

**In re Frank David Ellis**

Trial Division, Collier J.—Ottawa, October 12 and 13, 1972.

*Imprisonment—Penitentiaries—Sentence of two years less one day definite plus six months indeterminate—Subsequent sentence of two years—Whether indeterminate term to be included in calculating release date—Criminal Code, s. 659(6).*

In April 1971 *E* was sentenced to two years less one day definite and six months indeterminate on several charges, to be served concurrently. On June 18, 1971, he was sentenced for another offence to two years in a penitentiary to be served concurrently with the previous imprisonment imposed.

*Held*, since *E* was not imprisoned in the penitentiary by reason of the earlier sentence, section 659(6) of the *Criminal Code* did not apply to require that the indeterminate portion of the earlier sentence should be deemed not to be imposed; and accordingly the indeterminate sentence must be included in calculating his release date.

*Re Weston* [1972] 1 O.R. 342; *Sedore v. Com'r of Penitentiaries* [1972] F.C. 898, followed.

APPLICATION for declaratory relief.

*A. C. Pennington* for Penitentiary Service.

*K. Cartwright* for Frank David Ellis.

COLLIER J.—This proceeding was commenced by motion requesting a writ of *mandamus* issue to the records department of the Canadian Penitentiary Service at Collin's Bay Penitentiary requiring the amendment of the records in respect to the release date from that penitentiary of the applicant, Frank David Ellis. In order to avoid technicalities, and to ensure the matter would be decided on the merits, the Crown consented to an amendment of the motion substituting the Commissioner of Penitentiaries in place of the Penitentiary Service as respondent to the motion, and treating the application for *mandamus* as an application for the grant of "declaratory relief" as those words are used in section 18 of the *Federal Court Act*.

On April 13, 1971, the applicant was sentenced in respect to several charges to two years less a day definite plus six months indeterminate on each charge, the sentences to be concurrent. As a result of this, I understand the applicant was then imprisoned in an Ontario

**In re Frank David Ellis**

Division de première instance, le juge Collier—Ottawa, les 12 et 13 octobre 1972.

*Emprisonnement—Pénitenciers—Sentence de deux ans moins un jour déterminée plus une de six mois indéterminée—Nouvelle sentence de deux ans—Faut-il tenir compte de la sentence indéterminée dans l'établissement de la date d'élargissement—Code criminel, art. 659(6).*

En avril 1971, *E* a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour déterminée et à une peine de six mois indéterminée sous divers chefs d'accusation, les deux peines à purger concurremment. Le 18 juin 1971, il a été condamné sous un autre chef à purger une nouvelle peine de deux ans dans un pénitencier, concurremment à la peine qu'il purgeait déjà.

*Arrêt*: vu que *E* n'était pas emprisonné au pénitencier par suite de la sentence antérieure, l'article 659(6) du *Code criminel* n'exige pas que la partie indéterminée de la sentence antérieure soit réputée ne pas avoir été imposée; par conséquent, la date à laquelle le requérant sera élargi doit être fixée compte tenu de la peine indéterminée.

Arrêts suivis: *Re Weston* [1972] 1 O.R. 342; *Sedore c. Le Commissaire des pénitenciers* [1972] C.F. 898.

REQUÊTE pour jugement déclaratoire.

*A. C. Pennington* pour le Service pénitentiaire.

*K. Cartwright* pour Frank David Ellis.

LE JUGE COLLIER—La présente affaire prend son origine dans le dépôt d'une requête demandant qu'un bref de *mandamus* soit délivré contre le service de gestion des dossiers du Service pénitentiaire canadien, au pénitencier de Collin's Bay, aux fins que la date d'élargissement du requérant de ce pénitencier soit modifiée au dossier. Aux fins d'éviter des procédures inutiles et pour être certaine qu'on jugerait l'affaire au fond, la Couronne a consenti à ce que la requête soit amendée en remplaçant le Service pénitentiaire par le Commissaire des pénitenciers comme intimé à la présente requête, et en considérant la requête en *mandamus* comme une demande visant à obtenir un «jugement déclaratoire» aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le 13 avril 1971, le requérant a été condamné, sous plusieurs chefs d'accusation, à des peines d'emprisonnement concurrentes de deux ans moins un jour, déterminées, et de six mois, indéterminées, pour chacun des chefs. On me dit que le requérant, par suite de ces condamna-

provincial institution rather than a penitentiary. On June 18, 1971, in respect to some other conviction, he was sentenced to two years in a penitentiary, that sentence to be concurrent with the one he was presently serving. The applicant was then sent from the institution he was in to the penitentiary where he presently is, pursuant to section 659(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

The applicant contends that in calculating his release date, the 6 months indeterminate portion of the sentence imposed on April 13, 1971, must be deleted and relies particularly on section 659(6) of the *Code*. The Penitentiary Service takes the opposite view. I set out the whole of section 659.

**659.** (1) Except where otherwise provided, a person who is sentenced to imprisonment for

- (a) life,
- (b) a term of two years or more, or
- (c) two or more terms of less than two years each that are to be served one after the other and that, in the aggregate, amount to two years or more,

shall be sentenced to imprisonment in a penitentiary.

(2) Where a person who is sentenced to imprisonment in a penitentiary is, before the expiration of that sentence, sentenced to imprisonment for a term of less than two years, he shall be sentenced to serve that term in a penitentiary, but if the previous sentence of imprisonment in a penitentiary is set aside, he shall serve that term in accordance with subsection (3).

(3) A person who is sentenced to imprisonment and who is not required to be sentenced as provided in subsection (1) or (2) shall, unless a special prison is prescribed by law, be sentenced to imprisonment in a prison or other place of confinement within the province in which he is convicted, other than a penitentiary, in which the sentence of imprisonment may be lawfully executed.

(4) Where a person is sentenced to imprisonment in a penitentiary while he is lawfully imprisoned in a place other than a penitentiary he shall, except where otherwise provided, be sent immediately to the penitentiary and shall serve in the penitentiary the unexpired portion of the term of imprisonment that he was serving when he was sentenced to the penitentiary as well as the term of imprisonment for which he was sentenced to the penitentiary.

(5) Where, at any time, a person who is imprisoned in a prison or place of confinement other than a penitentiary is subject to two or more terms of imprisonment, each of which is for less than two years, that are to be served one after the other, and the aggregate of the unexpired portions

tions, a été incarcéré dans une prison provinciale ontarienne plutôt que dans un pénitencier. Le 18 juin 1971, le requérant a été condamné sous un autre chef d'accusation à purger une peine de deux ans dans un pénitencier, concurrentement avec la peine qu'il purgeait déjà. Le requérant a donc été transféré de la prison où il était au pénitencier où il est actuellement, conformément à l'article 659(4) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34.

Le requérant prétend que, dans la détermination de la date de son élargissement, il ne faut pas tenir compte de la sentence de 6 mois, indéterminée, à laquelle il a été condamné le 13 avril 1971. Il fonde principalement cette prétention sur l'article 659(6) du *Code*. Le Service pénitentiaire est d'avis contraire. Voici le texte intégral de l'article 659.

**659.** (1) Sauf lorsqu'il y est autrement pourvu, une personne qui est condamnée à l'emprisonnement

- a) à perpétuité,
- b) pour une durée de deux ans ou plus, ou
- c) pour deux périodes ou plus de moins de deux ans chacune, à purger l'une après l'autre et dont la durée totale est de deux ans ou plus,

doit être condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier.

(2) Lorsqu'une personne condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier est, avant l'expiration de cette sentence, condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, elle doit être condamnée à purger cette dernière sentence dans un pénitencier, mais si la sentence antérieure d'emprisonnement dans un pénitencier est annulée elle doit purger l'autre conformément au paragraphe (3).

(3) Lorsqu'une personne est condamnée à l'emprisonnement et qu'il n'est pas requis de la condamner comme le prévoit le paragraphe (1) ou (2), elle doit, à moins que la loi ne prescrive une prison spéciale, être condamnée à l'emprisonnement dans une prison ou autre lieu de détention de la province où elle est déclarée coupable, autre qu'un pénitencier, où la sentence d'emprisonnement peut être légalement exécutée.

(4) Lorsqu'une personne est condamnée à l'emprisonnement dans un pénitencier pendant qu'elle est légalement emprisonnée dans un autre endroit qu'un pénitencier, elle doit, sauf lorsqu'il y est autrement pourvu, être envoyée immédiatement au pénitencier et y purger la partie inéxpirée de la période d'emprisonnement qu'elle purgeait lorsqu'elle a été condamnée au pénitencier, ainsi que la période d'emprisonnement pour laquelle elle a été condamnée au pénitencier.

(5) Lorsque, à un moment quelconque, une personne qui est emprisonnée dans une prison ou un lieu de détention autre qu'un pénitencier est condamnée à purger, l'une après l'autre, deux ou plusieurs périodes d'emprisonnement, chacune de moins de deux ans, et que l'ensemble des parties

of those terms at that time amounts to two years or more, he shall be transferred to a penitentiary to serve those terms; but if any one or more of such terms is set aside and the unexpired portions of the remaining term or terms on the day on which he was transferred under this section amounted to less than two years, he shall serve that term or terms in accordance with subsection (3).

(6) For the purposes of this section, where a person is sentenced to imprisonment for a definite term and an indeterminate period thereafter, such sentence shall be deemed to be for a term of less than two years and only the definite term thereof shall be taken into account in determining whether he is required to be sentenced to imprisonment in a penitentiary or to be transferred to a penitentiary under subsection (5); and where any such person is so sentenced or transferred, the indeterminate portion of his sentence shall, for all purposes, be deemed not to have been imposed.

(7) . . .

Miss Cartwright for the applicant submits: (1) As the *Code* is a penal statute it must be strictly construed, and nowhere is there any authority in it to convert indeterminate sentences into determinate sentences as the Penitentiary Service is allegedly doing in this case. (2) When section 659 is read as a whole, and when one looks at the concluding words of subsection (6) (“... and where any such person is so sentenced or transferred, the indeterminate portion of his sentence shall, for all purposes, be deemed not to have been imposed”), it follows that when a person ends up serving a sentence in a penitentiary, the indeterminate portions of a sentence are disregarded.

I think the two submissions are really one. If on the true construction of the section, the 6 months indeterminate sentence is not caught by the concluding words of subsection (6), then the Penitentiary Service is not converting something indeterminate into something fixed. It is merely establishing the applicant's date of release on the assumption he will in fact serve the 6 months additional period. The applicant may be granted parole for some part of that period.

In my view, the second submission put forward has been ruled against in two earlier cases: *Re Weston* [1972] 1 O.R. 342, Wilson J. of the Ontario High Court and *Sedore v. Commissioner of Penitentiaries* [1972] F.C. 898,

non expirées de ces périodes à ce moment est de deux ans ou plus, elle doit être transférée dans un pénitencier pour purger ces périodes; mais si l'une ou plusieurs de ces périodes sont annulées et si l'ensemble des parties non expirées de la ou des périodes qui restaient le jour où la personne a été transférée en vertu du présent article était de moins de deux ans, elle doit purger cette période ou ces périodes en conformité du paragraphe (3).

(6) Aux fins du présent article, lorsqu'une personne est condamnée à l'emprisonnement pour une période déterminée suivie d'une période indéterminée, une telle sentence est censée être pour une période de moins de deux ans et seule la période déterminée de cette sentence doit être prise en compte pour déterminer s'il est requis de condamner la personne à être emprisonnée dans un pénitencier ou à être transférée dans un pénitencier en vertu du paragraphe (5); et lorsqu'une telle personne est ainsi condamnée ou transférée, la partie indéterminée de sa sentence est, à toutes fins, censée ne pas avoir été imposée.

(7) . . .

Au nom du requérant, mademoiselle Cartwright allègue ce qui suit: (1) Le *Code* est une loi pénale et, par suite, il doit être interprété restrictivement. Rien dans le *Code* ne permet de transformer une sentence indéterminée en sentence déterminée, ce qu'elle allègue que le Service pénitentiaire a fait dans la présente affaire. (2) Il se dégage de l'article 659, considéré dans son ensemble, et de la dernière partie du paragraphe (6) dudit article («... et lorsqu'une telle personne est ainsi condamnée ou transférée, la partie indéterminée de sa sentence est, à toutes fins, censée ne pas avoir été imposée») que, lorsqu'une personne est envoyée au pénitencier, la partie indéterminée de sa sentence est supprimée.

Je crois que ces deux prétentions constituent un seul et même argument. Si une interprétation correcte de cet article démontre que la partie indéterminée de la sentence de 6 mois n'est pas visée par la dernière partie du paragraphe (6), le Service pénitentiaire ne transforme pas une sentence indéterminée en une sentence déterminée. Il fixe simplement la date d'élargissement en prenant pour acquis que le requérant purgera, en fait, les 6 mois additionnels. Il est possible que le requérant obtienne une libération conditionnelle portant sur une partie de cette période.

A mon avis, la seconde prétention a été rejetée dans deux affaires récentes: *Re Weston* [1972] 1 O.R. 342, le juge Wilson de la Haute Cour de l'Ontario, et *Sedore c. Le Commissaire des pénitenciers* [1972] C.F. 898, le juge Kerr. Il

Kerr J. It is true I am technically not bound by these decisions, but I would not depart from them unless I were convinced the interpretation given in those cases to section 659(6) was wrong, or the cases were distinguishable on their facts. I have considered the two judgments referred to. I do not think their facts make them distinguishable. I agree with their interpretation of the subsection in question. In both cases the applicants were prisoners who had initially received sentences of less than two years definite, with indeterminate sentences added. In the *Weston* case the applicant was a short time thereafter sentenced to two years for escaping custody, and was then transferred to a penitentiary because of that sentence. In the *Sedore* case, the applicant likewise was sentenced for escaping custody, but the sentence was for nine months consecutive at a penitentiary. I think the fact that the sentences in those two cases which resulted in the applicants being incarcerated in a penitentiary were punishment for escaping custody, is not material. The important aspect is that both applicants were "sentenced to imprisonment in a penitentiary".

That is what occurred here. The applicant, in June 1971, was by virtue of section 659(1) sentenced to imprisonment in a penitentiary, even though the sentence was concurrent to the previous sentence. That previous sentence of April 13, 1971, was not one of imprisonment in a penitentiary; the applicant did not get there by reason of it. If he had reached the penitentiary by reason of the April sentence, that is, he was a "person . . . so sentenced . . .", the indeterminate portion of that sentence would be deemed not to have been imposed.

The question of a transfer under subsection (5) does not arise in this case.

In my opinion the intent of subsection (6) is this. Where the courts have imposed sentences

est exact qu'en droit strict, je ne suis pas lié par ces décisions. Toutefois, je ne refuserais pas de les appliquer à moins d'être convaincu qu'on y a mal interprété les dispositions de l'article 659(6) ou que leurs faits sont différents de ceux de la présente affaire. J'ai étudié les deux décisions précitées et je crois que les faits en cause sont identiques à ceux de la présente affaire; je souscris donc à l'interprétation qu'on y trouve du paragraphe en question. Dans les deux cas, les requérants sont des détenus qui avaient d'abord été condamnés à des sentences déterminées inférieures à deux ans, et à une sentence indéterminée additionnelle. Dans l'affaire *Weston*, le requérant a été condamné à deux années d'emprisonnement peu de temps après la première condamnation, pour avoir tenté d'échapper à une garde légale. Il a été transféré au pénitencier par suite de cette condamnation. Dans l'affaire *Sedore*, le requérant a également été condamné pour avoir tenté d'échapper à une garde légale, mais il a été condamné à purger une peine consécutive de neuf mois dans un pénitencier. Il est sans importance que, dans ces deux affaires, les peines que les requérants ont été condamnés à purger dans un pénitencier aient été des sanctions infligées parce qu'ils avaient tenté d'échapper à une garde légale. Ce qui importe, c'est que les deux requérants ont été «condamnés à être emprisonnés dans un pénitencier».

C'est ce qui s'est produit dans la présente affaire. Au mois de juin 1971, le requérant a été condamné à purger une peine d'emprisonnement dans un pénitencier aux termes de l'article 659(1), même si cette peine était concurrente à celle qu'il purgeait déjà. Cette sentence qu'il purgeait alors, soit celle du 13 avril 1971, ne devait pas l'être dans un pénitencier et le requérant n'a pas été envoyé au pénitencier par suite de cette première condamnation. S'il avait été envoyé au pénitencier par suite de sa condamnation du mois d'avril, il aurait été une personne «ainsi condamnée» et la partie indéterminée de sa sentence aurait été censée ne pas avoir été imposée.

La question du transfert aux termes du paragraphe (5) ne se pose pas en l'espèce.

A mon avis, l'intention du législateur au paragraphe (6) est la suivante: lorsque les tribunaux

which do not result in a person being "sentenced to imprisonment in a penitentiary" but in some way a person serves a sentence in a penitentiary, then any indeterminate sentences earlier imposed are deemed not to be imposed.

As I have said that is not the situation here. The applicant's release date ought to be calculated by including the six months indeterminate period. While it is unclear from the relevant statutes as to which of the Ontario Parole Board or the National Parole Board has jurisdiction in respect to parole in the applicant's case, I am told that as a matter of practice the National Board handles cases of this kind.

The motion is dismissed, without costs.

condamnent une personne à purger des peines et qu'il ne résulte pas de cette décision que la personne est «condamnée... à être emprisonnée dans un pénitencier» mais que, pour d'autres raisons, elle purge une peine dans un pénitencier, dans ce cas toute condamnation antérieure à une peine indéterminée est réputée ne pas avoir été imposée.

Comme je l'ai déjà indiqué, ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce. La date à laquelle le requérant sera élargi doit être fixée en tenant compte de la peine indéterminée de six mois. Bien qu'aux termes de la loi, il ne soit pas clair qui, de la Commission des libérations conditionnelles de l'Ontario ou de la Commission nationale des libérations conditionnelles, détient les pouvoirs relatifs à la libération conditionnelle du requérant, on m'a fait savoir que la Commission nationale des libérations conditionnelles se charge habituellement des cas de ce genre.

La requête est rejetée, sans dépens.