longer and more onerous the conditional sentence should be. There may be some circumstances, however, where the need for denunciation or deterrence is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society's condemnation of the offender's conduct or to deter similar conduct in the future.

9. Generally, a conditional sentence will be better than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and the community, and promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done to the victim and the community.

10. Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration. Where objectives such as denunciation and deterrence are particularly pressing, incarceration will generally be the preferable sanction. This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved. However, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of lesser importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the sentence, and the

fait peser le délinquant doit inclure les risques créés par toute activité criminelle, et ne doit pas se limiter exclusivement aux risques d'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique de la personne.

7. Dans tous les cas où les préalables prévus par l'art. 742.1 sont réunis, le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité de prononcer l'emprisonnement avec sursis en se demandant si pareille sanction est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. Cette conclusion découle du message clair que le législateur a lancé au tribunaux, savoir qu'il faut réduire le recours à l'incarcération comme sanction.

8. L'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur et dissuasif appréciable. En règle générale, plus l'infraction est grave, plus la durée de l'ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses. Toutefois, il peut survenir des cas où le besoin de dénonciation ou de dissuasion est si pressant que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant ou pour décourager des comportements analogues dans le futur.

9. L'emprisonnement avec sursis est généralement plus propice que l'incarcération à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale des délinquants, de réparation par ceux-ci des torts causés aux victimes et à la collectivité et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

10. Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération. Lorsque des objectifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait permettre la réalisation d'objectifs correctifs. Cependant, selon la nature des conditions imposées dans l'ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est

circumstances of both the offender and the community in which the conditional sentence is to be served.

11. A conditional sentence may be imposed even where there are aggravating circumstances, although the need for denunciation and deterrence will increase in these circumstances.

12. No party is under a burden of proof to establish that a conditional sentence is either appropriate or inappropriate in the circumstances. The judge should consider all relevant evidence, no matter by whom it is adduced. However, it would be in the offender's best interests to establish elements militating in favour of a conditional sentence.

13. Sentencing judges have a wide discretion in the choice of the appropriate sentence. They are entitled to considerable deference from appellate courts. As explained in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 90: "Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit".

#### VII. Application to the Case at Hand

In the case at hand, Keyser J. considered that a term of imprisonment of 18 months was appropriate and declined to permit the respondent to serve his term in the community. She found that, while the respondent would not endanger the safety of the community by serving a conditional sentence, such a sentence would not be in conformity with the objectives of s. 718. In her view, even if incarceration was not necessary to deter the respondent from similar future conduct or necessary for his rehabilitation, incarceration was necessary to denounce the conduct of the respondent and to deter others from engaging in similar conduct.

possible que l'emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d'importance.

11. Le sursis à l'emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes, quoique la présence de telles circonstances augmente le besoin de dénonciation et de dissuasion.

12. Aucune partie n'a la charge d'établir si l'emprisonnement avec sursis est une sanction appropriée ou non dans les circonstances. Le juge doit prendre en considération tous les éléments de preuve pertinents, peu importe qui les a produits. Toutefois, il est dans l'intérêt du délinquant de faire la preuve des éléments militant en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement.

13. Les juges disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir la peine appropriée. Les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de ce choix. Comme il a été expliqué dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 90: «Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée».

#### VII. Application au présent cas

En l'espèce, Madame le juge Keyser a estimé qu'un emprisonnement de 18 mois était une peine appropriée et elle a refusé de permettre à l'intimé de purger sa peine au sein de la collectivité. Elle a jugé que le fait que l'intimé purge sa peine d'emprisonnement avec sursis au sein de la collectivité ne mettrait pas en danger la sécurité de celle-ci, mais qu'une telle sanction ne serait pas conforme aux objectifs visés à l'art. 718. À son avis, même si l'incarcération n'était pas indispensable pour dissuader l'intimé de récidiver ou pour favoriser sa réinsertion sociale, elle était toutefois nécessaire pour dénoncer le comportement de l'intimé et pour dissuader d'autres personnes de se comporter pareillement.

129 While Keyser J. seems to have proceeded according to a rigid two-step process, in deviation from the approach I have set out, I am not convinced that an 18-month sentence of incarceration was demonstrably unfit for these offences and this offender. I point out that the offences here were very serious, and that they had resulted in a death and in severe bodily harm. Moreover, dangerous driving and impaired driving may be offences for which harsh sentences plausibly provide general deterrence. These crimes are often committed by otherwise law-abiding persons, with good employment records and families. Arguably, such persons are the ones most likely to be deterred by the threat of severe penalties: see *R. v. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145 (Ont. C.A.), at p. 150; *R. v. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344 (Ont. C.A.), at paras. 18-24; *R. v. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541 (C.A.), at pp. 542-43.

130 I hasten to add that these comments should not be taken as a directive that conditional sentences can never be imposed for offences such as dangerous driving or impaired driving. In fact, were I a trial judge, I might have found that a conditional sentence would have been appropriate in this case. The respondent is still very young, he had no prior record and no convictions since the accident, he seems completely rehabilitated, he wants to go back to school, he has already suffered a lot by causing the death of a friend and was himself in a coma for some time. To make sure that the objectives of denunciation and general deterrence would have been sufficiently addressed, I might have imposed conditions such as house arrest and a community service order requiring the offender to speak to designated groups about the consequences of dangerous driving, as was the case in *Parker*, *supra*, at p. 239, and *R. v. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472 (Ont. C.A.).

Quoique, en l'occurrence, le juge Keyser semble avoir suivi une démarche rigide en deux étapes distinctes contrairement à l'approche que j'ai exposée, je ne suis pas convaincu qu'une peine de 18 mois d'emprisonnement était manifestement inappropriée pour les infractions en cause et le délinquant concerné. Je souligne que ces infractions étaient très graves et qu'elles ont causé un décès et des lésions corporelles graves. De plus, il est possible que la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies soient des infractions à l'égard desquelles il est plus plausible que l'infliction de peines sévères ait un effet dissuasif général. Souvent, ces crimes sont commis par des citoyens qui respectent par ailleurs la loi, qui sont de bons travailleurs et qui ont un conjoint et des enfants. Il est possible de supposer qu'il s'agit là des personnes les plus susceptibles d'être dissuadées par la menace de peines sévères: *R. c. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145 (C.A. Ont.), à la p. 150; *R. c. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344 (C.A. Ont.), aux par. 18 à 24; *R. c. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541 (C.A.), aux pp. 542 et 543.

Je m'empresse toutefois d'ajouter qu'il ne faut pas voir dans ces observations une directive indiquant que l'emprisonnement avec sursis ne peut jamais être prononcé à l'égard d'infractions comme la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies. En fait, si j'avais présidé ce procès, j'aurais peut-être jugé qu'il s'agissait de la peine appropriée en l'espèce. L'intimé est encore très jeune, il n'avait pas d'antécédents judiciaires et n'a fait l'objet d'aucune déclaration de culpabilité depuis l'accident, il semble avoir réussi sa réinsertion sociale, il veut reprendre ses études, il a beaucoup souffert d'avoir causé la mort d'un ami et il a lui-même été dans le coma pendant quelque temps. Pour répondre adéquatement aux objectifs de dénonciation et de dissuasion générale, j'aurais peut-être imposé des conditions telles que la détention à domicile et rendu une ordonnance de service communautaire intimant au délinquant de parler devant des groupes désignés des conséquences de la conduite dangereuse, comme l'a fait le tribunal dans les affaires *Parker*, précité, à la p. 239, et *R. c. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472 (C.A. Ont.).

However, trial judges are closer to their community and know better what would be acceptable to their community. Absent evidence that the sentence imposed by the trial judge was demonstrably unfit, the Court of Appeal should not have interfered to substitute its own opinion for that of the sentencing judge. The trial judge did not commit a reversible error in principle and she appropriately considered all the relevant factors. Although the Court of Appeal's decision is entitled to some deference (see the companion appeal *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, at paras. 20-21), in my opinion it erred in holding that the sentencing judge had given undue weight to the objective of denunciation. I see no ground for the Court of Appeal's intervention.

#### VIII. Disposition

I would allow the appeal. Accordingly, the 18-month sentence of incarceration imposed by the trial judge should be restored. However, given that the respondent has already served the conditional sentence imposed by the Court of Appeal in its entirety, and that the Crown stated in oral argument that it was not seeking any further punishment, I would stay the service of the sentence of incarceration.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Manitoba Justice, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

Toutefois, les juges qui président les procès vivent plus près de leur collectivité et savent davantage ce qui y serait acceptable. En l'absence de preuve que la peine infligée par le juge du procès était manifestement inappropriée, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir et substituer sa propre opinion à celle du juge qui a prononcé la peine. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe justifiant l'infirmité de sa décision et a tenu compte de tous les facteurs pertinents. Bien qu'il faille démontrer une certaine retenue à l'endroit de la décision de la Cour d'appel (voir *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, aux par. 20 et 21), je suis d'avis que celle-ci a commis une erreur en statuant que le juge du procès avait accordé trop de poids à l'objectif de dénonciation. Je ne vois aucune raison justifiant l'intervention de la Cour d'appel.

#### VIII. Le dispositif

J'accueillerais le pourvoi. En conséquence, la peine de 18 mois d'incarcération infligée par le juge du procès devrait être rétablie. Toutefois, étant donné que l'intimé a déjà purgé entièrement la peine d'emprisonnement avec sursis infligée par la Cour d'appel et que le ministère public a concédé au cours des plaidoiries qu'il ne sollicitait pas de sanction additionnelle, je surseoirais à l'exécution de la peine d'incarcération.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Justice Manitoba, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé: Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*