

A-471-81

A-471-81

Valentine Nicholas Leschenko (*Appellant*)

v.

Attorney General of Canada, Solicitor General of Canada, and Commissioner of Penitentiaries (*Respondents*)Court of Appeal, Pratte, Ryan JJ. and Kerr D.J.—
Ottawa, September 14 and 23, 1982.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Penitentiaries — Appeal from decision of Trial Division dismissing application for declaration that appellant entitled to credit against Canadian sentence for time served in United States as result of offences committed in that Country following escape from custody in Canada — Appellant argues combined effect of s. 137(1) of Criminal Code, as it was in 1975, ss. 4 and 11 of Transfer of Offenders Act and s. 14 of Parole Act is that time spent in United States prison must be considered as time during which he was serving sentences pronounced against him in Canada — Cross-appeal from decision granting declaration that appellant's sentence be computed according to s. 137(1) of Criminal Code, as it was in 1975 — Respondents contending s. 22(4) of Penitentiary Act properly applied by officials in computing sentence following conviction for attempted escape — Appeal dismissed — Cross-appeal allowed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 137(1) as am. by S.C. 1972, c. 13, s. 9 — Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 14 as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 31, s. 1; 1977-78, c. 22, s. 19 — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 22(4) — Transfer of Offenders Act, S.C. 1977-78, c. 9, ss. 4, 11.

The appellant, who had twenty years left to serve on a prison term to which he had been sentenced in Canada, escaped from a Canadian penitentiary in December 1975. He was at large until February 1976 when he was, after having been apprehended in the United States, tried, convicted and sentenced to a term of fifteen years in prison for offences committed in that Country. After having been incarcerated for three years in the United States, the appellant was transferred to Canada, under the *Transfer of Offenders Act*, to serve the balance of his term. On his return, Canadian authorities determined that the appellant had yet to serve both the unserved portion of his Canadian sentence, as of the time of his escape, and the unserved portion of his United States sentence, concurrently. No credit was given against his Canadian sentence for the three years spent in custody in the United States. The appellant contended that, taken together, subsection 137(1) of the *Criminal Code*, as it was in 1975, sections 4 and 11 of the *Transfer of Offenders Act* and section 14 of the *Parole Act* provided statutory authority for considering the period in custody in the United States as time during which he was serving his Canadian sentence. Subsection 137(1) of the *Code* provided that a person who escaped custody would, after undergoing the punishment to which he was sentenced for that escape, serve

Valentine Nicholas Leschenko (*appellant*)

c.

Procureur général du Canada, Solliciteur général du Canada et Commissaire des pénitenciers (*intimés*)Cour d'appel, juges Pratte et Ryan, juge suppléant
b Kerr—Ottawa, 14 et 23 septembre 1982.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Pénitenciers — Appel du rejet en Division de première instance d'une demande de jugement déclaratoire portant que l'appellant bénéficie à l'égard de sa peine canadienne du temps de peine purgé aux États-Unis pour des infractions commises dans ce pays après son évasion au Canada — Selon l'appellant, l'effet combiné de l'art. 137(1) du Code criminel, en vigueur en 1975, des art. 4 et 11 de la Loi sur le transfèrement des délinquants et de l'art. 14 de la Loi sur la libération conditionnelle de détenus est que le temps d'incarcération aux États-Unis doit être considéré comme du temps de peine purgé pour les condamnations prononcées contre lui au Canada — Appel incident du jugement déclaratoire portant que la peine de l'appellant doit être calculée conformément à l'art. 137(1) du Code criminel en vigueur en 1975 — Selon les intimés, les fonctionnaires étaient fondés à appliquer l'art. 22(4) de la Loi sur les pénitenciers au calcul de la peine découlant d'une condamnation pour tentative d'évasion — Appel rejeté — Appel incident accueilli — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 137(1) mod. par S.C. 1972, chap. 13, art. 9 — Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 14 mod. par S.R.C. 1970 (1^{re} Supp.), chap. 31, art. 1; 1977-78, chap. 22, art. 19 — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 22(4) — Loi sur le transfèrement des délinquants, S.C. 1977-78, chap. 9, art. 4, 11.

L'appellant, qui devait encore purger vingt ans d'une peine privative de liberté à laquelle il avait été condamné au Canada, s'est évadé d'un pénitencier canadien en décembre 1975. Il demeura en liberté jusqu'en février 1976, date à laquelle, après son arrestation aux États-Unis, il fut jugé, puis reconnu coupable et condamné à quinze ans de prison pour des crimes commis dans ce pays. Après trois ans d'incarcération aux États-Unis, il fut ramené au Canada conformément à la *Loi sur le transfèrement des délinquants* afin d'y purger le reliquat de sa peine. À son retour, les autorités canadiennes estimèrent qu'il lui restait à purger la partie non purgée de sa condamnation canadienne au moment de son évasion et la partie non purgée de sa condamnation américaine, concurrentement. Elles refusèrent de porter à son actif les trois ans d'incarcération aux États-Unis. L'appellant soutient que le jeu combiné du paragraphe 137(1) du *Code criminel* en vigueur en 1975, des articles 4 et 11 de la *Loi sur le transfèrement des délinquants* et de l'article 14 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* constitue une autorisation légale de considérer le temps d'incarcération aux États-Unis comme une période pendant laquelle il purgeait la condamnation imposée au Canada. Le paragraphe 137(1) du *Code* portait qu'une personne qui s'évade doit, après avoir subi toute peine à laquelle elle est condamnée pour cette évasion,

the portion of the term of imprisonment that was unserved at the time of his escape, including statutory remission but excluding earned remission, less any time spent in custody from the time of his apprehension after the escape to the date on which he was sentenced for that escape. Section 4 of the *Transfer of Offenders Act* provides that where a Canadian offender who has been convicted and sentenced by a court of a foreign state, is transferred to Canada, that conviction and sentence are deemed to have been imposed by a Canadian court. Section 11 of the Act provides that a Canadian offender who is transferred to Canada shall be credited with the time already served in the foreign state in respect of that conviction. Subsection 14(1) of the *Parole Act* provides that where a person is sentenced to two or more terms of imprisonment or, while in confinement, is sentenced to an additional term, these constitute one sentence which commences on the earliest day on which any of the sentences begins and ends on the date that the last sentence expires.

Held, the appeal should be dismissed. At common law the time during which a prisoner is unlawfully at large, which includes any time he spends in custody in a foreign prison for crimes committed in that country, does not count as part of his term of imprisonment. Further, there is no statutory provision directing that time spent by the appellant in a United States prison must be considered as time during which he was serving sentences pronounced against him in Canada. Subsection 137(1) of the *Criminal Code*, as it then was, applied only to persons who had been convicted and sentenced for having escaped while undergoing imprisonment; not to persons, such as the appellant, who had not been so convicted and sentenced. Further, that subsection did not permit that the accused receive credit against his Canadian sentence for time spent in custody in the United States. The Trial Division was correct in finding that the words "in custody" in that subsection referred to custody in a Canadian penal institution. With respect to sections 4 and 11 of the *Transfer of Offenders Act*, the purpose of these sections is to determine the time that a Canadian offender, who is transferred to Canada, must spend in confinement in Canada as a result of his sentencing by a foreign court. These sections do not apply to the computation of sentences previously imposed by a Canadian court. Finally, following the judgment of the Ontario Court of Appeal in *The Queen v. Dozois*, the argument that because under section 14 of the *Parole Act* all sentences imposed on the appellant are merged into one—the time spent in confinement under one sentence must be considered as having been served against all other sentences, is rejected.

Cross-appeal:

In August 1974, the appellant was convicted of attempted escape under paragraph 421(b) of the *Criminal Code*, and sentenced to six months imprisonment. Following this, officials computed the full term of his sentence by applying the provisions of subsection 137(1) of the *Criminal Code* as if the appellant had been sentenced for the offence of "escape" rather than that of "attempted escape". When the appellant was transferred from the United States to Canada, the officials determined that an error had been made in applying subsection 137(1) of the *Code* rather than subsection 22(4) of

purger la partie de la peine d'emprisonnement, incluant toute réduction légale de peine et excluant toute réduction méritée, qu'il lui restait à purger au moment de son évasion, moins toute période passée sous garde entre le jour où elle a été reprise après son évasion et le jour où elle a été condamnée pour cette évasion. L'article 4 de la *Loi sur le transfèrement des délinquants* porte que, lorsqu'un délinquant canadien est transféré au Canada, sa déclaration de culpabilité et sa sentence par un tribunal de l'État étranger d'où il est transféré sont présumées être celles qu'un tribunal canadien compétent lui aurait imposées. L'article 11 de la *Loi* porte qu'un délinquant canadien transféré au Canada voit porter à son actif le temps d'incarcération à l'étranger au sujet de cette condamnation. Le paragraphe 14(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* porte que, lorsqu'un individu est condamné à deux périodes d'emprisonnement ou plus ou lorsqu'il est condamné à une période supplémentaire alors qu'il est en détention, celles-ci sont censées constituer une seule sentence consistant en une période d'emprisonnement commençant le jour où la première de ces sentences d'emprisonnement commence et se terminant à l'expiration de celle qui se termine la dernière.

Arrêt: l'appel est rejeté. En *common law*, le temps pendant lequel un prisonnier est en fuite, même s'il est alors incarcéré à l'étranger pour des crimes commis à l'étranger, n'est pas inclus dans son temps de peine. De plus, aucune disposition légale ne dit que le temps d'incarcération de l'appelant dans une prison américaine doit être considéré comme du temps de peine relatif aux condamnations prononcées contre lui au Canada. Le paragraphe 137(1) du *Code criminel* en vigueur à l'époque ne s'appliquait qu'aux délinquants reconnus coupables et condamnés pour évasion, non à ceux qui, comme l'appelant, se sont évadés mais n'ont pas été condamnés pour cette évasion. De plus, ce paragraphe n'autorise pas de compter dans la peine purgée au titre des condamnations canadiennes le temps d'incarcération aux États-Unis. C'est à bon droit que la Division de première instance a jugé que les termes «sous garde» dans ce paragraphe ne s'appliquent qu'à une incarcération dans un établissement pénitentiaire canadien. Quant aux articles 4 et 11 de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, l'objet de ces articles est de déterminer la durée du temps d'incarcération que devra purger au Canada le délinquant canadien transféré par suite de la condamnation étrangère. Ces dispositions ne concernent pas le calcul de condamnations antérieures prononcées par les juridictions canadiennes. Enfin, en conformité de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *The Queen v. Dozois*, l'argument que, selon l'article 14 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, toutes les peines auxquelles un appelant a été condamné sont fusionnées en une seule et que, par conséquent, le temps d'incarcération applicable à l'une doit être considéré comme applicable aux autres, est rejeté.

Sur l'appel incident:

En août 1974, l'appelant a été reconnu coupable de tentative d'évasion aux termes de l'alinéa 421(b) du *Code criminel* et condamné à une peine privative de liberté de six mois. Les fonctionnaires ont alors calculé la durée totale de sa peine en appliquant le paragraphe 137(1) du *Code criminel* comme si l'appelant avait été condamné pour «évasion» plutôt que pour «tentative d'évasion». Lors du transfèrement de l'appelant des États-Unis au Canada, les mêmes fonctionnaires ont constaté leur erreur, c'est-à-dire l'application du paragraphe 137(1) du *Code criminel* au lieu du paragraphe 22(4) de la *Loi sur les*

the *Penitentiary Act*, in computing his sentence. Subsection 22(4) provides that an inmate convicted of attempt to escape immediately forfeits three-quarters of the statutory remission standing to his credit at the time the offence was committed. Based on this, the officials recalculated the appellant's sentence with the result that the duration of the term was increased. The appellant was granted a declaration by the Trial Division that subsection 137(1) of the *Code* applied to the sentence for attempted escape and that he was, therefore, entitled to have the sentence he was serving recomputed accordingly.

Held, the cross-appeal should be allowed. While subsection 137(1) of the *Criminal Code* impliedly repealed subsection 22(4) of the *Penitentiary Act* in so far as it applied to an inmate convicted of escape, the consequences to a person convicted of a mere attempt to escape continued to be governed by subsection 22(4). Based on this, a direction that subsection 137(1) be applied to the computation of a sentence for attempted escape would have been without legal authority. The record does not, however, show that such a direction was given in this case. Even if the Court had referred to subsection 137(1) in the same terms as they appeared in the warrant of committal, that reference would not be interpreted as a direction that the section be applied to the computation of the sentence but merely as an erroneous reference to the section of the *Code* pursuant to which the sentence was imposed. The appellant is not entitled to have his sentence for attempted escape computed as if subsection 137(1) of the *Code* were applicable to it.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Re MacDonald and Deputy Attorney-General of Canada (1981), 59 C.C.C. (2d) 202 (Ont. C.A.); *The Queen v. Dozois*, (July 22, 1981, Ont. C.A.); *The Queen v. Law*, (November 6, 1981, Ont. C.A.).

COUNSEL:

Ronald R. Price, Q.C. for appellant.
Arnold S. Fradkin for respondents.

SOLICITORS:

Ronald R. Price, Q.C., Kingston, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.: The appellant is an inmate of a Canadian penitentiary who claims that the authorities made two different mistakes in computing the duration of his imprisonment. He sued in the Trial Division [[1982] 1 F.C. 338] and sought declarations to that effect. He was partly successful: the Court decided that one mistake had

pénitenciers au calcul de sa peine. Le paragraphe 22(4) porte que le détenu déclaré coupable de tentative d'évasion est immédiatement déchu de son droit aux trois quarts de la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit au moment où l'infraction a été commise. S'appuyant sur cela, les fonctionnaires ont refait le calcul de la peine de l'appelant, ce qui a eu pour effet d'allonger la durée de cette peine. L'appelant a obtenu un jugement déclaratoire de la Division de première instance disant que le paragraphe 137(1) du *Code* s'appliquait à la peine pour tentative d'évasion et qu'il était en droit de la faire recalculer en conséquence.

Arrêt: l'appel incident est accueilli. Le paragraphe 137(1) du *Code criminel* a implicitement abrogé le paragraphe 22(4) de la *Loi sur les pénitenciers* dans la mesure où était visé le détenu reconnu coupable d'évasion, mais le cas du détenu condamné pour tentative d'évasion uniquement est toujours régi par le paragraphe 22(4). L'ordre d'appliquer le paragraphe 137(1) au calcul de cette condamnation pour tentative d'évasion serait donc une directive illégale. Toutefois, le dossier n'indique pas qu'une telle directive illégale ait été donnée en l'espèce. Même si la Cour a mentionné le paragraphe 137(1), dans les termes employés dans le mandat de dépôt, cette mention ne saurait être interprétée comme une directive d'appliquer l'article au calcul de la peine; il s'agit simplement d'une mention erronée de l'article du *Code* en vertu duquel la peine a été prononcée. L'appelant n'a pas droit de voir sa peine pour tentative d'évasion calculée comme si le paragraphe 137(1) du *Code* lui était applicable.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Re MacDonald and Deputy Attorney-General of Canada (1981), 59 C.C.C. (2d) 202 (C.A. Ont.); *The Queen v. Dozois*, (22 juillet 1981, C.A. Ont.); *The Queen v. Law*, (6 novembre 1981, C.A. Ont.).

AVOCATS:

Ronald R. Price, c.r., pour l'appelant.
Arnold S. Fradkin pour les intimés.

PROCUREURS:

Ronald R. Price, c.r., Kingston, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE PRATTE: L'appelant est détenu dans un pénitencier canadien; il prétend que les autorités ont commis deux erreurs dans le calcul de son temps de peine. Il a demandé des jugements déclaratoires en première instance [[1982] 1 C.F. 338]. Il a eu gain de cause en partie: la Cour a jugé qu'une erreur avait effectivement été commise et a

been made and pronounced only one of the two declarations sought. The appellant appeals from that judgment which, in his view, should not have denied him part of the relief he was seeking. The respondents cross-appeal from the same judgment and submit that the appellant's action should have been dismissed.

The appeal and the cross-appeal raise two entirely different issues and should, for this reason, be considered separately.

I. The appeal.

The facts relating to the appeal, as they are disclosed in the "Agreed Statement of Facts" filed in the Trial Division, may be summarized as follows:

1. On December 20, 1975, the appellant escaped from a Canadian penitentiary where he was serving a term of imprisonment for crimes committed in Canada. At the time of his escape, he had an unserved balance of imprisonment of approximately 20 years.

2. On February 18, 1976, the appellant was arrested in the United States and taken into custody. On June 11, 1976, he was sentenced by an American court to 15 years of imprisonment for crimes committed in the United States.

3. Subsequent to his conviction and sentence in the United States, the appellant was returned to Canada pursuant to the *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9. He had then spent nearly three years in custody in the United States.

4. Following the appellant's return to penitentiary confinement in Canada, the authorities responsible for the interpretation and computation of sentences determined that the appellant still had to serve concurrently the unserved portion, at the time of his escape, of sentences pronounced against him in Canada (some 20 years) and the unserved portion of his American sentence (some 12 years). They refused to give credit to the appellant against the time remaining to be served on his Canadian sentences for the period of nearly three years that he had spent in custody in the United States.

On the basis of those facts, the appellant sought from the Trial Division a declaration that he "is

rendu l'un des deux jugements déclaratoires demandés. L'appellant forme appel de ce jugement qui, selon lui, ne devrait pas lui refuser une partie de ses conclusions. Les intimés forment appel incident du même jugement et font valoir que l'action de l'appellant aurait dû être rejetée.

L'appel soulève des points tout à fait différents de ceux de l'appel incident, aussi seront-ils examinés séparément.

I. Sur l'appel:

Les faits relatifs à l'appel, qu'énonce [TRADUCTION] l'«Exposé conjoint des faits» produit en première instance, peuvent être résumés comme suit:

1. Le 20 décembre 1975, l'appellant s'est évadé du pénitencier canadien où il purgeait une peine privative de liberté pour des crimes perpétrés au Canada. Au moment de son évasion, il lui restait à purger environ 20 ans.

2. Le 18 février 1976, l'appellant a été arrêté aux États-Unis et gardé à vue. Le 11 juin 1976, une juridiction américaine le condamnait à 15 ans de prison pour des crimes perpétrés aux États-Unis.

3. Postérieurement à sa condamnation aux États-Unis, l'appellant a été ramené au Canada conformément à la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, chap. 9. Il était incarcéré aux États-Unis depuis presque trois ans.

4. L'appellant de retour dans un pénitencier canadien, les autorités responsables de l'interprétation et du calcul de ses condamnations estimèrent qu'il lui restait à purger, concurrentement, la partie non purgée, au moment de son évasion, des condamnations prononcées contre lui au Canada (quelque 20 ans) et la partie non purgée de sa condamnation américaine (quelque 12 ans); elles refusèrent de porter à son actif, et de réduire en conséquence le temps de peine qu'il lui restait à purger relativement à ses condamnations canadiennes, les trois ans d'incarcération aux États-Unis.

S'appuyant sur ces faits, l'appellant concluait en Division de première instance à jugement déclara-

entitled to credit against the time to be served under sentence in Canada for the time spent in custody in the United States, and to have the sentence that he is serving recomputed accordingly". The appeal is directed against that part of the judgment of the Trial Division which refused to pronounce that declaration.

When the appellant was in custody in the United States, he was illegally outside of the Canadian penitentiary where he was to serve the sentences that had been pronounced against him. At common law, the time during which a prisoner is unlawfully at large does not count as part of his term of imprisonment.¹ This is so, in my view, even if part of that time was spent in custody in a foreign state since a Canadian sentence to imprisonment must be served in a Canadian prison. The only question to be resolved on this appeal, therefore, is whether there exists a statutory provision directing that the time spent by the appellant in a U.S. prison be considered as time during which he was serving the sentences pronounced against him in Canada.

Counsel for the appellant submitted that provisions to that effect are found in subsection 137(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as am. by S.C. 1972, c. 13, s. 9, as it read from July 15, 1972, to October 15, 1977, sections 4 and 11 of the *Transfer of Offenders Act* and section 14 of the *Parole Act*.

Subsection 137(1) of the *Criminal Code* read as follows from July 15, 1972, to October 15, 1977:

137. (1) Except where otherwise provided by the *Parole Act*, a person who escapes while undergoing imprisonment shall, after undergoing any punishment to which he is sentenced for that escape, serve the portion of the term of imprisonment that he was serving, including statutory remission but not including earned remission, at the time of his escape that he had not then served minus any time that he spent in custody between the date on which he was apprehended after his escape and the date on which he was sentenced for that escape.

¹ *Re MacDonald and Deputy Attorney-General of Canada* (1981), 59 C.C.C. (2d) 202 (Ont. C.A.); *The Queen v. Dozois* (July 22, 1981, Ont. C.A., not reported); *The Queen v. Law* (November 6, 1981, Ont. C.A., not reported).

toire disant «qu'il a droit de faire porter à son crédit au titre du temps de peine à purger au Canada le temps d'incarcération aux États-Unis et de voir la peine qu'il purge actuellement recalculée en conséquence». C'est de cette portion du jugement de première instance, qui refuse cette déclaration, dont il y a appel.

Lors de son incarcération aux États-Unis, l'appelant se trouvait illégalement absent du pénitencier canadien où il devait purger les condamnations prononcées contre lui. En *common law*, le temps pendant lequel un prisonnier est en fuite n'est pas inclus dans son temps de peine.¹ Il en est ainsi, selon moi, même s'il y a eu, pendant une partie de ce temps, incarcération dans l'État étranger, puisqu'une condamnation canadienne à une peine privative de liberté doit être purgée dans une prison canadienne. La seule question à résoudre en l'espèce, donc, est de savoir s'il existe une disposition de droit législatif disant que le temps d'incarcération de l'appelant dans une prison américaine doit être considéré comme du temps de peine relatif aux condamnations prononcées contre lui, au Canada.

L'avocat de l'appelant a fait valoir que le paragraphe 137(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, mod. par S.C. 1972, chap. 13, art. 9, en vigueur du 15 juillet 1972 au 15 octobre 1977, les articles 4 et 11 de la *Loi sur le transfèrement des délinquants* et l'article 14 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* sont en ce sens.

Voici quel était le texte du paragraphe 137(1) du *Code criminel* en vigueur du 15 juillet 1972 au 15 octobre 1977:

137. (1) Sauf disposition contraire de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, une personne qui s'évade pendant qu'elle purge une peine d'emprisonnement doit, après avoir subi toute peine à laquelle elle est condamnée pour cette évasion, purger la partie de la peine d'emprisonnement incluant toute réduction légale de peine mais excluant toute réduction méritée, qu'il lui restait à purger au moment de son évasion, moins toute période qu'elle a passée sous garde entre le jour où elle a été reprise après son évasion et le jour où elle a été condamnée pour cette évasion.

¹ *Re MacDonald and Deputy Attorney-General of Canada* (1981), 59 C.C.C. (2d) 202 (C.A. Ont.); *The Queen v. Dozois* (22 juillet 1981, C.A. Ont., non publié); *The Queen v. Law* (6 novembre 1981, C.A. Ont., non publié).

That provision was in force at the time of the appellant's escape.² This, according to his counsel, was sufficient to make it applicable to the appellant in spite of the fact that he was neither convicted nor sentenced for his escape while the section was in force. Counsel submitted that by virtue of that provision, the appellant, when he returned to Canada after his escape, had to serve "the term of imprisonment that he was serving . . . at the time of his escape minus the time that he [had] spent in custody" in the United States.

This argument must, in my view, be rejected. First, I incline towards the view that the section applied only to persons who had been convicted and sentenced for having escaped while undergoing imprisonment. Second, assuming that the section applied to a person who, like the appellant, had escaped but had not been sentenced for that escape, its only effect in respect of such a person was to prescribe that he shall "serve the portion of the term of imprisonment that he was serving, including statutory remission but not including earned remission, at the time of his escape that he had not then served". By its very terms, the rest of the section could not affect a person who had not been sentenced for his escape. Third, I think that the Trial Division was right in holding that the words "in custody" in subsection 137(1) referred to custody in a Canadian penal institution.

The other statutory provisions invoked on behalf of the appellant in support of the contention that the time he spent in custody in the United States should be considered as time served on his Canadian sentences are sections 4 and 11 of the *Transfer of Offenders Act* and subsection 14(1) of the *Parole Act*. Sections 4 and 11 of the *Transfer of Offenders Act* read as follows:

² It was repealed by the *Criminal Law Amendment Act*, 1977, S.C. 1976-77, c. 53, s. 6 which came into effect on October 15, 1977, and replaced by a provision reading in part as follows:

137. (1) A person convicted for an escape committed while undergoing imprisonment shall be sentenced to serve the term of imprisonment to which he is sentenced for the escape either concurrently with the portion of the term of imprisonment that he was serving at the time of his escape that he had not served or if the court, judge, justice or magistrate by whom he is sentenced for the escape so orders, consecutively . . .

L'article était en vigueur au moment de l'évasion de l'appelant². Cela, d'après son conseil, suffirait à le rendre applicable à l'appelant bien qu'il n'ait été ni reconnu coupable ni condamné pour son évasion au moment où l'article était en vigueur. Lorsque l'appelant revint au Canada après son évasion, faisait valoir son défenseur, il devait purger en vertu de cette disposition [TRADUCTION] «le reste de la peine privative de liberté qu'il purgeait . . . au moment de son évasion, moins le temps d'incarcération» aux États-Unis.

Cet argument est mal fondé. D'abord, je pense-rais que l'article ne s'est appliqué qu'aux délinquants effectivement reconnus coupables et condamnés pour évasion. Ensuite, présumant que l'article s'applique à ceux qui, comme l'appelant, se sont évadés mais n'ont pas été condamnés pour cette évasion, son seul effet, dans le cas de l'évadé, serait de disposer qu'il doit «purger la partie de la peine d'emprisonnement incluant toute réduction légale de peine mais excluant toute réduction méritée, qu'il lui restait à purger au moment de son évasion». Les termes mêmes du reste de l'article font qu'il ne peut viser celui qui n'a pas encore été condamné pour son évasion. Enfin, c'est à bon droit, je crois, que la Division de première instance a jugé que les termes «sous garde», qu'on retrouve au paragraphe 137(1), ne s'appliquent qu'à une incarcération dans un établissement pénitentiaire canadien.

Les autres dispositions légales invoquées au nom de l'appelant pour soutenir que le temps d'incarcération aux États-Unis devait être considéré comme du temps de peine au titre des condamnations canadiennes sont les articles 4 et 11 de la *Loi sur le transfèrement des délinquants* et le paragraphe 14(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. Voici les articles 4 et 11 de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*:

² L'article 6 de la *Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, S.C. 1976-77, chap. 53, en vigueur le 15 octobre 1977 l'abrogea et le remplaça par la disposition dont voici un extrait:

137. (1) La personne déclarée coupable d'évasion commise alors qu'elle purgeait une peine d'emprisonnement doit être condamnée à purger concurremment, la partie de sa sentence non encore purgée au moment de son évasion et la peine d'emprisonnement à laquelle elle est condamnée pour l'évasion, sauf si la cour, le juge, le juge de paix ou le magistrat qui l'a condamnée pour l'évasion ordonne que ces deux peines soient purgées consécutivement . . .

4. Where a Canadian offender is transferred to Canada, his finding of guilt and sentence, if any, by a court of the foreign state from which he is transferred is deemed to be a finding of guilt and a sentence imposed by a court of competent jurisdiction in Canada for a criminal offence.

11. (1) A Canadian offender transferred to Canada

(a) shall be credited with any time toward completion of his sentence that was credited to him at the date of his transfer by the foreign state in which he was convicted and sentenced; and

(b) is eligible to earn remission as if he had been committed to custody on the date of his transfer pursuant to a sentence imposed by a court in Canada.

(2) Any time referred to in paragraph (1)(a) except time actually spent in confinement pursuant to the sentence imposed by the foreign court is subject to forfeiture for a disciplinary offence as if it were remission credited under the *Penitentiary Act* or the *Prisons and Reformatories Act*.

As to subsection 14(1) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, subsection 14(1), as am. by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 31, s. 1; 1977-78, c. 22, s. 19; it reads thus:

14. (1) Where, either before, on or after the 25th day of March 1970,

(a) a person is sentenced to two or more terms of imprisonment, or

(b) an inmate who is in confinement is sentenced to an additional term or terms of imprisonment,

the terms of imprisonment to which he has been sentenced, including in a case described in paragraph (b) any term or terms that resulted in his being in confinement, shall, for all purposes of this Act, the *Criminal Code*, the *Penitentiary Act* and the *Prisons and Reformatories Act*, be deemed to constitute one sentence consisting of a term of imprisonment commencing on the earliest day on which any of those sentences of imprisonment commences and ending on the expiration of the last to expire of such terms of imprisonment.

Counsel for the appellant argued, as I understood him, that since the sentence pronounced against the appellant in the United States is deemed by section 4 of the *Transfer of Offenders Act* to be a sentence of a Canadian court, it follows that the time during which the appellant was in confinement in the United States pursuant to the sentence of the American court must be deemed to have been spent in a Canadian penal institution pursuant to a sentence of a Canadian court. I do not agree. That submission was, in my view, correctly dismissed by the Associate Chief Justice

4. Lorsqu'un délinquant canadien est transféré au Canada, sa déclaration de culpabilité et sa sentence, s'il y a en une, par un tribunal de l'État étranger d'où il est transféré sont présumées être celles qu'un tribunal canadien compétent lui aurait imposées pour une infraction criminelle.

11. (1) Un délinquant canadien transféré au Canada

a) bénéficie des remises de peine que lui a accordées l'État étranger où il fut déclaré coupable et condamné calculées au jour de son transfèrement; et

b) peut bénéficier d'une réduction de peine comme s'il était incarcéré le jour de son transfèrement conformément à une condamnation prononcée par un tribunal canadien.

(2) Les remises de peine mentionnées à l'alinéa 1a) sauf celles accordées pour le temps véritablement passé en détention conformément à la sentence que lui a imposée le tribunal étranger sont sujettes à déchéance pour une infraction disciplinaire comme s'il s'agissait de réductions de peines acquises en vertu de la *Loi sur les pénitenciers* ou de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*.

Et voici le paragraphe 14(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2, mod. par l'art. 1 des S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 31, puis par l'art. 19 des S.C. 1977-78, chap. 22:

14. (1) Lorsque, le 25 mars 1970 ou avant ou après cette date,

a) un individu est condamné à deux périodes d'emprisonnement ou plus, ou que

b) un détenu qui est en détention est condamné à une ou des périodes supplémentaires d'emprisonnement,

les périodes d'emprisonnement auxquelles il a été condamné, y compris dans un cas visé à l'alinéa b) la ou les périodes d'emprisonnement qu'il est en train de purger, sont, à toutes fins de la présente loi, du *Code criminel*, de la *Loi sur les pénitenciers* et de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, censées constituer une seule sentence consistant en une période d'emprisonnement commençant le jour où la première de ces sentences d'emprisonnement commence et se terminant à l'expiration de celle de ces périodes d'emprisonnement qui se termine la dernière.

L'avocat de l'appellant a soutenu, si j'ai bien compris, que, puisque la condamnation prononcée contre son client aux États-Unis était réputée, de par l'article 4 de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, assimilable à une condamnation par une juridiction canadienne, il s'ensuivait que le temps d'incarcération de l'appellant aux États-Unis, en vertu de la condamnation prononcée par la juridiction américaine, devait être considéré comme du temps d'incarcération dans un établissement pénitentiaire canadien, purgé conformément à une condamnation prononcée par une juridiction

whose judgment on this point was approved by the Court of Appeal of Ontario in *The Queen v. Dozois*.³ The *Transfer of Offenders Act* provides that a Canadian offender may serve in Canada a sentence imposed by a court of a foreign country; the purpose of sections 4 and 11 is to determine the time that a Canadian offender who is transferred to Canada will have to spend in confinement in Canada as a result of the sentence imposed by the foreign court. These provisions have no incidence, in my opinion, on the computation of sentences previously pronounced by Canadian courts.

Counsel for the appellant also invoked section 14 of the *Parole Act*. He said that under that provision all the sentences imposed on the appellant are merged into only one sentence and that, as a consequence, the time spent in confinement pursuant to one of those sentences must be considered as served pursuant to all the other sentences as well. The very same argument was raised before the Ontario Court of Appeal in *The Queen v. Dozois (supra)*. It was rejected by that Court. I do not see any reason not to follow that decision.

I would, therefore, for those reasons, confirm the decision of the Trial Division refusing to pronounce the first declaration sought by the plaintiff.

Before leaving that branch of the case, I must mention that, before the hearing of the appeal, counsel for the appellant made an application in writing pursuant to Rule 324 for an order authorizing the amendment of his statement of claim and the introduction of new evidence in the record so as to show that on November 5 and 14, 1980, three further convictions and sentences of imprisonment were pronounced against the appellant, one for being unlawfully at large in Canada and two for two offences of escape from lawful custody. That application was dismissed by Mr. Justice Le Dain on November 23, 1981. At the hearing of the appeal, counsel for the appellant renewed that application. The Court took the matter under advisement. In my view, the decision of Mr. Justice Le Dain should not be reversed. Counsel has

³ Not reported, July 22, 1981 (Ont. C.A.).

canadienne. Je ne partage pas cet avis. Le juge en chef adjoint, dont le jugement sur ce point a été approuvé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *The Queen v. Dozois*³ a, à bon droit selon moi, rejeté cet argument. La *Loi sur le transfèrement des délinquants* porte qu'un délinquant canadien peut purger au Canada la condamnation qu'a prononcée le tribunal d'un pays étranger. L'objet des articles 4 et 11 est de déterminer la durée du temps d'incarcération au Canada du délinquant canadien transféré par suite de la condamnation étrangère. Ces dispositions ne modifient en rien, à mon avis, le calcul des condamnations antérieures prononcées par les juridictions canadiennes.

L'avocat de l'appellant a aussi invoqué l'article 14 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. D'après lui, selon cette disposition, toutes les peines auxquelles l'appellant a été condamné sont fusionnées en une seule et, par conséquent, le temps d'incarcération applicable à l'une ou l'autre des peines doit être considéré comme applicable aux autres. Le même argument a été avancé en Cour d'appel de l'Ontario dans l'espèce *The Queen v. Dozois* (précitée) et elle l'a rejeté. Je ne vois aucune raison de ne pas me conformer à cette décision.

Par ces motifs, donc, je confirmerais la décision de première instance et refuserais le premier jugement déclaratoire auquel avait conclu le demandeur.

Avant de statuer sur l'autre point, je dois dire qu'avant l'audition de l'appel, l'avocat de l'appellant a demandé, par requête écrite, sur le fondement de la Règle 324, une ordonnance l'autorisant à modifier sa déclaration et à faire la preuve de faits nouveaux, de façon à montrer que les 5 et 14 novembre 1980 trois autres condamnations à des peines privatives de liberté avaient été prononcées contre l'appellant: une pour s'être trouvé illicitement en liberté au Canada et deux pour évasion. M. le juge Le Dain a rejeté cette requête le 23 novembre 1981. À l'audition de l'appel, l'avocat de l'appellant a présenté à nouveau la même requête. La Cour a pris la chose en délibéré. À mon avis, la décision de M. le juge Le Dain ne devrait pas être réformée; le conseil de l'appellant n'est pas parvenu à démontrer que ces condamnations des 5 et 14

³ Non publié, en date du 22 juillet 1981 (C.A. Ont.).

not been able to show that those convictions and sentences of November 5 and 14, 1980, are in any way relevant to the issues raised on the appeal.

II. The cross-appeal.

The facts relating to the cross-appeal are not in issue:

1. On August 29, 1974, the appellant, who was then imprisoned at the Saskatchewan Penitentiary, was found guilty of the offence of attempt to escape from lawful custody and sentenced to 6 months imprisonment. The warrant of committal that was issued on the same day related that the appellant had been convicted upon a charge that he did “unlawfully attempt to escape from lawful custody at the Saskatchewan Penitentiary, contrary to section 421(b) of the Criminal Code”; it also stated that the appellant had been sentenced “to be imprisoned in the Saskatchewan Penitentiary for a term of six months pursuant to Section 137 of the Criminal Code”.

2. Following that sentence, officials of the Canadian Penitentiary Service computed the duration of the appellant’s sentence and, in making that computation, applied the provisions of subsection 137(1) of the *Criminal Code* as if the appellant had been sentenced for the offence of escape rather than that of attempt to escape.

3. A few years later, when the appellant was transferred to Canada from the United States, the same officials came to the view that they had made an error, in 1974, in applying subsection 137(1) of the *Criminal Code* rather than subsection 22(4) of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, to the computation of the appellant’s sentence. They corrected their alleged error and thereby apparently increased the duration of the appellant’s imprisonment.⁴

Those are the facts which led the appellant to seek a declaration “that section 137(1) of the *Criminal Code*, as it then provided, is applicable in law to the sentence of attempted escape imposed on the plaintiff on the 29th day of August, 1974,

⁴ I do not understand how the application of subsection 22(4) of the *Penitentiary Act* rather than subsection 137(1) of the *Criminal Code* to the computation of the appellant’s sentence can be prejudicial to him. However, both counsel said that they agreed on that point.

novembre 1980 influent en quelque manière sur les points soulevés par l’appel.

a II. Sur l’appel incident:

Les faits mis en cause par l’appel incident sont constants:

1. Le 29 août 1974, l’appelant, alors incarcéré au pénitencier de la Saskatchewan, a été reconnu coupable de tentative d’évasion et condamné à une peine privative de liberté de six mois. Le mandat de dépôt, lancé le même jour, portait que l’appelant avait été reconnu coupable de [TRADUCTION] «tentative illicite d’évasion du pénitencier de la Saskatchewan, en infraction à l’art. 421b) du Code criminel»; il portait aussi que l’appelant avait été condamné à [TRADUCTION] «une peine privative de liberté de 6 mois, à purger au pénitencier de la Saskatchewan, conformément à l’art. 137 du Code criminel».

2. Par suite de cette condamnation, les fonctionnaires du Service canadien des pénitenciers ont calculé la durée de la peine de l’appelant appliquant lors de ce calcul le paragraphe 137(1) du *Code criminel*, comme si l’appelant avait été condamné pour évasion plutôt que pour tentative d’évasion.

3. Quelques années plus tard, lors du transfèrement de l’appelant des États-Unis au Canada, les mêmes fonctionnaires ont constaté leur erreur de 1974, soit l’application du paragraphe 137(1) du *Code criminel* au lieu du paragraphe 22(4) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, au calcul de la peine de l’appelant; ils ont corrigé leur prétendue erreur, ce qui aurait eu pour effet, apparemment, d’allonger la durée du temps d’incarcération de l’appelant.⁴

Ce sont là les faits qui ont amené l’appelant à conclure à un jugement déclaratoire disant «que l’article 137(1) du *Code criminel* de l’époque s’applique en droit à la peine pour tentative d’évasion à laquelle il a été condamné le 29 août 1974 et qu’il

⁴ Je ne comprends pas comment l’application du paragraphe 22(4) de la *Loi sur les pénitenciers*, en lieu et place du paragraphe 137(1) du *Code criminel*, au calcul de la durée de la peine de l’appelant peut lui porter préjudice; toutefois, les avocats des deux parties ont déclaré s’entendre à cet égard.

and that the plaintiff is entitled to have the sentence that he is serving recomputed accordingly.”

The Trial Judge pronounced that declaration. He considered, first, that the terms of the sentence imposed on the appellant required that it be computed by applying subsection 137(1) of the *Criminal Code*, and second, that he did not have the power to modify that sentence. That is the decision which is in issue on this cross-appeal.

It may be useful to recall that, in 1974, subsection 137(1) of the *Criminal Code* read as follows:

137. (1) Except where otherwise provided by the *Parole Act*, a person who escapes while undergoing imprisonment shall, after undergoing any punishment to which he is sentenced for that escape, serve the portion of the term of imprisonment that he was serving, including statutory remission but not including earned remission, at the time of his escape that he had not then served minus any time that he spent in custody between the date on which he was apprehended after his escape and the date on which he was sentenced for that escape.

When that provision had been enacted, in 1972, it had impliedly repealed subsection 22(4) of the *Penitentiary Act*, in so far as it applied to the inmate convicted of the offence of escape. That subsection of the *Penitentiary Act* read as follows:

22. ...

(4) Every inmate who is convicted by a criminal court of the offence of escape, attempt to escape or being unlawfully at large forthwith forfeits three-quarters of the statutory remission standing to his credit at the time that offence was committed.

A mere reading of those two provisions clearly shows, in my view, that if the Judge who sentenced the appellant for attempt to escape in 1974 really directed that subsection 137(1) be applied to the computation of that sentence, he gave an illegal direction which exceeded his authority. Subsection 137(1) applied when a person who had escaped while undergoing imprisonment had been sentenced for that escape; it clearly did not apply to the appellant who had merely attempted to escape and had been convicted and sentenced for that offence. The consequences of the appellant's conviction and sentence were, therefore, governed by subsection 22(4) of the *Penitentiary Act* rather than by subsection 137(1) of the *Criminal Code* and the sentencing Judge had no authority to direct otherwise.

a droit de voir la peine qu'il purge recalculée en conséquence».

Le juge de première instance a prononcé ce jugement déclaratoire. Il estima d'abord que les termes de la condamnation de l'appelant exigeaient l'application du paragraphe 137(1) du *Code criminel* à son calcul; il n'avait pas le pouvoir de modifier cette condamnation. C'est là la décision dont appel incident.

Il est utile de rappeler le texte du paragraphe 137(1) du *Code criminel* de 1974:

137. (1) Sauf disposition contraire de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, une personne qui s'évade pendant qu'elle purge une peine d'emprisonnement doit, après avoir subi toute peine à laquelle elle est condamnée pour cette évasion, purger la partie de la peine d'emprisonnement incluant toute réduction légale de peine mais excluant toute réduction méritée, qu'il lui restait à purger au moment de son évasion, moins toute période qu'elle a passée sous garde entre le jour où elle a été reprise après son évasion et le jour où elle a été condamnée pour cette évasion.

Lorsque cette disposition fut promulguée, en 1972, elle abrogeait implicitement le paragraphe 22(4) de la *Loi sur les pénitenciers* dans la mesure où il visait le détenu reconnu coupable d'évasion. Voici ce paragraphe de la *Loi sur les pénitenciers*:

22. ...

(4) Chaque détenu déclaré coupable par un tribunal criminel de l'infraction d'évasion, de l'infraction de tentative d'évasion ou de l'infraction que constitue le fait d'être illégalement en liberté est immédiatement déchu de son droit aux trois quarts de la réduction statutaire de peine, inscrite à son crédit au moment où l'infraction a été commise.

La simple lecture de ces deux dispositions montre clairement, selon moi, que si le juge qui a condamné l'appelant pour tentative d'évasion en 1974 a vraiment ordonné d'appliquer le paragraphe 137(1) au calcul de cette condamnation, il a donné une directive illégale et commis un excès de pouvoir. Le paragraphe 137(1) s'appliquait à l'évadé condamné pour cette évasion; de toute évidence, il ne s'appliquait pas à l'appelant qui n'avait que tenté de s'évader et avait été reconnu coupable et condamné en conséquence. La condamnation de l'appelant était donc régie par le paragraphe 22(4) de la *Loi sur les pénitenciers* et non par le paragraphe 137(1) du *Code criminel*; il n'appartenait pas au juge qui prononça la condamnation d'ordonner le contraire.

However, in my opinion, the record does not show that the sentencing Judge ever gave such an illegal direction. The record contains photostats of the warrant of committal (which, as I have said, contains a reference to section 137 of the *Criminal Code*) and of the decision of the Judge endorsed on the information. That endorsement, however, is not legible so that it is impossible to know whether the Judge actually referred to section 137 in his decision. I add that even if the Judge, in his decision, had referred to section 137 of the *Criminal Code* in the same terms as those that appear in the warrant of committal, I would not interpret that reference as a direction that section 137 be applied to the computation of the sentence but merely as an erroneous reference to the section of the Code pursuant to which the sentence was imposed. It follows, therefore, that I am of opinion, contrary to what was held by the Trial Division, that the appellant was not entitled to have his sentence for attempt to escape computed as if subsection 137(1) of the *Criminal Code* as it stood in 1974 were applicable to it.

I would, for those reasons, dismiss the appeal and allow the cross-appeal with costs and substitute for the judgment of the Trial Division a judgment dismissing the appellant's action with costs.

RYAN J.: I agree.

KERR D.J.: I agree.

Toutefois, à mon avis, le dossier n'indique pas que le juge qui prononça la condamnation ait jamais donné une telle directive illégale. Le dossier comporte des photocopies du mandat de dépôt (qui, comme je l'ai dit, mentionne l'article 137 du *Code criminel*) et de la décision du juge endossant la dénonciation. Cet endossement, toutefois, est illisible, de sorte qu'il est impossible de savoir si le juge s'est vraiment référé à l'article 137 dans sa décision. J'ajouterais que, même si le juge, dans sa décision, s'est référé à l'article 137 du *Code criminel* dans les termes employés dans le mandat de dépôt, je n'interprète pas cette mention comme une directive d'appliquer l'article 137 au calcul de la peine; il s'agit simplement d'une mention erronée de l'article du Code en vertu duquel la peine a été prononcée. Il s'ensuit donc, à mon avis, contrairement à ce qu'a statué la Division de première instance, que l'appelant n'a pas droit de voir sa peine pour tentative d'évasion calculée comme si le paragraphe 137(1) du *Code criminel*, en vigueur en 1974, lui était applicable.

Par ces motifs, je rejetterais l'appel et accueillerais l'appel incident, avec dépens, substituant au jugement de la Division de première instance un arrêt rejetant l'action de l'appelant avec dépens.

LE JUGE RYAN: Je souscris à cet avis.

LE JUGE SUPPLÉANT KERR: Je souscris aussi à cette opinion.