

**Damon William Knott** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**D.A.P.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. KNOTT**

**2012 SCC 42**

File No.: 33911.

2011: December 14; 2012: July 31.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Sentencing — Probation — Courts empowered to issue probation orders in addition to imprisonment for a term not exceeding two years — Whether “imprisonment for a term not exceeding two years” relates only to imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting or aggregate of all sentences imposed on offender — Whether probation can be ordered where offender is subject to multiple sentences that, if aggregated, exceed two years — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 731(1)(b).*

In August 2005, the appellant K received a sentence of 24 months’ imprisonment with three years’ probation and a concurrent sentence of 12 months’ imprisonment with three years’ probation. Less than one month later, on a different matter, he received a concurrent sentence of 16 months’ imprisonment with three years’ probation. One week before the expiry of the 24-month sentence, he received a consecutive sentence of six months’ imprisonment. He later received a consecutive sentence of eight months’ imprisonment with one year’s

**Damon William Knott** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**D.A.P.** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. KNOTT**

**2012 CSC 42**

N° du greffe : 33911.

2011 : 14 décembre; 2012 : 31 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Détermination de la peine — Probation — Pouvoir des tribunaux de rendre une ordonnance de probation en plus d’un emprisonnement maximal de deux ans — L’expression « emprisonnement maximal de deux ans » s’entend-elle uniquement de la période d’emprisonnement imposée par un tribunal lors d’une seule et même séance ou plutôt de la somme de toutes les peines infligées au délinquant? — Une ordonnance de probation peut-elle être rendue à l’égard d’un délinquant faisant l’objet de multiples peines d’emprisonnement qui, additionnées, excéderaient deux ans? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)b.*

En août 2005, l’appelant K a été condamné à des peines d’emprisonnement de 24 mois et de 12 mois respectivement, à purger concurremment, chacune de ces peines étant assortie d’une ordonnance de probation de trois ans. Moins d’un mois plus tard, il s’est vu infliger dans une autre affaire une peine d’emprisonnement de 16 mois devant être purgée concurremment et accompagnée de trois ans de probation. Une semaine avant l’expiration de la peine de 24 mois, il a été condamné à une peine de six mois d’emprisonnement, à purger

probation. In June 2008, the appellant D.A.P. received a conditional sentence of two years less a day with two years' probation. He breached that sentence and committed other offences. In February 2009, his conditional sentence was converted into a custodial term and he received concurrent sentences of three years' imprisonment and six months' imprisonment for the additional offences. On appeal, the appellants contested the probation orders claiming that s. 731(1)(b) of the *Criminal Code* only permits such orders where there is "imprisonment for a term not exceeding two years", and that this consists of the aggregate of all custodial terms. The Court of Appeal confirmed the probation orders.

*Held:* The appeals should be dismissed.

The probation orders imposed on the appellants were valid when made and no prior or subsequent sentences invalidated them, either prospectively or retrospectively. The phrase "imprisonment for a term not exceeding two years" relates only to the actual term of imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting. It does not refer to the aggregate of the custodial term imposed by the sentencing court and all other sentences then being served or later imposed on the offender. Nor must a probation order come into force within two years of being made. Probation orders, however, may not be attached to a sentence that does not exceed two years' imprisonment if that sentence results in continuous custody for more than two years when combined with other sentences imposed at the same sentencing session. Probation orders of this sort contravene s. 731(1)(b) of the *Criminal Code*.

Trial judges must retain as much flexibility as the *Criminal Code* permits in crafting individualized sentences that respect the principles and purposes of sentencing set out by Parliament in the *Code*. The result sought by the appellants would limit the availability of probation orders in an unwarranted manner and prevent sentencing judges from imposing, in appropriate cases, shorter custodial terms followed by community supervision for up to three years. Probation orders are intended to facilitate rehabilitation. An interpretation of

consécutivement. Il a plus tard été condamné à une peine de huit mois d'emprisonnement devant être purgée consécutivement et assortie d'un an de probation. En juin 2008, l'appelant D.A.P. a été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour, assortie de deux ans de probation. Il a manqué aux conditions de cette peine et commis d'autres infractions. En février 2009, sa condamnation avec sursis a été convertie en peine d'emprisonnement et il a été condamné pour ces autres infractions à des peines de trois ans et de six mois d'emprisonnement à purger concurremment. En appel, les appelants ont contesté les ordonnances de probation, affirmant d'une part que l'al. 731(1)(b) du *Code criminel* autorise les tribunaux à rendre de telles ordonnances uniquement lorsqu'ils infligent un « emprisonnement maximal de deux ans », et d'autre part que cette période maximale est constituée de la somme de toutes les peines d'emprisonnement. La Cour d'appel a confirmé la validité des ordonnances de probation.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés.

Les ordonnances de probation imposées aux appelants étaient valides lorsqu'elles ont été prononcées, et aucune peine d'emprisonnement infligée antérieurement ou subséquentement n'a eu pour effet de les invalider, prospectivement ou rétrospectivement. L'expression « emprisonnement maximal de deux ans » s'entend uniquement de la période d'emprisonnement imposée par un tribunal lors d'une seule et même séance. Elle ne désigne pas la somme de la période d'incarcération imposée par le tribunal et de toutes les autres peines que le délinquant est en train de purger ou qui lui sont infligées subséquentement. Il n'est pas nécessaire non plus qu'une ordonnance de probation entre en vigueur dans les deux ans suivant son prononcé. Toutefois, une ordonnance de probation ne peut pas accompagner une peine d'emprisonnement qui, bien que n'excédant pas deux ans, résulte par ailleurs en une peine continue d'incarcération de plus de deux ans lorsqu'elle est conjuguée à d'autres peines infligées lors de la même séance. De telles ordonnances de probation contreviennent à l'al. 731(1)(b) du *Code criminel*.

Les juges doivent conserver toute la souplesse que leur accorde le *Code criminel* dans l'établissement de peines individualisées conformes aux principes et objectifs énoncés dans le *Code* par le législateur en matière de détermination de la peine. La conclusion recherchée par les appelants limiterait de manière injustifiée la possibilité pour les tribunaux de recourir aux ordonnances de probation et aurait pour effet d'empêcher le juge qui détermine la peine d'imposer, dans les cas où cela serait indiqué, de courtes peines d'incarcération

the phrase “imprisonment for a term not exceeding two years” that includes all outstanding sentences would have the undesirable consequence of making probation orders unavailable to offenders who might well benefit from them. The sentencing objectives in the *Criminal Code* are best achieved by preserving non-custodial sentencing options. Not infrequently, the offender and society will both benefit from a probation order that comes into force following imprisonment for an aggregate period of more than two years.

In assessing the appropriateness of a fresh probation order, however, unexpired prior sentences remain an important consideration. Sentencing courts cannot disregard existing probation orders. A sentence must take into account the particular circumstances of the offence, the character and needs of the offender, and the purpose and relevant principles of sentencing. A probation order that is manifestly inappropriate in itself or that renders a sentence unfit will be set aside on appeal. As well, a probation order that was appropriate when made may be rendered inappropriate by a lengthy intervening term of imprisonment.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Mathieu*, 2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723; *R. v. Middleton*, 2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399; *R. v. Pickell*, 2007 CanLII 25672; *R. v. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. v. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100; *R. v. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90; *R. v. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. v. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124; *R. v. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445; *R. v. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII); *R. v. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415; *R. v. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85; *R. v. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110; *R. v. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79; *R. v. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22; *R. v. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159; *R. v. Gill* (1994), 162 A.R. 163; *R. v. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20;

suivies d’une période de surveillance dans la collectivité pouvant aller jusqu’à trois ans. Les ordonnances de probation ont pour objet de faciliter la réadaptation des délinquants. Le fait de considérer que l’expression « emprisonnement maximal de deux ans » inclut toutes les peines non terminées aurait pour effet indésirable d’empêcher le prononcé d’ordonnances de probation à l’égard de délinquants à qui une telle mesure pourrait fort bien être bénéfique. La réalisation des objectifs du prononcé des peines énoncés au *Code criminel* est davantage favorisée par la préservation des décisions d’ordre non carcéral à la disposition des tribunaux. Il arrivera fréquemment qu’une ordonnance de probation entrant en vigueur à la suite d’un emprisonnement total de plus de deux ans soit bénéfique tant pour la société que pour le délinquant.

Cependant, les peines antérieures non entièrement purgées demeurent une considération importante pour décider s’il est approprié de rendre une nouvelle ordonnance de probation. Le tribunal appelé à déterminer la peine ne peut faire abstraction des ordonnances de probation existantes. La peine doit tenir compte des circonstances particulières de l’infraction, de la réputation et des besoins du délinquant, ainsi que de l’objectif et des principes pertinents de détermination de la peine. Une ordonnance de probation qui est en soi manifestement inappropriée ou qui rend injuste une peine sera annulée en appel. De plus, une ordonnance de probation qui était par ailleurs appropriée lorsqu’elle a été prononcée peut être rendue inappropriée par l’infliction subséquente d’une longue peine d’emprisonnement.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Mathieu*, 2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723; *R. c. Middleton*, 2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399; *R. c. Pickell*, 2007 CanLII 25672; *R. c. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. c. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100; *R. c. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90; *R. c. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. c. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124; *R. c. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445; *R. c. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. c. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII); *R. c. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415; *R. c. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85; *R. c. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110; *R. c. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79; *R. c. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22; *R. c. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159; *R. c. Gill* (1994), 162 A.R. 163; *R. c. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20;

*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206.

#### Statutes and Regulations Cited

*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 139.

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718 to 718.2, 731, 732.1(5), 732.2, 743.1.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Rowles, Hall, Groberman and Bennett J.J.A.), 2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, 492 W.A.C. 236, 258 C.C.C. (3d) 470, [2010] B.C.J. No. 1664 (QL), 2010 CarswellBC 2238, affirming the sentencing decisions of Judge Raven, Surrey Registry Nos. 145481-3-C and 146247-1, August 18, 2005; Judge Moss, North Vancouver Registry Nos. 45179-1 and 45295-1, September 8, 2005; Judge Chaperon, Victoria Registry No. 140302-1, December 3, 2007; and *sub nom. R. v. D.A.P.*, Judge Webb, Cranbrook Registry Nos. 26225-2-C and 27264-1-K, June 3, 2008. Appeals dismissed.

*Anna King*, for the appellant Damon William Knott.

*Eric Purtzki*, for the appellant D.A.P.

*Michael J. Brundrett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] Trial judges must retain as much flexibility as the *Criminal Code* permits in crafting individualized sentences that respect the principles and purposes of sentencing set out by Parliament in the *Code*.

[2] The result sought by the appellants would have the opposite effect. It would limit the availability of probation orders in a manner unwarranted by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. More

*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718 à 718.2, 731, 732.1(5), 732.2, 743.1.

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 139.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Hall, Groberman et Bennett), 2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, 492 W.A.C. 236, 258 C.C.C. (3d) 470, [2010] B.C.J. No. 1664 (QL), 2010 CarswellBC 2238, qui a confirmé les décisions relatives à la détermination de la peine de la juge Raven, greffe de Surrey n<sup>os</sup> 145481-3-C et 146247-1, 18 août 2005; du juge Moss, greffe de North Vancouver n<sup>os</sup> 45179-1 et 45295-1, 8 septembre 2005; de la juge Chaperon, greffe de Victoria n<sup>o</sup> 140302-1, 3 décembre 2007; et *sub nom. R. c. D.A.P.*, du juge Webb, greffe de Cranbrook n<sup>os</sup> 26225-2-C et 27264-1-K, 3 juin 2008. Pourvois rejetés.

*Anna King*, pour l'appellant Damon William Knott.

*Eric Purtzki*, pour l'appellant D.A.P.

*Michael J. Brundrett*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Les juges doivent conserver toute la souplesse que leur accorde le *Code criminel* dans l'établissement de peines individualisées conformes aux principes et objectifs énoncés dans le *Code* par le législateur en matière de détermination de la peine.

[2] La conclusion recherchée par les appelants aurait l'effet contraire. Elle limiterait, d'une manière que ne justifie pas le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la possibilité pour les tribunaux de

particularly, it would prevent sentencing judges from imposing, in appropriate cases, shorter custodial terms followed by community supervision for up to three years.

[3] That is what happened here. And it is not suggested that the sentences imposed on either appellant were excessive or incompatible with the relevant principles of sentencing.

[4] The sole issue is whether the probation orders attacked by the appellants contravene s. 731(1)(b) of the *Criminal Code*. In virtue of that provision, a court that sentences an offender to imprisonment for “a term not exceeding two years [may] direct that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order”.

[5] None of the courts that made the probation orders in issue here sentenced either appellant to a term of imprisonment exceeding two years. And they were not “merged” by law, for the purposes of s. 731(1)(b), with other sentences the appellants were then serving or subsequently received.

[6] Earlier case law to the contrary has been overtaken by this Court’s decisions in *R. v. Mathieu*, 2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723, and *R. v. Middleton*, 2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674. I refer here to prior decisions in some provinces (including British Columbia) that struck down a probation order because the accompanying prison sentence — *in combination with other sentences imposed against the same offender on other occasions* — exceeded two years. This was known as the “two-year rule”.

[7] In the present matter, a five-member panel of the British Columbia Court of Appeal recognized that *Mathieu* and *Middleton* had exposed

recourir aux ordonnances de probation. Plus particulièrement, elle aurait notamment pour effet d’empêcher le juge qui détermine la peine d’imposer, dans les cas où cela serait indiqué, de courtes peines d’incarcération suivies d’une période de surveillance dans la collectivité pouvant aller jusqu’à trois ans.

[3] C’est ce qui s’est produit en l’espèce. De plus, personne ne prétend que les peines infligées à l’un et l’autre des appelants étaient excessives ou incompatibles avec les principes pertinents de détermination de la peine.

[4] La seule question en litige est celle de savoir si les ordonnances de probation contestées par les appelants contreviennent à l’al. 731(1)(b) du *Code criminel*. En vertu de cette disposition, le tribunal qui condamne un délinquant à « un emprisonnement maximal de deux ans [peut] ordonner que le délinquant se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation ».

[5] Aucun des tribunaux qui a rendu les ordonnances de probation contestées en l’espèce n’a condamné l’un ou l’autre des appelants à une peine d’emprisonnement supérieure à deux ans. En outre, ces ordonnances n’ont pas, pour l’application de l’al. 731(1)(b), été juridiquement « fusionnées » avec d’autres peines que purgeaient déjà les appelants ou auxquelles ils ont été condamnés par la suite.

[6] Dans *R. c. Mathieu*, 2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723, et *R. c. Middleton*, 2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674, notre Cour s’est éloignée de la jurisprudence antérieure à l’effet contraire. Je parle ici de décisions qui avaient été rendues dans certaines provinces (dont la Colombie-Britannique) et avaient annulé une ordonnance de probation, au motif que la peine d’emprisonnement à laquelle elle était jointe — *conjuguée à d’autres peines infligées au même délinquant à d’autres occasions concomitantes* — excédait deux ans. Ce principe était appelé la « règle des deux ans ».

[7] Dans la présente affaire, une formation de cinq juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a reconnu que les arrêts *Mathieu* et *Middleton*

latent — and irreparable — cracks in the foundation of the “two-year rule”. The Court of Appeal therefore felt bound to undertake a “new analysis” (2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, at para. 68). In this fresh light, the Court of Appeal upheld all of the probation orders made against both appellants.

[8] We are now urged by the appellants to set aside the judgment of the Court of Appeal and quash the probation orders of which they were the beneficiaries when the orders were made: They would both have otherwise received longer terms of imprisonment.

[9] Their joined appeals should both be dismissed, not because the appellants are “sore winners”, but because any other result would be unwarranted by the relevant provisions of the *Criminal Code*. And it would be contrary to society’s interest in ensuring its own protection by preserving a sentencing option that favours the rehabilitation of offenders.

[10] In appropriate cases, probation orders serve that purpose as an effective and efficient alternative to unnecessary institutional confinement (*Mathieu*, at para. 20; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 32; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399, at para. 10).

## II

[11] On August 18, 2005, Mr. Knott received concurrent sentences of 24 months’ imprisonment on one information and 12 months’ on another, with three years’ probation added to each sentence. On September 8, 2005, less than one month later, he was sentenced on a different matter to 16 months’ imprisonment and three years’ probation. *At the Crown’s suggestion*, the trial judge ordered the term of imprisonment to be served concurrently with Mr. Knott’s existing sentences.

avaient révélé des failles latentes — et irréparables — dans les fondements de la « règle des deux ans ». La Cour d’appel a donc estimé qu’elle était tenue de procéder à une [TRADUCTION] « nouvelle analyse » (2010 BCCA 386, 291 B.C.A.C. 236, par. 68). Sous ce nouvel éclairage, elle a confirmé toutes les ordonnances de probation visant les appelants.

[8] Les appelants nous exhortent maintenant à casser le jugement de la Cour d’appel et à annuler les ordonnances de probation dont ils bénéficiaient lorsqu’elles ont été rendues : en effet, sans ces ordonnances ils auraient été condamnés tous les deux à de plus longues peines d’emprisonnement.

[9] Leurs pourvois conjoints doivent être rejetés, non pas parce que les appelants sont des « mauvais gagnants », mais parce que tout autre résultat serait injustifié au regard des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Qui plus est, il irait à l’encontre de l’intérêt qu’a la société à assurer sa propre protection en préservant la faculté pour les tribunaux de recourir à une mesure de détermination de la peine qui favorise la réadaptation des délinquants.

[10] Dans les cas où elles sont indiquées, les ordonnances de probation contribuent à cet objectif en constituant une solution de rechange efficace et efficiente à l’emprisonnement lorsque l’incarcération du délinquant dans un établissement n’est pas nécessaire (*Mathieu*, par. 20; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 32; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, par. 10).

## II

[11] Le 18 août 2005, M. Knott a été condamné à des peines d’emprisonnement à purger concurremment de 24 mois à l’égard d’une dénonciation et de 12 mois à l’égard de l’autre, chacune de ces peines étant assortie d’une ordonnance de probation de trois ans. Moins d’un mois plus tard, le 8 septembre 2005, une peine de 16 mois d’emprisonnement et de trois ans de probation lui a été infligée dans une autre affaire. *Suivant la recommandation du ministère public*, le juge du procès a ordonné que cette peine d’emprisonnement soit purgée concurremment avec les condamnations existantes.

[12] Mr. Knott was back in court on August 10, 2007, approximately one week before the expiry of his previously imposed 24-month sentence. Mr. Knott again pleaded guilty and was sentenced to six months' imprisonment, *consecutive* to the term he was already serving. Finally, on December 3, 2007, he was sentenced to eight months' imprisonment, consecutive to his existing sentences, to be followed by probation for one year.

[13] By the end of 2007, Mr. Knott had thus accumulated four separate probation orders, each to come into force in accordance with s. 732.2(1)(b) of the *Criminal Code*:

**732.2** (1) A probation order comes into force

. . . .

(b) where the offender is sentenced to imprisonment under paragraph 731(1)(b) or was previously sentenced to imprisonment for another offence, as soon as the offender is released from prison or, if released from prison on conditional release, at the expiration of the sentence of imprisonment; . . .

[14] On August 2, 2008, Mr. Knott was due for release in respect of all the offences mentioned, having served a total of 2 years, 11 months, and 16 days. But he remained in custody on another matter until December 17, 2008.

[15] The other appellant, D.A.P., received a conditional sentence of two years less a day on June 3, 2008, to be followed by two years' probation. On February 19, 2009, D.A.P. pleaded guilty to having breached his conditional sentence order, along with other offences. His conditional sentence was converted into a custodial term and he was sentenced on the same day to three years' imprisonment for one offence and six months' concurrent for another. Both fresh sentences were made concurrent to any other sentences that D.A.P. was then serving.

[12] Le 10 août 2007, environ une semaine avant l'expiration de la peine de 24 mois qui lui avait été imposée précédemment, M. Knott s'est de nouveau retrouvé devant les tribunaux. Il a une fois de plus plaidé coupable, et le juge l'a condamné à une peine de six mois d'emprisonnement à purger *consécutivement* à la période qu'il purgeait déjà. Enfin, le 3 décembre 2007, il a été condamné à une peine de huit mois d'emprisonnement devant être purgée consécutivement aux peines existantes et suivie d'une période de probation d'un an.

[13] À la fin de 2007, M. Knott faisait donc l'objet de quatre ordonnances de probation distinctes, dont l'entrée en vigueur était régie par l'al. 732.2(1)(b) du *Code criminel*, disposition rédigée ainsi :

**732.2** (1) L'ordonnance de probation entre en vigueur :

. . . .

b) dans le cas où le délinquant est condamné à l'emprisonnement en vertu de l'alinéa 731(1)(b), ou a été condamné antérieurement à l'emprisonnement pour une autre infraction, dès sa sortie de prison, ou, s'il est libéré sous condition, à la fin de sa période d'emprisonnement; . . .

[14] Le 2 août 2008, M. Knott devait être remis en liberté à l'égard de toutes les infractions susmentionnées, soit après un emprisonnement total de 2 ans, 11 mois et 16 jours. Il est cependant demeuré incarcéré jusqu'au 17 décembre 2008 à cause d'une autre affaire.

[15] L'autre appellant, D.A.P., a été condamné le 3 juin 2008 à une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour assortie de deux ans de probation. Le 19 février 2009, il a plaidé coupable à une accusation de manquement aux conditions de l'ordonnance de sursis, ainsi qu'à l'égard d'autres infractions. La condamnation avec sursis a été convertie en peine d'emprisonnement et, le même jour, il a été condamné à trois ans d'emprisonnement pour une infraction et à six mois pour une autre, ces peines devant être purgées concurremment. Les deux nouvelles peines infligées à D.A.P. devaient être purgées concurremment avec toute autre peine qu'il purgeait déjà.

[16] In this context, a brief word concerning the imposition of multiple probation orders in this case.

[17] Sentencing courts may impose separate but concurrent probation orders, attached to different counts. This may be done to add supplementary conditions appropriate in the circumstances of different offences, or to ensure that the offender will remain subject to probation if one of the probation orders is later set aside or rendered inoperative.

[18] While multiple probation orders may be made in this manner, no probation order may continue for more than three years from the date on which it came into force (*Criminal Code*, s. 732.2(2)(b)), subject to the exception involving subsequent convictions once a probation order has already come into force (s. 732.2(5)).

### III

[19] Mr. Knott appealed his August 18, 2005, September 8, 2005 and December 3, 2007 sentences, seeking to have the probation orders quashed. D.A.P. appealed his June 3, 2008 sentence, seeking the same outcome.

[20] As mentioned earlier, the Court of Appeal took these sentence appeals as an opportunity to revisit the law. Sitting as a five-judge panel, the Court of Appeal reached three principal conclusions.

[21] First, the court concluded that, where a sentencing court imposes terms of imprisonment at a single sentencing hearing that would — either individually or cumulatively — exceed two years, probation cannot be ordered as well.

[22] Second, the court held that, if an offender is subject to a term of imprisonment imposed on a prior occasion, and a court orders a subsequent

[16] Dans ce contexte, j'aimerais faire quelques brèves observations au sujet du prononcé des multiples ordonnances de probation en l'espèce.

[17] Le tribunal qui détermine la peine d'un délinquant peut lui imposer, à l'égard de chefs d'accusation différents, des ordonnances de probation distinctes mais applicables concurremment. Il peut le faire soit pour ajouter des conditions appropriées compte tenu des circonstances des différentes infractions, soit pour faire en sorte que le délinquant demeure assujéti à une période de probation si, ultérieurement, l'une des ordonnances est annulée ou devient inopérante.

[18] Bien que des ordonnances de probation multiples puissent être rendues de la sorte, la durée d'application maximale de toute ordonnance de probation est de trois ans (*Code criminel*, al. 732.2(2)b)), sous réserve de l'exception découlant de déclarations de culpabilité prononcées après l'entrée en vigueur d'une ordonnance de probation (par. 732.2(5)).

### III

[19] M. Knott a fait appel des sentences rendues les 18 août 2005, 8 septembre 2005 et 3 décembre 2007, sollicitant l'annulation des ordonnances de probation. Pour sa part, D.A.P. a interjeté appel de la sentence prononcée contre lui le 3 juin 2008 et demandé le même résultat.

[20] Comme je l'ai mentionné plus tôt, la Cour d'appel a vu dans ces appels à l'encontre de sentences l'occasion de réexaminer le droit applicable. Siégeant en formation de cinq juges, elle a formulé trois conclusions principales.

[21] Premièrement, elle a conclu que dans les cas où le tribunal impose, lors d'une même audience de détermination de la peine, des peines d'emprisonnement qui — individuellement ou cumulativement — excèdent deux ans, il ne peut ordonner aussi une période de probation.

[22] Deuxièmement, elle a statué que, si un délinquant est déjà sous le coup d'une peine d'emprisonnement infligée dans une instance antérieure et

sentence that would exceed two years when combined with the unexpired portion (or “remanet”) of the existing sentence, it “would, except in the rarest of cases, be an error in principle” for the sentencing court to also make a probation order under s. 731(1)(b) (para. 73).

[23] Third, the court held that the remanet analysis applies only where the subsequent sentencing court makes a *fresh* probation order. Subsequent sentences of whatever length (other than imprisonment for life) were held not to invalidate any *existing* probation order.

[24] Applying these findings of law to the facts in each instance, the Court of Appeal, as I have already mentioned, confirmed all of the probation orders imposed against Mr. Knott and D.A.P., and dismissed their appeals.

#### IV

[25] The British Columbia Court of Appeal was not the first court to question or reject the two-year rule previously applied (see *R. v. Pickell*, 2007 CanLII 25672 (Ont. S.C.J.)). It did nonetheless chart new territory in this case. The court had previously decided that an intervening sentence *could* invalidate a once lawful probation order (*R. v. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. v. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345). So, too, had other provincial courts of appeal (*R. v. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100 (Ont.); *R. v. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90).

[26] It had also been previously held, both in British Columbia and in Ontario, that probation cannot be ordered where the offender is subject to multiple sentences that, if aggregated,

qu’un tribunal le condamne subséquemment à une période d’emprisonnement qui, conjuguée à la portion non purgée (parfois appelée « *remanet* ») de la peine existante — excéderait deux ans, le fait pour le tribunal de prononcer également une ordonnance de probation en vertu de l’al. 731(1)*b*) [TRADUCTION] « constituerait, sauf dans des cas extrêmement rares, une erreur de principe » (par. 73).

[23] Troisièmement, la Cour d’appel a jugé que l’analyse relative au *remanet* n’intervient que dans les cas où le tribunal infligeant subséquemment une peine d’emprisonnement rend une *nouvelle* ordonnance de probation. Elle a considéré que les peines subséquentes d’emprisonnement, quelle que soit leur durée (exception faite de l’emprisonnement à perpétuité), n’avaient pas pour effet d’invalider une ordonnance de probation *existante*.

[24] Appliquant ces conclusions de droit aux faits de chacune des espèces, la Cour d’appel a, comme je l’ai précisé plus tôt, confirmé toutes les ordonnances de probation imposées à M. Knott et à D.A.P., et elle a rejeté leurs appels.

#### IV

[25] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’est pas le premier tribunal à mettre en doute ou à rejeter la règle des deux ans appliquée jusque-là (voir *R. c. Pickell*, 2007 CanLII 25672 (C.S.J. Ont.)). Elle a cependant fait œuvre pionnière en l’espèce. Elle avait auparavant jugé que le prononcé d’une nouvelle peine d’emprisonnement *pouvait* invalider une ordonnance de probation qui était par ailleurs légale avant cette condamnation (*R. c. Amyotte*, 2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Pawlak*, 2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146; *R. c. McKinnon*, 2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345). D’autres cours d’appel provinciales avaient rendu des décisions analogues (*R. c. Miller* (1987), 36 C.C.C. (3d) 100 (Ont.); *R. c. Lucas*, 2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90).

[26] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique et celle de l’Ontario avaient également déjà jugé qu’une ordonnance de probation ne pouvait être rendue à l’égard d’un délinquant faisant l’objet de

would exceed two years (*R. v. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. v. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124).

[27] While the case law on this latter point was divided, the disagreement generally related to *how*, not *whether*, sentences were to be aggregated for the purposes of s. 731(1)(b). Some decisions calculated the “aggregate sentence” from the date the first sentence was imposed to the date the final sentence would expire (*R. v. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445 (Nfld. C.A.); *R. v. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII)). Others added the subsequent sentence to the remanet of previously imposed sentences (*R. v. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415 (Ont. C.A.)).

[28] For the most part, these decisions relied implicitly, if not explicitly, on the sentence merger provisions in s. 139 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), and its predecessors. This is no longer possible in light of *Middleton*, where the majority held that s. 139 was enacted for administrative purposes relating to parole and remission, and had no substantive impact on an offender’s eligibility for an otherwise lawful sentence.

[29] In my respectful view, s. 139 of the CCRA is therefore of no assistance in determining the legality of a probation order.

[30] The remaining question, to which I now turn, is whether s. 731(1)(b) — in itself — prohibits the making of the probation orders that concern us here.

## V

[31] Section 731(1) of the *Criminal Code* provides:

multiples peines d’emprisonnement qui, additionnées, excéderaient deux ans (*R. c. Pauls*, 2008 BCCA 322 (CanLII); *R. c. K. (K.)*, 2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124).

[27] La jurisprudence était divisée sur cette dernière question, mais le désaccord portait généralement sur les *modalités* d’addition des peines d’emprisonnement pour l’application de l’al. 731(1)(b), plutôt que sur l’*opportunité* de les additionner. Dans certaines décisions, la « peine totale » était calculée à partir de la date de la première condamnation jusqu’à celle de l’expiration de la dernière peine (*R. c. Hendrix* (1999), 137 C.C.C. (3d) 445 (C.A.T.-N.); *R. c. Renouf*, 2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173; *R. c. Weir*, 2004 BCCA 529 (CanLII)). Dans d’autres, la peine d’emprisonnement subséquente était ajoutée au *remanet* de celles infligées antérieurement (*R. c. Currie* (1982), 65 C.C.C. (2d) 415 (C.A. Ont.)).

[28] Pour la plupart, ces décisions reposaient implicitement, sinon explicitement, sur les dispositions relatives à la fusion des peines énoncées à l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *Loi sur le système correctionnel* »), ou sur les dispositions antérieures. Cela n’est plus possible depuis l’arrêt *Middleton*, où notre Cour a statué à la majorité que l’art. 139 a été édicté à des fins administratives, liées à l’application du régime de libération conditionnelle et de réduction de peine, et qu’il n’a pas d’effet substantiel sur l’admissibilité d’un délinquant à une peine par ailleurs légale.

[29] L’article 139 de la *Loi sur le système correctionnel* n’est donc d’aucune utilité pour statuer sur la légalité d’une ordonnance de probation.

[30] Il reste donc à décider si l’al. 731(1)(b) — par lui-même — interdit le prononcé des ordonnances de probation visées en l’espèce.

## V

[31] Les dispositions pertinentes de l’art. 731 du *Code criminel* sont rédigées ainsi :

**731.** (1) Where a person is convicted of an offence, a court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission,

(a) if no minimum punishment is prescribed by law, suspend the passing of sentence and direct that the offender be released on the conditions prescribed in a probation order; or

(b) in addition to fining or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years, direct that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order.

[32] The Crown submits that the phrase “imprisonment for a term not exceeding two years” in s. 731(1)(b) relates only to the actual term of imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting. The appellants argue that “term” of imprisonment referred to in that provision is the aggregate of the custodial term imposed by the sentencing court and all other sentences then being served or later imposed on the offender. In my view, the Crown’s submission is correct and the appellants’ submission fails.

[33] The ordinary meaning of s. 731(1)(b) is perfectly clear: A probation order may not be made where the *sentencing court* imposes a term of imprisonment exceeding two years. In determining whether two years has been exceeded, one looks at the term of imprisonment ordered by *the sentencing court on that occasion* — not at *other* sentences imposed by *other* courts on *other* occasions for *other* matters.

[34] Section 731(1)(b) admits of no ambiguity in this regard. The opening words of s. 731(1) read: “Where a person is convicted of an offence, a court may”. The provision authorizes *that court* to make a probation order, “in addition to fining or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years”. On a plain reading of this provision, the phrase “imprisonment for a term not exceeding two years” refers to the sentence

**731.** (1) Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut, vu l’âge et la réputation du délinquant, la nature de l’infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise :

a) dans le cas d’une infraction autre qu’une infraction pour laquelle une peine minimale est prévue par la loi, surseoir au prononcé de la peine et ordonner que le délinquant soit libéré selon les conditions prévues dans une ordonnance de probation;

b) en plus d’infliger une amende au délinquant ou de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans, ordonner que le délinquant se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation.

[32] Le ministère public soutient que l’expression « emprisonnement maximal de deux ans » figurant à l’al. 731(1)(b) s’entend uniquement de la période d’emprisonnement imposée par un tribunal lors d’une seule et même séance. Pour les appelants, l’« emprisonnement » visé par cette disposition s’entend plutôt de la somme de la période d’incarcération imposée lors de cette séance et de toutes les autres peines que le délinquant est en train de purger ou qui lui sont infligées subséquentement. À mon avis, l’interprétation du ministère public est la bonne et celle des appelants doit être rejetée.

[33] Le sens de l’al. 731(1)(b) est parfaitement clair : une ordonnance de probation ne peut être prononcée dans les cas où le *tribunal chargé de déterminer la peine* inflige une peine d’emprisonnement de plus de deux ans. Pour déterminer si le maximum de deux ans est dépassé, on tient compte de la période d’emprisonnement ordonnée par *le tribunal à cette occasion* — et non des *autres* peines imposées par d’*autres* tribunaux à d’*autres* occasions à l’égard d’*autres* affaires.

[34] L’alinéa 731(1)(b) ne recèle aucune ambiguïté à cet égard. Le paragraphe 731(1) débute par les mots suivants : « Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut ». Cette disposition autorise *ce tribunal* à rendre une ordonnance de probation « en plus d’infliger une amende au délinquant ou de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans ». La simple lecture de cette disposition indique que l’expression

imposed by the court empowered by s. 731(1) to make the probation order.

[35] Had Parliament intended unexpired sentences from other occasions to be included in the phrase “imprisonment for a term . . . exceeding two years”, it would have said so. The language was close at hand. Section 743.1 of the *Criminal Code*, for example, expressly provides for the aggregation of sentences in determining whether an offender is to be sent to the penitentiary.

[36] The appellants submit that the two-year limitation in s. 731(1)(b) reflects Parliament’s intention that probation orders not be imposed on offenders subject, even for reasons unrelated to the sentence accompanied by the probation order, to more than two years’ imprisonment. There is some support for this view in *Miller*, where the Ontario Court of Appeal held that

the principle governing s. 663(1)(b) [now s. 731(1)(b)] of the *Code* is that Parliament intended that a probation order would not come into effect more than two years from the time of sentencing and that an accused would not be made subject to a probation order, if required to serve a sentence of more than two years. [p. 104]

[37] With respect, this articulation of Parliament’s intent is consistent with neither the language of s. 731(1)(b), nor its statutory context.

[38] Section 731(1)(b) *does not address the coming into force of a probation order*. The provision empowers the sentencing court to *make* a probation order as part of the sentence. The availability of this non-custodial sentencing option is restricted where the required custodial portion of the sentence exceeds two years. But the *coming into force* of the order is not dealt with at all in s. 731(1)(b).

[39] For that, one must look to s. 732.2 of the *Criminal Code*.

« emprisonnement maximal de deux ans » s’entend de la peine infligée par le tribunal habilité par le par. 731(1) à rendre l’ordonnance de probation.

[35] Si le législateur avait voulu que les peines non terminées ayant été infligées à d’autres occasions soient visées par l’expression « emprisonnement maximal de deux ans », il l’aurait dit. Il n’avait d’ailleurs pas à chercher très loin pour trouver une formulation appropriée. L’article 743.1 du *Code criminel*, par exemple, prévoit expressément l’addition de périodes d’emprisonnement pour déterminer si un délinquant purgera sa peine dans un pénitencier.

[36] Les appelants prétendent que la limite de deux ans fixée à l’al. 731(1)(b) révèle que le législateur entendait que les tribunaux ne puissent assujettir à une ordonnance de probation un délinquant qui, même pour des raisons étrangères à la peine assortie de l’ordonnance de probation, est condamné à plus de deux ans d’emprisonnement. Cet argument trouve un certain appui dans l’arrêt *Miller*, où la Cour d’appel de l’Ontario a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . le principe qui sous-tend l’al. 663(1)(b) [l’actuel al. 731(1)(b)] du *Code* est la volonté du législateur qu’une ordonnance de probation n’entre pas en vigueur plus de deux ans après la date du prononcé de la peine et qu’un accusé ne soit pas assujéti à une telle ordonnance s’il doit purger une peine de plus de deux ans. [p. 104]

[37] Avec égards, ni le texte de l’al. 731(1)(b) ni son contexte législatif ne permettent de prêter cette intention au législateur.

[38] L’alinéa 731(1)(b) *ne porte pas sur l’entrée en vigueur d’une ordonnance de probation*. Il habilite le tribunal à *assortir* une peine d’emprisonnement d’une ordonnance de probation. La faculté de recourir à cette mesure non privative de liberté est écartée lorsque le volet carcéral de la sentence — à savoir la période d’emprisonnement requise — dépasse deux ans. Il n’est donc aucunement question de *l’entrée en vigueur* de l’ordonnance à l’al. 731(1)(b).

[39] Sur ce point, il convient de se référer à l’art. 732.2 du *Code criminel*.

[40] Nowhere does s. 732.2 — or any other provision of the *Criminal Code* — provide that a probation order must come into force within two years of it being made.

[41] My interpretation of s. 731(1)(b) is supported as well by the purposive approach outlined in *Mathieu*. As I stated at the outset, the policy considerations underpinning probation orders are best promoted by an interpretation that preserves their availability to trial judges.

[42] It is well established that probation orders are intended to facilitate an offender's rehabilitation (*Mathieu*, at para. 20; *Proulx*, at para. 32). An interpretation of the phrase "imprisonment for a term not exceeding two years" that includes all outstanding sentences would have the undesirable consequence of making probation orders unavailable to offenders who might well benefit from them (*Mathieu*, at para. 22).

[43] The sentencing objectives set out by Parliament in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* are best achieved by preserving — not curtailing — a sentencing court's arsenal of non-custodial sentencing options. Probation orders, where available and appropriate, serve that purpose well: They afford sentencing judges the flexibility to opt for shorter prison terms followed by community supervision, rather than the longer prison terms that they would have otherwise unnecessarily imposed to achieve the same ends.

[44] The appellants' interpretation of s. 731(1)(b), rejected in *Mathieu* (at para. 22), would have the undesirable consequence of increasing the custodial portion of an offender's sentences without any countervailing correctional advantage or benefit to society.

[40] Nulle part à l'art. 732.2 — ou dans quelque autre disposition du *Code criminel* d'ailleurs — il n'est précisé qu'une ordonnance de probation doit entrer en vigueur dans les deux ans qui suivent son prononcé.

[41] Mon interprétation de l'al. 731(1)b trouve également appui dans l'interprétation téléologique exposée dans l'arrêt *Mathieu*. Comme je l'ai dit au début des présents motifs, les considérations de politique générale à la base des ordonnances de probation sont mieux servies par une interprétation qui permet de préserver la faculté des juges de recourir à cette mesure.

[42] Il est bien établi que les ordonnances de probation ont pour objet de faciliter la réadaptation des délinquants (*Mathieu*, par. 20; *Proulx*, par. 32). Or, le fait de considérer que l'expression « emprisonnement maximal de deux ans » inclut toutes les peines non terminées aurait pour effet indésirable d'empêcher le prononcé d'ordonnances de probation à l'égard de délinquants à qui une telle mesure pourrait fort bien être bénéfique (*Mathieu*, par. 22).

[43] La réalisation des objectifs du prononcé des peines qu'a énoncés le législateur aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* est davantage favorisée par la préservation — plutôt que par la réduction — de la panoplie des décisions d'ordre non carcéral à la disposition des tribunaux. Lorsqu'il est possible et indiqué de recourir aux ordonnances de probation, celles-ci servent bien cette fin. Elles accordent en effet aux juges la souplesse leur permettant d'infliger des peines d'emprisonnement plus courtes et suivies de mesures de supervision dans la collectivité, plutôt que les peines plus longues qu'ils auraient autrement imposées inutilement en vue de parvenir aux mêmes résultats.

[44] L'interprétation de l'al. 731(1)b proposée par les appelants et rejetée dans *Mathieu* (par. 22) aurait la fâcheuse conséquence d'allonger les périodes d'emprisonnement infligées aux délinquants sans offrir, en contrepartie, d'avantages du point de vue correctionnel ou de bénéfices pour la société.

[45] Not infrequently, the offender and society will both benefit from a probation order that comes into force following imprisonment for an aggregate period of more than two years (*Mathieu*, at para. 20). The offender has the benefit of a shorter sentence of imprisonment, and society benefits from constraints aimed at facilitating rehabilitation and protecting society (*Shoker*, at para. 10).

[46] There will, of course, be situations in which a probation order may not serve a useful purpose when it follows a lengthy term of imprisonment. Parliament has anticipated this possibility by including both preventive and curative antidotes in the sentencing provisions of the *Code*.

[47] I take care not to be understood to have expressed here a decided view on sentencing issues that are not now but may one day confront the Court. Subject to that reservation, I think it fair to say that the purpose and principles of sentencing set out in the *Criminal Code* are meant to take into account the correctional imperative of sentence individualization. Consistent with this approach and subject to the conditions set out in s. 731(1)(b) of the *Code*, questions related to the fitness of probation orders in particular cases — as opposed to their availability in principle — are best left to be dealt with by the courts on a case-by-case basis as a matter of fitness.

[48] Before returning to the *Code*'s remedies against probation orders that render a sentence unfit when it is imposed, I acknowledge that neither Cartesian logic nor textual exegesis can satisfactorily resolve every perceived anomaly.

[49] For example, it may appear anomalous to cause the validity of a probation order to depend on whether the relevant sentences were imposed at a single session or on different occasions. I have already explained why the availability of a probation

[45] Il arrivera fréquemment qu'une ordonnance de probation entrant en vigueur à la suite d'un emprisonnement total de plus de deux ans soit bénéfique tant pour la société que pour le délinquant (*Mathieu*, par. 20). Ce dernier a ainsi l'avantage de purger une peine carcérale plus courte, pendant que la société, de son côté, profite des contraintes qui la protègent tout en facilitant la réinsertion sociale du délinquant (*Shoker*, par. 10).

[46] Il se présentera évidemment des situations où une ordonnance de probation pourrait être dépourvue d'utilité après une longue peine d'emprisonnement. Le législateur a toutefois prévu cette possibilité et inclus dans les dispositions du *Code* relatives à la détermination des peines des mesures préventives et des mesures réparatrices.

[47] Je tiens à préciser que je n'exprime en l'espèce aucune opinion arrêtée sur des questions de détermination de la peine dont notre Cour n'est pas saisie actuellement, mais qui pourraient ultérieurement lui être soumises. Cela dit, il est selon moi légitime d'affirmer que l'objectif et les principes énoncés dans le *Code criminel* en matière de détermination des peines sont censés intégrer l'impératif correctionnel de l'individualisation de la peine. Conformément à cette interprétation et sous réserve des conditions énoncées à l'al. 731(1)(b) du *Code*, il est préférable que les questions touchant au caractère approprié d'une ordonnance de probation dans un cas donné — par opposition à celles touchant à la disponibilité d'une telle mesure en principe — soient tranchées au cas par cas par les tribunaux.

[48] Avant de revenir aux mesures prévues par le *Code* pour remédier aux ordonnances de probation qui rendent une peine inappropriée au moment de son prononcé, je reconnais qu'aucune logique cartésienne ou exégèse textuelle ne sauraient expliquer de façon satisfaisante chaque aspect perçu comme étant une anomalie.

[49] Par exemple, il peut sembler anormal de faire dépendre la validité d'une ordonnance de probation de la question de savoir si les peines ont été prononcées lors d'une seule et même séance du tribunal ou à des occasions différentes. J'ai expliqué

order depends on the “term of imprisonment” imposed when the order is made.

[50] How, then, do we deal with probation orders attached to sentences that, likewise, do not exceed two years’ imprisonment — but do result in continuous custody for more than two years in combination with other sentences imposed on the same offender by the same sentencing court *at the same session*?

[51] It has consistently been held by courts across the country that probation orders of this sort contravene s. 731(1)(b) (see, for example, *R. v. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85 (B.C.C.A.); *R. v. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110 (S.C. (App. Div.)); *R. v. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79 (C.A.); *R. v. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22 (N.W.T.C.A.); *R. v. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159 (B.C.C.A.); *R. v. Gill* (1994), 162 A.R. 163 (C.A.); and *R. v. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20 (Nfld. C.A.)).

[52] While some of these cases invoked s. 139 of the *CCRA* and its predecessors, I believe they were nonetheless correctly decided pursuant to s. 731(1) alone, bearing in mind the “totality” principle that remains unchallenged on this appeal.

[53] The appellants argue in this regard that the interpretation of s. 731(1)(b) adopted by the Court of Appeal is problematic in that it treats similarly situated offenders differently depending on the *timing* of a sentence. For example, an offender who is sentenced on different days to two years’ imprisonment for one offence and one year consecutive for another may be subject to probation, while an offender who receives identical terms of imprisonment at the same hearing would not.

[54] This apparent anomaly, or inconsistency, must yield to Parliament’s intent, and the best

plus tôt pourquoi la possibilité de recourir à la probation dépend de la « période d’emprisonnement » fixée au moment où l’ordonnance est prononcée.

[50] De même, qu’en est-il des ordonnances de probation assortissant des peines d’emprisonnement qui n’excèdent pas deux ans — mais résultent en une période continue d’incarcération de plus de deux ans lorsqu’elles sont conjuguées à d’autres peines infligées au même délinquant par le même tribunal *lors de la même séance*?

[51] De telles ordonnances de probation ont été systématiquement jugées contraires à l’al. 731(1)(b) par des tribunaux des diverses régions du pays (voir, par exemple, *R. c. Young* (1980), 27 C.R. (3d) 85 (C.A.C.-B.); *R. c. Hennigar* (1983), 58 N.S.R. (2d) 110 (C.S. (Div. app.)); *R. c. McPhee* (1993), 128 N.S.R. (2d) 79 (C.A.); *R. c. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22 (C.A.T.N.-O.); *R. c. Hackett* (1986), 30 C.C.C. (3d) 159 (C.A.C.-B.); *R. c. Gill* (1994), 162 A.R. 163 (C.A.); et *R. c. H.J.P.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20 (C.A.T.-N.)).

[52] Bien que l’art. 139 de la *Loi sur le système correctionnel* ou les dispositions l’ayant précédé aient été invoqués dans certaines de ces décisions, j’estime que celles-ci sont bien fondées au regard du seul par. 731(1), compte tenu du principe de la « totalité », lequel n’est pas contesté dans le présent pourvoi.

[53] Les appelants font valoir à cet égard que l’interprétation de l’al. 731(1)(b) retenue par la Cour d’appel fait problème en ce qu’elle traite différemment, en fonction du *moment* où la sentence est prononcée, des délinquants dont la situation est par ailleurs identique. Par exemple, le délinquant qui, à deux dates différentes, est d’abord condamné à deux ans d’emprisonnement pour une infraction donnée, puis à une peine d’un an à purger consécutivement pour une autre infraction, peut faire l’objet d’une ordonnance de probation, alors qu’un autre délinquant à qui les mêmes peines seraient infligées à l’occasion d’une seule et même audience ne le pourrait pas.

[54] L’intention du législateur doit primer sur cette apparente anomalie ou incohérence, et les

indication of Parliament’s intent is the provisions it has enacted.

[55] I need hardly add that it would be a reviewable error for a sentencing court to exploit this difference for the sole purpose of circumventing the two-year rule in s. 731(1)(b). For example, in a proceeding involving multiple counts, indictments, or informations, the sentencing court must not adjourn the sentencing on some of the offences in order to make a probation order that would otherwise contravene s. 731(1)(b).

[56] Moreover, sentencing and appellate courts are empowered to ensure that probation orders are made and applied in an even-handed and appropriate manner. Judicial discretion — and the checks placed upon it — are sufficient to ensure that this scheme is fairly applied.

## VI

[57] In light of the foregoing, I agree with the Court of Appeal that s. 731(1)(b) does not invalidate probation orders imposed on prior occasions.

[58] With respect, however, I take a somewhat different view of fresh probation orders. Like the Ontario Court of Appeal in *Currie* (at p. 416), the British Columbia Court of Appeal held in this case that, “[w]hen the sentence is imposed on a remanet, and the total of the new sentence and the remanet exceeds two years, probation should not be ordered” (para. 74).

[59] And, again as in *Currie*, the Court of Appeal held here that the sentencing court has the jurisdiction to impose a fresh probation order in such circumstances — but it would generally be an error in principle to do so (para. 73). This conclusion was based on the view that s. 731(1)(b) “makes it clear that the intention of Parliament was to limit

dispositions édictées par ce dernier sont la meilleure indication de cette intention.

[55] Il va sans dire que le tribunal qui exploiterait cette différence dans le seul but de contourner la règle des deux ans établie par l’al. 731(1)(b) commettrait une erreur susceptible de révision. Par exemple, dans une instance portant sur de multiples chefs d’accusation, actes d’accusation ou dénonciations, le tribunal ne doit pas ajourner la détermination de la peine à l’égard de certaines infractions dans le but de rendre une ordonnance de probation qui sans cela contreviendrait à l’al. 731(1)(b).

[56] En outre, les tribunaux qui déterminent les peines, ainsi que les cours d’appel, ont le pouvoir de faire en sorte que les ordonnances de probation soient rendues et appliquées de façon uniforme et appropriée. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux — et les mesures de contrôle auxquelles l’exercice de ce pouvoir est assujéti — sont suffisants pour assurer l’application équitable de ce régime.

## VI

[57] Vu ce qui précède, je souscris à la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’al. 731(1)(b) n’a pas pour effet d’invalider des ordonnances de probation rendues antérieurement.

[58] Avec égards toutefois, je suis d’avis différent pour ce qui est des ordonnances de probation subséquentes. À l’instar de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Currie* (à la p. 416), la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a en l’espèce jugé que [TRADUCTION] « [l]orsque la peine est ajoutée au *remanet* et que la nouvelle peine et le *remanet* totalisent plus de deux ans, aucune ordonnance de probation ne doit être rendue » (par. 74).

[59] De plus, tout comme dans *Currie*, la Cour d’appel a conclu dans le présent cas que le tribunal chargé de déterminer la peine a compétence pour rendre une nouvelle ordonnance de probation dans de telles circonstances — mais qu’une telle décision constituerait généralement une erreur de principe (par. 73). Cette conclusion reposait sur

probation orders to situations where the sentence to be served does not exceed two years” (*ibid.*).

[60] If it is an error in principle to make a probation order that follows an aggregate sentence of more than two years, the principle does not arise from s. 731. As I earlier explained, s. 731(1)(b) does not reflect any sort of Parliamentary intention that probation orders be limited to situations where the sentence to be served does not exceed two years.

[61] But probation orders permitted by s. 731(1)(b) are, like other elements of a sentence, subject to review for their fitness. Courts are precluded by the relevant sentencing principles from making a probation order that is clearly unreasonable in the circumstances (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227). Put differently, a probation order that is manifestly inappropriate in itself or that renders unfit the sentence of which it is a part will be set aside on appeal.

[62] In considering whether a fresh probation order is appropriate, the sentencing court must thus take into account the particular circumstances of the offence, the character and needs of the offender, and the purpose and relevant principles of sentencing (*R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 43).

[63] In short, unexpired prior sentences remain an important consideration, though not necessarily decisive, in determining whether a probation order is appropriate.

## VII

[64] A probation order that was appropriate when made may well be rendered inappropriate by a lengthy intervening term of imprisonment.

l’opinion que l’al. 731(1)(b) [TRADUCTION] « indique clairement que le législateur entendait limiter les ordonnances de probation aux cas où la peine à purger n’excède pas deux ans » (*ibid.*).

[60] Si le fait de rendre une ordonnance de probation lorsque la période totale d’emprisonnement excède deux ans constitue une erreur de principe, le principe en question ne découle pas de l’art. 731. Comme je l’ai expliqué plus tôt, l’al. 731(1)(b) n’indique d’aucune façon que le législateur entendait limiter le recours aux ordonnances de probation aux situations où la peine d’emprisonnement à purger ne dépasse pas deux ans.

[61] Cependant, tout comme les autres éléments des peines, la justesse des ordonnances de probation permises par l’al. 731(1)(b) est susceptible de contrôle. Les principes pertinents de détermination de la peine interdisent le prononcé d’une ordonnance de probation nettement déraisonnable compte tenu des circonstances (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227). Autrement dit, une ordonnance de probation qui est en soi manifestement inappropriée ou qui rend injuste la peine dont elle est un élément sera annulée en appel.

[62] Pour décider s’il est approprié de rendre une nouvelle ordonnance de probation, le tribunal qui détermine la peine doit donc tenir compte des circonstances particulières de l’infraction, de la réputation et des besoins du délinquant, ainsi que de l’objectif et des principes pertinents de détermination de la peine (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 43).

[63] En résumé, les peines antérieures non entièrement purgées demeurent une considération importante — mais pas nécessairement décisive — pour déterminer si une ordonnance de probation est appropriée.

## VII

[64] Une ordonnance de probation qui était par ailleurs appropriée lorsqu’elle a été prononcée peut fort bien être rendue inappropriée par l’infliction subséquente d’une longue peine d’emprisonnement.

[65] For example, where a probation order will not come into force for many years after its imposition, or where the total period of incarceration is extended to the point that the offender will be subject to a lengthy period of community supervision while on parole or statutory release, a probation order will generally lack a meaningful rehabilitative purpose.

[66] Existing probation orders are not automatically invalidated in these situations, but this does not mean that subsequent sentencing courts may disregard them. Quite the contrary. Sentencing judges must take into consideration a probation order that, pursuant to s. 732.2 of the *Code*, will come into force following any additional terms of imprisonment imposed by that court.

[67] Sentencing judges should also ensure that offenders understand that probation orders previously imposed are not automatically invalidated by the imposition of additional terms of imprisonment.

[68] Moreover, where a fresh sentence may be thought to strip an existing probation order of its rehabilitative purpose, the sentencing judge should explain the substance of s. 732.2(3) of the *Criminal Code* to the offender. Pursuant to that provision, an offender, probation officer or prosecutor may apply at any time to the court that made the probation order to have the probationary period decreased or in effect terminated.

[69] The court that made the original probation order would have already caused an explanation of this provision to be given to the offender (s. 732.1(5)). However, as the procedure contemplated by s. 732.2(3) is properly applied where an additional sentence overtakes a probation order, it is appropriate to remind the offender of his or her rights

[65] Par exemple, lorsqu'une ordonnance de probation n'entrera en vigueur que de nombreuses années après son prononcé ou encore lorsque la période totale d'incarcération est prolongée au point où le délinquant sera assujéti à une longue surveillance dans la collectivité pendant une libération conditionnelle ou libération d'office, cette ordonnance n'aura généralement aucune utilité aux fins de réinsertion sociale.

[66] Bien que les ordonnances de probation existantes ne soient pas automatiquement invalidées dans de telles situations, cela ne veut toutefois pas dire que le tribunal appelé subséquentement à déterminer la peine à infliger au délinquant concerné peut faire abstraction de ces ordonnances. Bien au contraire. Le juge chargé de déterminer la peine doit prendre en considération toute ordonnance de probation qui, conformément à l'art. 732.2 du *Code*, entrera en vigueur à la fin des périodes d'emprisonnement qu'il infligera.

[67] Le juge qui détermine la peine d'un délinquant doit également s'assurer que celui-ci comprend bien que les ordonnances de probation lui ayant été imposées antérieurement ne sont pas automatiquement invalidées par les peines d'emprisonnement additionnelles auxquelles il est condamné.

[68] Qui plus est, dans les cas où la nouvelle peine d'emprisonnement peut être considérée comme ayant pour effet d'enlever à une ordonnance de probation existante son utilité comme mesure de réinsertion sociale, le juge qui détermine la peine doit expliquer au délinquant le contenu du par. 732.2(3) du *Code criminel*. En vertu de cette disposition, le délinquant, un agent de probation ou le poursuivant peut à tout moment demander au tribunal ayant rendu l'ordonnance de probation d'abrégéer la période de probation ou, dans les faits, d'y mettre fin.

[69] Le tribunal qui a rendu l'ordonnance de probation en question aura déjà veillé à ce que le contenu du par. 732.2(3) soit expliqué au délinquant (par. 732.1(5)). Toutefois, comme la procédure prévue au par. 732.2(3) s'applique tout particulièrement dans les cas où une peine d'emprisonnement additionnelle vient supplanter une ordonnance de probation, il

in this regard at the time of the subsequent sentencing.

[70] Finally, provided that the statutory and procedural requirements are met, the offender or the Crown may apply to the sentencing court *itself* under s. 732.2(3) to have an outstanding probation order varied or decreased.

### VIII

[71] For the reasons given, all of the probation orders attacked by the appellants were valid when made and no prior or subsequent sentences imposed on either appellant had, or could have had, the effect of invalidating any of their probation orders, either prospectively or retrospectively.

[72] Accordingly, as mentioned at the outset, I would affirm the judgment of the British Columbia Court of Appeal and dismiss the appeals of Mr. Knott and D.A.P. to this Court.

*Appeals dismissed.*

*Solicitor for the appellant Damon William Knott: Anna King, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant D.A.P.: Eric Purtzki, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

convient alors de rappeler au délinquant les droits dont il dispose à cet égard au moment de la détermination de cette nouvelle peine.

[70] Enfin, dans la mesure où les obligations légales et procédurales sont respectées, le délinquant ou le ministère public peut, en vertu du par. 732.2(3), demander au tribunal *même* chargé de déterminer la peine subséquente de modifier une ordonnance de probation existante ou d'en abrégier la durée d'application.

### VIII

[71] Pour tous ces motifs, les ordonnances de probation contestées par les appelants étaient valides lorsqu'elles ont été prononcées, et aucune peine d'emprisonnement infligée antérieurement ou subséquemment à ces derniers n'a eu pour effet d'invalidier l'une ou l'autre de ces ordonnances — prospectivement ou rétroactivement — ou n'aurait pu avoir un tel effet.

[72] Par conséquent, comme je l'ai indiqué au tout début, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rejeter les pourvois formés par M. Knott et par D.A.P. devant notre Cour.

*Pourvois rejetés.*

*Procureure de l'appellant Damon William Knott : Anna King, Vancouver.*

*Procureur de l'appellant D.A.P. : Eric Purtzki, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*