

**David Scott Hall** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Criminal Lawyers' Association (Ontario) and the Association des avocats de la défense de Montréal** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. HALL**

**Neutral citation: 2002 SCC 64.**

File No.: 28223.

2002: April 23; 2002: October 10.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Presumption of innocence — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” infringing presumption of innocence and right “not to be denied reasonable bail without just cause” — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Vagueness — Whether part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail in order “to maintain confidence in the administration of justice” infringing right “not to be denied reasonable bail without just cause” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).*

**David Scott Hall** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et l'Association des avocats de la défense de Montréal** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. HALL**

**Référence neutre : 2002 CSC 64.**

N° du greffe : 28223.

2002 : 23 avril; 2002 : 10 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Présomption d'innocence — Imprécision — La partie de l'art. 515(10)(c) du Code criminel qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « [s']il est démontré une autre juste cause » viole-t-elle la présomption d'innocence et le droit « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable »? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)(c).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Imprécision — La partie de l'art. 515(10)(c) du Code criminel qui permet de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » viole-t-elle le droit constitutionnel « de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)(c).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — First part of s. 515(10)(c) of Criminal Code authorizing denial of bail “on any other just cause being shown” inconsistent with Charter rights — Second part of s. 515(10)(c) authorizing denial of bail “to maintain confidence in the administration of justice” constitutional — Appropriate remedy — Constitution Act, 1982, s. 52 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).*

*Criminal law — Judicial interim release — Justification for detention in custody — Accused denied bail under s. 515(10)(c) of Criminal Code in order “to maintain confidence in the administration of justice” — Whether bail judge erred in denying bail on that basis — Whether s. 515(10)(c) of Criminal Code unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10)(c).*

In 1999, a woman’s body was found with 37 wounds to her hands, forearms, shoulder, neck and face. Her assailant had tried to cut off her head. The murder caused significant public concern and a general fear that a killer was at large. Based on compelling evidence linking the accused to the crime, he was charged with first degree murder. He applied for bail. The bail judge held that pre-trial detention was not necessary “to ensure . . . attendance in court” nor for the “safety of the public” (s. 515(10)(a) and (b) of the *Criminal Code*). He denied bail, however, under s. 515(10)(c) in order “to maintain confidence in the administration of justice” in view of the highly charged aftermath of the murder, the strong evidence implicating the accused, and the other factors referred to in para. (c). A superior court judge dismissed the accused’s *habeas corpus* application challenging the constitutionality of s. 515(10)(c). The Court of Appeal affirmed the decision.

*Held* (Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and Binnie JJ.: Determining the constitutionality of denying bail in order to maintain confidence in the administration of justice requires considering

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — La première partie de l’art. 515(10)c du Code criminel qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause » est incompatible avec les droits garantis par la Charte — La deuxième partie de l’art. 515(10)c qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » est constitutionnelle — Réparation convenable — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c.*

*Droit criminel — Mise en liberté provisoire par voie judiciaire — Motifs justifiant la détention — Mise en liberté sous caution de l’accusé refusée en vertu de l’art. 515(10)c du Code criminel « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » — Le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a-t-il eu tort de la rejeter pour ce motif? — L’article 515(10)c du Code criminel est-il inconstitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 515(10)c.*

En 1999, une femme a été trouvée morte. Son corps portait les marques de 37 entailles infligées aux mains, aux avant-bras, à l’épaule, au cou et au visage. Son agresseur avait essayé de la décapiter. Le meurtre a suscité beaucoup d’inquiétude dans la population et une crainte générale qu’un assassin soit en liberté. Sur la foi d’une preuve convaincante le liant au crime, l’accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. Il a présenté une demande de mise en liberté sous caution. Le juge appelé à se prononcer sur cette demande a décidé que la détention de l’accusé avant son procès n’était pas nécessaire « pour assurer sa présence au tribunal » ou pour la « sécurité du public » (al. 515(10)a) et b) du *Code criminel*). Cependant, il s’est fondé sur l’al. 515(10)c pour lui refuser la mise en liberté sous caution afin de « ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », compte tenu des lourdes conséquences du meurtre, de la preuve convaincante impliquant l’accusé et des autres facteurs mentionnés à l’al. c). Un juge de cour supérieure a rejeté la demande d’*habeas corpus* dans laquelle l’accusé contestait la constitutionnalité de l’al. 515(10)c. La Cour d’appel a confirmé cette décision.

*Arrêt* (les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef* McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et Binnie : Il est nécessaire d’examiner l’ensemble de l’al. 515(10)c pour se prononcer sur la constitutionnalité du refus d’accorder la mise

s. 515(10)(c) as a whole. The portion of s. 515(10)(c) permitting detention “on any other just cause being shown” is unconstitutional. Because the impugned phrase confers an open-ended judicial discretion to refuse bail, it is inconsistent with both s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees a right “not to be denied reasonable bail without just cause”, and the presumption of innocence. It is a fundamental principle of justice that an individual cannot be detained by virtue of a vague legal provision. Parliament must lay out narrow and precise circumstances in which bail can be denied. The impugned phrase is not justified under s. 1 of the *Charter*. Its generality impels its failure of the proportionality branch of the *Oakes* test. To the extent the phrase is inconsistent with the *Charter*, it is void. The next phrase in s. 515(10)(c) (“without limiting the generality of the foregoing”) is also void since it only confirms the generality of the preceding phrase.

The balance of s. 515(10)(c), which authorizes the denial of bail in order “to maintain confidence in the administration of justice”, is valid. It provides a basis for denying bail not covered by s. 515(10)(a) and (b). Although the circumstances in which recourse to this ground for bail denial may not arise frequently, when they do it is essential that a means of denying bail be available because public confidence is essential to the proper functioning of the bail system and the justice system as a whole.

Denial of bail “to maintain confidence in the administration of justice” having regard to the factors set out in s. 515(10)(c) complies with s. 11(e) of the *Charter*. This ground is narrower and more precise than the old public interest ground which was struck down as vague in 1992 and provides an intelligible standard for debate and for the exercise of discretion. The means chosen do not go further than necessary to achieve Parliament’s purpose of maintaining public confidence in the bail system and the justice system as whole. Parliament has hedged the provision with important safeguards: a judge can only deny bail if satisfied that, in view of the four specified factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial of bail is necessary to maintain confidence in the administration of justice. The provision is not overbroad but strikes an appropriate balance between the rights of

en liberté sous caution afin de maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice. La partie de l’al. 515(10)(c) qui permet la détention « [s’il est démontré une autre juste cause » est inconstitutionnelle. Parce qu’ils confèrent aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution, les mots contestés sont incompatibles avec l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit « de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable », et avec la présomption d’innocence. Selon un principe de justice fondamental, un individu ne peut pas être détenu en vertu d’une disposition législative imprécise. Le législateur doit exposer les circonstances bien précises dans lesquelles la mise en liberté sous caution peut être refusée. Les mots contestés ne sont pas justifiés au regard de l’article premier de la *Charte*. Ces mots ne satisfont pas au volet « proportionnalité » du critère de l’arrêt *Oakes* en raison de leur caractère général. Ils sont inopérants dans la mesure où ils sont incompatibles avec la *Charte*. Les mots suivants (« sans préjudice de ce qui précède ») que l’on trouve à l’al. 515(10)(c) sont également inopérants vu qu’ils ne font que confirmer la généralité de ceux qui précèdent.

Le reste de l’al. 515(10)(c), qui permet de refuser la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », est valide. Il énonce un motif de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution, qui n’est pas visé par les al. 515(10)(a) et (b). Bien que les circonstances dans lesquelles il est possible d’invoquer ce motif de refus d’accorder la mise en liberté sous caution puissent être rares, lorsqu’elles se présentent, il est essentiel de disposer d’un moyen de refuser cette mise en liberté étant donné que la confiance du public est essentielle au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et de l’ensemble du système de justice.

Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », eu égard aux facteurs énoncés à l’al. 515(10)(c), est conforme à l’al. 11e) de la *Charte*. Ce motif est plus limité et précis que l’ancien motif de l’intérêt public qui a été invalidé pour cause d’imprécision en 1992. De plus, il énonce une norme intelligible permettant un débat et guidant l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Les moyens choisis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l’objectif du législateur de maintenir la confiance du public dans le système de mise en liberté sous caution et dans l’ensemble du système de justice. Le législateur a assorti la disposition d’importantes garanties : le juge peut refuser d’accorder la mise en liberté sous caution uniquement s’il est persuadé, à la lumière des quatre facteurs énoncés et des circonstances connexes, qu’un membre raisonnable de la collectivité

the accused and the need to maintain justice in the community.

The appropriate remedy in this case is to sever the phrase “on any other just cause being shown, and without limiting the generality of the foregoing.”. The balance of s. 515(10)(c) can stand alone as a functioning whole without doing damage to Parliament’s intention.

The bail judge in this case considered the relevant factors and held that it was necessary to deny bail in order to maintain public confidence in the justice system. There is no error in his reasoning.

*Per* Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. (dissenting): At the heart of a free and democratic society is the liberty of its subjects and our justice system must minimize unwarranted denials of liberty. In the criminal law context, this freedom is embodied generally in the right to be presumed innocent until proven guilty and specifically in the right to bail. Under s. 11(e) of the *Charter*, “[a]ny person charged with an offence has the right . . . not to be denied reasonable bail without just cause”. The reference to “just cause” requires that bail is to be denied only in a narrow set of circumstances and where necessary to promote the proper functioning of the bail system. It cannot be denied for a purpose extraneous to the bail system. Section 515(10)(c) must thus be scrutinized in light of these constitutional requirements.

Fear that a bail judge will be unable to protect the public without s. 515(10)(c) is without reasonable foundation. There is no evidence that the bail system was lacking in any way before the introduction of the provision in 1997, five years after the “public interest” ground for denying bail had been struck down as unconstitutionally vague. The Crown could not raise even a convincing hypothetical scenario that would require pre-trial detention for reasons not contemplated by s. 515(10)(a) or (b). The wording of s. 515(10)(b) is broad enough to encompass threats to “the protection or safety of the public” other than from an accused and including public unrest and vigilantism.

serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. La disposition n’a pas une portée excessive. Elle établit plutôt un juste équilibre entre les droits de l’accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité.

La réparation convenable en l’espèce consiste à dissocier de l’alinéa les mots « il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, ». Le reste de l’al. 515(10)(c) demeure un ensemble fonctionnel et ne compromet pas l’intention du législateur.

Après avoir tenu compte des facteurs pertinents, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a conclu qu’il était nécessaire de la rejeter pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Son raisonnement n’est entaché d’aucune erreur.

*Les* juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel (dissidents) : La liberté du citoyen est au cœur d’une société libre et démocratique, et notre système de justice doit réduire au minimum les privations injustifiées de liberté. En droit criminel, cette liberté se traduit de manière générale par le droit d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire et, plus précisément, par le droit à la mise en liberté sous caution. Aux termes de l’al. 11e) de la *Charte*, « [t]out inculpé a le droit [. . .] de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’une cautionnement raisonnable ». La mention d’une « juste cause » fait en sorte que la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas bien précis et lorsque cela s’impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. La mise en liberté ne peut être refusée à des fins extérieures au système de mise en liberté sous caution. Il faut donc examiner attentivement l’al. 515(10)(c) à la lumière de ces conditions constitutionnelles.

Est dépourvue de fondement raisonnable la crainte que le juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution soit incapable de protéger le public sans recourir à l’al. 515(10)(c). Rien ne prouve que le système de mise en liberté sous caution comportait quelque lacune avant l’introduction de la disposition en 1997, cinq ans après que le motif de l’« intérêt public » eut été invalidé pour cause d’imprécision inconstitutionnelle. Le ministère public a été incapable d’énoncer ne serait-ce qu’un scénario hypothétique convaincant où la détention avant le procès s’imposerait pour des motifs non prévus à l’al. 515(10)(a) ou (b). Le libellé de l’al. 515(10)(b) est assez général pour viser les menaces à « la protection ou [à] la sécurité du public » autres que celles que présente l’accusé, et notamment les désordres et les actes de justicier au sein de la population.

Section 515(10)(c) must be assessed as a whole. Its structure belies piecemeal analysis. To ignore the words at the heart of the provision and to focus only on the single listed example disregards the required analysis. For the purposes of argument, however, the two components of s. 515(10)(c) are assessed separately. Even if these components are considered independently, neither can withstand constitutional scrutiny.

It is impossible to hold that the phrase “any other just cause” provides for the denial of bail under a narrow set of circumstances. The phrase is deliberately open-ended and is more vague than the old “public interest” ground for denying bail because it fails to specify even a particular basis upon which bail may be denied. This open-ended judicial discretion to deny bail does not promote the proper functioning of the bail system. The broader the terms under which bail may be denied, the more the presumption of innocence — the *raison d’être* of the bail system — is compromised.

Nor does the “confidence in the administration of justice” component of s. 515(10)(c) provide a sufficiently precise standard. The specific factors listed in s. 515(10)(c) provide little more than a facade of precision. Whether the phrase “maintain confidence in the administration of justice” has been given a workable standard by courts and/or Parliament in other contexts, in the context of s. 515(10)(c) it is impermissibly vague because of the failure to establish a plausible and valid ground for denying bail that would serve the proper administration of the bail system and that is not already covered under the more specific grounds in s. 515(10)(a) and (b). Without such an independent ground, the listed factors, by themselves, point to a denial of bail on the mere two-fold basis of a serious crime and a strong *prima facie* case; however, it does not promote the proper functioning of the bail system to detain an accused on this basis alone, when the accused is not a flight risk and does not pose a threat to public safety. Section 515(10)(c) essentially revives the old “public interest” ground and invokes similarly vague notions of the public image of the criminal justice system. It is ripe for misuse and allows irrational public fears to be elevated above an accused’s *Charter* rights. In this case, the bail judge erred in considering the subjective fears of the public after determining there was no risk of flight nor any threat to the public. The reaction of the public may assist in determining the threat posed by the accused’s released under the public safety ground, but that is not what was decided in this case. The problem with s. 515(10)(c) is that it allows the subjective

L’alinéa 515(10)(c) doit être apprécié dans son ensemble. De par sa structure, il ne se prête pas à une analyse fragmentaire. C’est faire fi de l’analyse qui s’impose que de ne pas tenir compte des mots qui sont au cœur de cette disposition et de ne mettre l’accent que sur le seul exemple donné. Cependant, pour les besoins du débat, les deux volets de l’al. 515(10)(c) sont analysés séparément. Même lorsque ces volets sont considérés indépendamment l’un de l’autre, aucun ne résiste à l’examen constitutionnel.

Il est impossible de conclure que l’expression « une autre juste cause » permet de refuser la mise en liberté sous caution dans certains cas bien précis. Cette expression a une portée délibérément illimitée et est plus imprécise que l’ancien motif de l’« intérêt public », du fait qu’elle ne précise même pas un motif justifiant le refus d’accorder la mise en liberté sous caution. Ce pouvoir discrétionnaire illimité de refuser la mise en liberté sous caution ne favorise en rien le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. Plus les conditions auxquelles la mise en liberté peut être refusée sont générales, plus la présomption d’innocence — qui est la raison d’être du système de mise en liberté sous caution — est compromise.

Le volet « confiance du public envers l’administration de la justice » de l’al. 515(10)(c) n’établit pas non plus une norme suffisamment précise. Les facteurs particuliers énumérés à l’al. 515(10)(c) contribuent tout au plus à donner une fausse apparence de précision. Peu importe que les tribunaux ou le législateur, ou les deux à la fois, aient considéré, dans d’autres contextes, que l’expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » établissait une norme pratique, cette expression est, dans le contexte de l’al. 515(10)(c), d’une imprécision inacceptable du fait qu’elle n’établit pas un motif de refus plausible et valide qui favoriserait la bonne administration du système de mise en liberté sous caution et qui n’est pas déjà visé par les motifs plus précis énumérés aux al. 515(10)(a) et (b). En l’absence d’un tel motif indépendant, les facteurs énumérés indiquent en soi que la mise en liberté sous caution sera refusée simplement en raison du double motif de la gravité de l’infraction et de l’existence d’une preuve convaincante à première vue. Toutefois, la détention, pour ce seul motif, d’un accusé qui ne risque pas de s’esquiver ou qui ne constitue pas une menace pour la sécurité du public ne favorise en rien le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. L’alinéa 515(10)(c) fait essentiellement renaître l’ancien motif de l’« intérêt public » et s’appuie sur des notions tout aussi imprécises de l’image du système de justice criminelle auprès du public. Il se prête aux abus et permet que les craintes irrationnelles du public l’emportent sur les droits que la *Charte* garantit à l’accusé. En l’espèce, le juge appelé

fears of the public and ill-informed emotional impulses extraneous to the bail system to form a sole basis for denying bail.

Section 515(10)(c) cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. First, the respondent did not identify a pressing and substantial objective furthered by the provision. Section 515(10)(c) is difficult to justify as “pressing and substantial”, especially given the respondent’s failure to identify particular circumstances where s. 515(10)(c) would validly operate. In enacting s. 515(10)(c), Parliament did not appear motivated by evidence of deficiencies in the bail system. No provision similar to s. 515(10)(c) exists in comparable legal systems. Second, s. 515(10)(c) fails the proportionality stage of the *Oakes* test. It authorizes detention for reasons not in furtherance of, and with no rational connection to, the proper functioning of the bail system. The broad discretion granted in s. 515(10)(c) cannot be viewed as minimally impairing the accused’s s. 11(e) right and permits detentions in a much broader array of circumstances than necessary. There is no proportionality between the deleterious and the salutary effects of s. 515(10)(c). Pre-trial detention has concrete and profound deleterious effects on the accused that outweigh any potential salutary effects that might exist.

The only available remedy is to strike down s. 515(10)(c) in its entirety. Although the section may encompass instances where bail could be denied without offending s. 11(e), this Court cannot sufficiently narrow the scope of that section without seriously intruding into the legislative sphere. In this regard, even if the administration of justice portion of the provision were constitutional, s. 515(10)(c) could not be read down to include only this portion. The second component of s. 515(10)(c) is but an example of denying bail “on any other just cause”. To convert a single example of an explicitly open-ended rule into the rule itself substantially

à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a eu tort de prendre en considération les craintes subjectives du public, après avoir conclu qu’il n’y avait aucune raison de craindre que l’accusé s’esquive ni aucune menace pour le public. La réaction du public peut entrer en ligne de compte dans l’évaluation de la menace que l’accusé pourra présenter pour la sécurité du public s’il est mis en liberté, mais ce n’est pas ce qui a été pris en considération en l’espèce. Le problème que pose l’al. 515(10)(c) est qu’il permet que les craintes subjectives du public et les réactions émotives de gens mal informés qui sont extérieures à notre système de mise en liberté sous caution justifient à elles seules le refus d’accorder la mise en liberté sous caution.

L’alinéa 515(10)(c) ne peut pas être sauvegardé au regard de l’article premier de la *Charte*. Premièrement, l’intimée n’a énoncé aucun objectif urgent et réel dont cet alinéa favoriserait la réalisation. Il est difficile d’affirmer que l’al. 515(10)(c) est justifié pour le motif qu’il se rapporte à une préoccupation « urgente et réelle », en raison particulièrement du défaut de l’intimée d’énoncer des circonstances particulières où l’application de cet alinéa serait valide. L’adoption de l’al. 515(10)(c) par le législateur ne paraît pas avoir été motivée par une preuve que le système de mise en liberté sous caution comportait des lacunes. Il n’existe aucune disposition semblable à l’al. 515(10)(c) dans des systèmes juridiques comparables. Deuxièmement, l’al. 515(10)(c) ne satisfait pas au critère de proportionnalité dégagé dans l’arrêt *Oakes*. Il permet la détention pour des motifs qui ne favorisent pas le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et qui n’ont aucun lien rationnel avec celui-ci. On ne peut pas considérer que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l’al. 515(10)(c) porte une atteinte minimale aux droits garantis à l’accusé par l’al. 11(e). De plus, il autorise la détention dans beaucoup plus de cas que ce qui est nécessaire. Il n’y a aucune proportionnalité entre les effets pernicieux et les effets bénéfiques de l’al. 515(10)(c). La détention avant le procès a sur l’accusé des effets pernicieux tangibles et profonds qui l’emportent sur tout effet bénéfique éventuel.

La seule réparation possible est l’invalidation de l’al. 515(10)(c) au complet. Bien que cet alinéa puisse s’appliquer à des cas où la mise en liberté sous caution pourrait être refusée sans qu’il en résulte une violation de l’al. 11(e), notre Cour n’est pas en mesure d’en limiter suffisamment la portée sans empiéter gravement sur le domaine législatif. À cet égard, même si la partie relative à l’administration de la justice était constitutionnelle, l’al. 515(10)(c) ne saurait être considéré comme n’incluant que cette partie. Le second volet de l’alinéa n’est qu’un exemple de cas où la mise en liberté sous caution peut être refusée pour « une autre juste cause ». Prendre ce

changes the significance of the provision and contravenes Parliament's clear intention not to limit the generality of "any other just cause".

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *R. v. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239; *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377; *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76; *R. v. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Iacobucci J. (dissenting)

*R. v. Rose* (1898), 18 Cox C.C. 717; *R. v. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155; *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Re Powers and The Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533; *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *S v. Dlamini*, 1999 (4) SA 623; *R. v. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30.  
*Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37, s. 5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(e).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 457(7)(a), (b).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486(1), 515(10) [am. 1997, c. 18, s. 59], 522.

seul exemple de l'application d'une règle dont la portée est explicitement illimitée et en faire la règle elle-même revient à modifier grandement le sens de la disposition et va à l'encontre de l'intention manifeste du législateur de ne pas restreindre le caractère général de l'expression « une autre juste cause ».

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239; *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377; *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76; *R. c. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

*R. c. Rose* (1898), 18 Cox C.C. 717; *R. c. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155; *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Re Powers and The Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533; *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL); *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *S c. Dlamini*, 1999 (4) SA 623; *R. c. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

### Lois et règlements cités

*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, ch. 30.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11(e).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1), 515(10) [mod. 1997, ch. 18, art. 59], 522.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 463(1) [mod. 1960-61, ch. 43, art. 16], (3).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 457(7)(a), (b).

*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 463(1) [am. 1960-61, c. 43, s. 16], (3).  
*Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 59.

#### Authors Cited

Canada. Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.

Canada. National Council of Welfare. *Justice and the Poor: A National Council of Welfare Publication*. Ottawa: The Council, 2000.

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 60, 2nd Sess., 35th Parl., April 21, 1997, p. 60:30.

Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.

Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*. Toronto: The Commission, 1995.

Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

Stuart, Don. "Hall: The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision" (2000), 35 C.R. (5th) 219.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 136 O.A.C. 20, 147 C.C.C. (3d) 279, 35 C.R. (5th) 201, 77 C.R.R. (2d) 1, 50 O.R. (3d) 257, [2000] O.J. No. 3188 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice, [1999] O.J. No. 4565 (QL), dismissing the accused's application for *habeas corpus* and relief and upholding the constitutionality of s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. dissenting.

*John Norris*, for the appellant.

*Eric H. Siebenmorgen*, for the respondent.

*Peter DeFreitas* and *Robert W. Hubbard*, for the interveners the Attorney General of Canada.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, art. 59.  
*Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37, art. 5.

#### Doctrine citée

Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.

Canada. Conseil national du bien-être social. *La justice et les pauvres : Une publication du Conseil national du bien-être social*. Ottawa : Le Conseil, 2000.

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 60, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 21 avril 1997, p. 60:30.

Friedland, Martin L. *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto : University of Toronto Press, 1965.

Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*. Toronto : La Commission, 1995.

Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford : Stanford University Press, 1968.

Stuart, Don. « Hall : The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision » (2000), 35 C.R. (5th) 219.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 136 O.A.C. 20, 147 C.C.C. (3d) 279, 35 C.R. (5th) 201, 77 C.R.R. (2d) 1, 50 O.R. (3d) 257, [2000] O.J. No. 3188 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure de justice, [1999] O.J. No. 4565 (QL), rejetant une demande d'*habeas corpus* et de réparation présentée par l'accusé et confirmant la constitutionnalité de l'al. 515(10)(c) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel sont dissidents.

*John Norris*, pour l'appelant.

*Eric H. Siebenmorgen*, pour l'intimé.

*Peter DeFreitas* et *Robert W. Hubbard*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jacques Blais and Juli Drolet*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Louis P. Strezos*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Christian Desrosiers and Martin Vauclair*, for the intervener the Association des avocats de la défense de Montréal.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

On May 3, 1999, Peggy Jo Barkley-Dube's body was found on the kitchen floor of her home in the city of Sault Ste. Marie. The cause of death was massive hemorrhage from approximately 37 separate slash wounds to her hands, forearms, shoulder, neck and face. Her neck had been cut to the vertebrae and medical evidence indicated that the assailant intended to cut her head off.

On June 4, 1999, the appellant, the victim's husband's second cousin, was charged with first degree murder. Compelling evidence linked him to the crime. Areas in the victim's home contained traces of the appellant's blood. Footprint impressions containing the victim's blood and matching the type of running shoes worn by the appellant were found in her dining room and kitchen. The same footprint impressions had been left by the appellant in his parents' home. A surveillance video from a convenience store showed the appellant on the night of the homicide wearing shoes matching those seized from his parents' home. The appellant admitted to police that he had been in the convenience store that night but denied that he had been wearing the shoes.

The murder received much media attention and caused significant public concern. A police officer testified that there was a general sense of fear that there was a killer at large, and the victim's father

*Jacques Blais et Juli Drolet*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Louis P. Strezos*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Christian Desrosiers et Martin Vauclair*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

Le 3 mai 1999, Peggy Jo Barkley-Dube a été trouvée morte, sur le plancher de la cuisine, dans sa maison de Sault Ste. Marie. Elle était décédée des suites d'une hémorragie massive provoquée par environ 37 entailles infligées aux mains, aux avant-bras, à l'épaule, au cou et au visage. Le cou de la victime était entaillé jusqu'aux vertèbres et, d'après la preuve médicale, l'agresseur avait essayé de la décapiter.

L'appellant, cousin germain du mari de la victime, a été accusé de meurtre au premier degré le 4 juin 1999. Une preuve convaincante le liait au crime. Il y avait des traces de sang de l'appellant dans des pièces de la maison de la victime. Des traces de pas, faites avec le sang de la victime et correspondant au type de chaussures de sport portées par l'appellant, ont été découvertes dans la salle à manger et la cuisine de la victime. L'appellant avait laissé les mêmes traces de pas au domicile de ses parents. L'enregistrement vidéo effectué par une caméra de surveillance dans un dépanneur a permis de constater que l'appellant portait, la nuit du meurtre, des chaussures correspondant à celles saisies au domicile de ses parents. L'appellant a avoué à la police être allé au dépanneur ce soir-là, mais a nié avoir porté ces chaussures.

Le meurtre a fait la manchette des médias et a suscité beaucoup d'inquiétude dans la population. Selon un policier, il régnait au sein de la population un sentiment général de crainte qu'un

1

2

3

testified that his wife and three other daughters were very fearful.

4 The appellant applied for bail. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(10) provides that bail may be denied in three situations:

(a) where the detention is necessary to ensure [the accused's] attendance in court in order to be dealt with according to law;

(b) where the detention is necessary for the protection or safety of the public . . . including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice; and

(c) on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment. [Emphasis added.]

5 Bolan J. held that the evidence did not support denying bail on the first two grounds. He was satisfied that the accused's community and family ties, plus the ample security proposed, would ensure that the accused would appear for his trial should he be released on bail. He was also satisfied that there was no reason to think the accused would commit an offence while on release and that bail conditions could be imposed which would eliminate this risk. He found, however, that the accused's detention was necessary to maintain confidence in the administration of justice in view of the highly charged aftermath of the murder, the strong evidence implicating the accused, and the other factors referred to in s. 515(10)(c).

6 Fear prevailed in the community. As Bolan J. put it:

assassin soit en liberté, et le père de la victime a déclaré que sa femme et ses trois autres filles étaient très effrayées.

L'appelant a présenté une demande de mise en liberté sous caution. Le paragraphe 515(10) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que la mise en liberté sous caution peut être refusée dans trois cas :

a) [l]a détention [de l'accusé] est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public [. . .] y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

c) il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement. [Je souligne.]

Le juge Bolan a conclu que la preuve n'était pas le refus d'accorder la mise en liberté sous caution pour les deux premiers motifs. Il était convaincu qu'outre le cautionnement élevé proposé, les liens qu'entretenait l'accusé avec sa famille et la collectivité assureraient sa comparution au procès s'il était mis en liberté sous caution. Il était également persuadé que rien ne permettait de croire que l'accusé commettrait une infraction s'il était mis en liberté sous caution, et qu'il était possible d'assujettir sa mise en liberté à des conditions qui élimineraient ce risque. Il a cependant conclu que la détention de l'accusé était nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice, compte tenu des lourdes conséquences du meurtre, de la preuve convaincante impliquant l'accusé et des autres facteurs mentionnés à l'al. 515(10)c).

Un sentiment de crainte régnait dans la collectivité. Comme le juge Bolan l'a affirmé :

This City, like any other small cities, looks to its courts for protection. The feelings of the community have been expressed by certain witnesses. Some people are afraid, and some people have voiced their concerns. This is a factor which I will accordingly take into consideration when I assess the third ground.

Moreover, the offence was grievous:

There is no higher or worse crime in this country than first degree murder. It is the pinnacle of evil in our society. It is so evil that a conviction carries a life sentence with no parole eligibility for 25 years, subject to judicial review after 15 years. Insofar as the circumstances of the case are concerned, they can only be described as horrific.

Finally, the Crown's case was strong. Bolan J. stated:

This . . . forensic evidence makes the Crown's case very compelling. We have the evidence of an expert, someone who made a scientific study, who says that the print in the victim's blood came from a pair of shoes owned by the accused and found in the accused's father's residence. Putting it another way, the shoe fits the print.

Taking all these factors into account, Bolan J. concluded:

I am satisfied that the accused has showed good cause for release under grounds one and two, however, under the third ground his detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice.

The denial of bail was upheld on superior court review (Caputo J.) and in the Ontario Court of Appeal (*per* Osborne A.C.J.). Both courts upheld s. 515(10)(c) as constitutional and supported Bolan J.'s order. The appellant was convicted and was sentenced for second degree murder on November 10, 2000. However, the issue raised by his bail application continues to be important, if not for him, for others charged with offences and for the Canadian public.

[TRADUCTION] Cette ville, à l'instar de toute autre petite ville, compte sur les tribunaux pour sa protection. Certains témoins ont fait part des sentiments de la collectivité. Certaines personnes ont peur et d'autres ont exprimé leurs inquiétudes. Par conséquent, c'est un facteur dont je vais tenir compte dans mon examen de troisième motif.

De plus, l'infraction était grave :

[TRADUCTION] Il n'y a pas pire crime dans notre pays que le meurtre au premier degré. C'est l'acte le plus répréhensible dans notre société. Cet acte est si abominable qu'une déclaration de culpabilité entraîne un emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans, sous réserve d'un examen judiciaire après 15 ans. Tout ce que l'on peut dire des circonstances de l'affaire dont nous sommes saisis est qu'elles sont horribles.

Enfin, la preuve du ministère public était convaincante. D'affirmer le juge Bolan :

[TRADUCTION] Cet[te] [. . .] preuve médico-légale rend très convaincante la preuve du ministère public. Nous avons le témoignage d'un expert, qui a procédé à une analyse scientifique et qui affirme que l'empreinte faite avec le sang de la victime provenait de chaussures appartenant à l'accusé et découvertes à la résidence du père de l'accusé. Autrement dit, la chaussure correspond à l'empreinte.

À la lumière de tous ces facteurs, le juge Bolan a conclu :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que l'accusé a fourni de bons arguments pour justifier sa mise en liberté en ce qui concerne les deux premiers motifs; toutefois, en ce qui concerne le troisième motif, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice.

Le refus d'accorder la mise en liberté sous caution a été confirmé par une cour supérieure (le juge Caputo) et par la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint Osborne). Les deux cours ont jugé que l'al. 515(10)(c) était constitutionnel et qu'il étayait l'ordonnance du juge Bolan. L'appellant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et s'est vu infliger une peine à cet égard le 10 novembre 2000. Toutefois, la question soulevée par sa demande de mise en liberté sous caution demeure importante, si ce n'est pour lui, du moins pour les autres personnes accusées d'une infraction et pour la population canadienne.

7

8

9

10

11 The issue in this case is whether Bolan J. erred in denying bail on the basis that this was necessary “to maintain confidence in the administration of justice”. The appellant argues that the provision of the *Criminal Code* on which the order was based is unconstitutional on the ground that it violates the presumption of innocence and the right not to be denied reasonable bail except for “just cause” guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Emphasizing the opening reference to “other just cause”, the appellant asserts that the third ground is unnecessary and represents an attempt to revive the old public interest ground for denying bail which was held unconstitutional on the ground that it constituted a “standardless sweep”: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711.

12 Any bail provision that confers an open-ended judicial discretion to refuse bail is unconstitutional, and it is a fundamental principle of justice that an individual cannot be detained by virtue of a vague legal provision. For these reasons, I agree that the opening phrase of s. 515(10)(c), read as conferring a broad discretion to deny bail for “just cause”, is unconstitutional. However, the balance of s. 515(10)(c), which permits denial of bail where necessary to maintain confidence in the administration of justice, plays a vital role in preserving the bail system and the good administration of justice, and is neither unduly vague nor overbroad.

## II. Analysis

### 1. *Legislative Background*

13 Section 11(e) of the *Charter* provides that “[a]ny person charged with an offence has the right . . . not to be denied reasonable bail without just cause”. The right conferred is “a basic entitlement to be granted

Il s’agit, en l’espèce, de savoir si le juge Bolan a commis une erreur en refusant la mise en liberté sous caution pour le motif que cela était nécessaire « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice ». L’appelant plaide l’inconstitutionnalité de la disposition du *Code criminel* sur laquelle l’ordonnance est fondée pour le motif qu’elle va à l’encontre de la présomption d’innocence et du droit, garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, de ne pas être privé sans « juste cause » d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable. Soulignant les premiers mots « autre juste cause », l’appelant prétend que le troisième motif est inutile et représente une tentative de rétablir l’ancien motif consistant à justifier par l’intérêt public le refus d’accorder la mise en liberté sous caution, qui a été jugé inconstitutionnel parce qu’il laissait une « large place à l’arbitraire » : *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

Toute disposition en matière de liberté sous caution qui confère aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution est inconstitutionnelle et, selon un principe de justice fondamental, un individu ne peut pas être détenu en vertu d’une disposition législative imprécise. Voilà pourquoi je conviens que les premiers mots de l’al. 515(10)c, interprétés comme conférant un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution pour une « juste cause », sont inconstitutionnels. Cependant, le reste de l’al. 515(10)c, qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice, joue un rôle vital pour ce qui est de préserver le système de mise en liberté sous caution et d’assurer la bonne administration de la justice, et n’est ni trop imprécis ni trop général.

## II. Analyse

### 1. *Le contexte législatif*

L’alinéa 11e) de la *Charte* prévoit que « [t]out inculpé a le droit [. . .] de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable ». Le droit conféré est « un droit

reasonable bail unless there is just cause to do otherwise”: *Pearson, supra*, at p. 691. This entitlement rests on the presumption that an accused person is innocent until found guilty at trial. However, s. 11(e) also recognizes that, notwithstanding the presumption of innocence, “just cause” may exist for denying liberty to an accused person pending trial.

What is “just cause” for denying bail? To understand this, we must go back to the history of bail in Canada. In 1869, the Federal Government enacted legislation making bail discretionary for all offences: see *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30. Bail was therefore left to the discretion of the judge. Although the primary determinant for denying bail was the need to compel the accused’s attendance, courts also considered other factors such as the nature of the offence, the severity of the penalty, the evidence against the accused, and the character of the accused: see, for example, *R. v. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (B.C. Co. Ct.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (P.E.I.S.C.).

In 1972 the law of bail was recodified: *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The Act identified two branches for refusing bail: (1) where the accused’s detention was necessary to ensure his attendance in Court; or (2) where detention was “necessary in the public interest or for the protection or safety of the public” against the accused re-offending or interfering with the administration of justice. The use of “or” in the second branch led to the view that there were in effect three grounds for denying bail: (1) ensuring appearance at trial; (2) protection against criminal offences pending trial; and (3) the “public interest”. These grounds were originally enacted as s. 457(7)(a) and (b) of the *Criminal Code*, and later became s. 515(10)(a) and (b).

fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable sauf s’il existe une juste cause justifiant le refus de l’accorder » : *Pearson*, précité, p. 691. Ce droit repose sur la présomption qu’un accusé est innocent jusqu’à ce que la preuve du contraire soit faite au procès. Toutefois, l’al. 11e) reconnaît aussi qu’il peut exister, malgré la présomption d’innocence, une « juste cause » qui justifie le refus de mettre en liberté un accusé en attente de procès.

Qu’entend-on par « juste cause » justifiant le refus d’accorder la mise en liberté sous caution? Pour comprendre cette notion, il faut faire l’historique de la mise en liberté sous caution au Canada. En 1869, le gouvernement fédéral a adopté une loi qui rendait discrétionnaire la mise en liberté sous caution pour toutes les infractions : voir l’*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d’accusation*, S.C. 1869, ch. 30. La mise en liberté sous caution était donc laissée à la discrétion du juge. Même si la principale cause de refus invoquée était la nécessité de contraindre l’accusé à se présenter à son procès, les tribunaux ont également tenu compte d’autres facteurs tels la nature de l’infraction, la sévérité de la peine, la preuve pesant contre l’accusé et la moralité de ce dernier : voir, par exemple, *R. c. Gottfriedson* (1906), 10 C.C.C. 239 (C. cté C.-B.); *Re N.* (1945), 87 C.C.C. 377 (C.S.Î.-P.-É.).

En 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution a fait l’objet d’une nouvelle codification : *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. La Loi prévoyait deux motifs de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution : (1) la détention de l’accusé était nécessaire pour assurer sa présence au tribunal, ou (2) sa détention était « nécessaire dans l’intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public » afin de l’empêcher de récidiver ou de nuire à l’administration de la justice. L’emploi du mot « ou » dans le second motif a amené à croire qu’il existait en réalité trois motifs de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution : (1) assurer la comparution au procès, (2) la protection contre les infractions criminelles avant le procès, et (3) l’« intérêt public ». Édiktés à l’origine aux al. 457(7)a) et b) du *Code criminel*, ces motifs ce sont retrouvés par la suite aux al. 515(10)a) et b).

14

15

16 In 1992, this Court first considered the application of s. 11(e) of the *Charter* to the law of bail in the cases of *Pearson* and *Morales*, *supra*. In *Pearson*, Lamer C.J., for the majority, held that s. 11(e) contained two distinct elements: (1) the right to “reasonable bail” in terms of quantum of any monetary component and other applicable restrictions; and (2) the right not to be denied bail without “just cause”. He interpreted the term “just cause” as meaning that bail could only be denied (1) in a narrow set of circumstances, where (2) denial was necessary to promote the proper functioning of the bail system.

17 In *Morales*, *supra*, the Court considered the constitutionality of the reverse onus provisions in s. 515(6)(a) and (d), narcotics provisions of the *Criminal Code*, as well as the validity of s. 515(10)(b). The Court unanimously upheld the reverse onus provisions, as well as the portion of s. 515(10)(b) related to an accused further offending while on bail. However, the majority struck down the portion of s. 515(10)(b) that authorized pre-trial detention if it was in the “public interest”, on the ground that it was vague, imprecise, and authorized a “standardless sweep” that would permit a “court [to] order imprisonment whenever it sees fit” (p. 732).

18 Five years after the “public interest” provision for denying bail was struck down, Parliament replaced it with s. 515(10)(c) which, after citing that bail could be denied “on any other just cause being shown”, permits a judge to deny bail where this is necessary to maintain confidence in the justice system, having regard to all the circumstances of the case, and in particular to four criteria. Parliament took to heart the Court’s criticism in *Morales* that the “public interest” ground was too vague and wanted to replace it with a

En 1992, notre Cour a examiné pour la première fois l’application de l’al. 11e) de la *Charte* au droit en matière de mise en liberté sous caution dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, précités. Dans l’arrêt *Pearson*, le juge en chef Lamer a conclu, au nom des juges majoritaires, que l’al. 11e) comporte deux éléments distincts : premièrement, le droit à un « cautionnement raisonnable » sur le plan du montant fixé et des autres restrictions applicables, et deuxièmement, le droit de ne pas être privé sans « juste cause » de la mise en liberté sous caution. Selon lui, l’expression « juste cause » signifie que la mise en liberté sous caution ne peut être refusée que — premièrement — dans certains cas bien précis lorsque — deuxièmement — cela est nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution.

Dans l’arrêt *Morales*, précité, la Cour a examiné la constitutionnalité des dispositions portant inversion de la charge de preuve, contenues à l’al. 515(6)a) et à l’al. 515(6)d), dispositions du *Code criminel* relatives aux stupéfiants, ainsi que la validité de l’al. 515(10)b). La Cour a confirmé, à l’unanimité, la validité des dispositions portant inversion de la charge de preuve, ainsi que celle de la partie de l’al. 515(10)b) concernant le cas de l’accusé qui commet une autre infraction pendant qu’il est en liberté sous caution. Les juges majoritaires ont cependant invalidé la partie de l’al. 515(10)b) qui autorisait la détention avant le procès, si elle était nécessaire dans l’« intérêt public », pour le motif qu’elle était vague et imprécise et laissait une « large place à l’arbitraire » qui permettait au « tribunal [d’]ordonner l’emprisonnement quand il juge[ait] bon de le faire » (p. 732).

Cinq ans après l’invalidation de la disposition justifiant par l’« intérêt public » le refus d’accorder la mise en liberté sous caution, le législateur l’a remplacée par l’al. 515(10)c) qui, après avoir précisé que la mise en liberté sous caution peut être refusée « [s’il] est démontré une autre juste cause », permet au juge de refuser de l’accorder si cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice, compte tenu des circonstances de l’affaire et, en particulier, de quatre critères. Le législateur a pris à cœur la critique formulée par la

provision giving more specific guidance. The record states:

As a result of representations made by a number of jurisdictions, we have attempted to substitute the public interest heading with a more precise set of criteria which would permit a judge to consider detention on more specific criteria. We think that we have accomplished that task and that judges will be able to make informed decisions. What we are proposing is neither too vague nor too imprecise. [Emphasis added.]

(F. Bobiasz, testifying for the Department of Justice before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, Issue No. 60, 2nd Sess., 35th Parl., April 21, 1997, at p. 60:30)

## 2. *The Scope of the Analysis*

Before considering the arguments, it is necessary to determine whether the constitutionality of the entirety of s. 515(10)(c) should be determined, or whether the analysis can be confined to the portion of para. (c) dealing with denial of bail to maintain confidence in the administration of justice. The Court of Appeal took the view that the bail judge proceeded under the latter portion, making it unnecessary to decide whether the broad opening phrase “on any other just cause being shown” was unconstitutional.

Read grammatically in its ordinary sense, s. 515(10)(c) suggests that Parliament intended two things. First, to grant a broad discretion to deny bail for “any other just cause”. Second, to single out a particular case in which Parliament felt denial of bail might be appropriate — where detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice.

In my view, we should not decide the constitutionality of the second part of para. (c) and leave the

Cour dans l’arrêt *Morales*, selon laquelle le motif de l’« intérêt public » était trop imprécis, et il a voulu le remplacer par une disposition fournissant des indications plus nettes. Le dossier indique ce qui suit :

Pour donner suite aux démarches d’un certain nombre de provinces ou territoires, nous avons tenté de substituer à cette disposition le motif de l’intérêt public défini selon un ensemble plus précis de critères, de sorte que le juge puisse envisager la détention pour des motifs plus nets. Nous estimons que nous avons réussi et que les juges pourront prendre des décisions plus éclairées. Ce que nous proposons n’est ni trop vague ni trop imprécis. [Je souligne.]

(Propos tenus par F. Bobiasz lorsqu’il a témoigné pour le compte du ministère de la Justice devant le comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule n° 60, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 21 avril 1997, p. 60:30)

## 2. *La portée de l’analyse*

Avant d’examiner l’argumentation, il est nécessaire de décider s’il y a lieu de se prononcer sur la constitutionnalité de tout l’al. 515(10)(c) ou si l’analyse peut être limitée à la partie de l’al. c) traitant du refus d’accorder la mise en liberté sous caution pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. La Cour d’appel s’est dite d’avis que le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution s’était fondé sur cette dernière partie, de sorte qu’il n’était pas nécessaire de décider si les premiers mots généraux « il est démontré une autre juste cause » étaient inconstitutionnels.

Selon son sens grammatical ordinaire, l’al. 515(10)(c) indique que le législateur poursuivait deux objectifs. Premièrement, il a voulu conférer un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause ». Deuxièmement, il a voulu désigner un cas particulier où le législateur considérait qu’il pourrait être indiqué de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution — celui où la détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice.

À mon avis, il n’y a pas lieu de se prononcer sur la constitutionnalité de la deuxième partie de l’al. c)

19

20

21

first unconsidered. First, although Bolan J. focused on maintaining confidence in the administration of justice, he arguably based his decision on the whole of s. 515(10)(c). Second, it is difficult to see how the first part could constitutionally stand if severed from the remainder, since on its face it would constitute the open-ended discretion and standardless sweep ruled unconstitutional in *Pearson* and *Morales*, *supra*. There is therefore no reason to separate the two portions and leave the opening phrase for another day. Finally, appeals on this provision are rare given the transitory nature of bail and the constitutional questions place the ambit of the entire provision before us; these factors suggest that we should consider the constitutionality of s. 515(10)(c) as a whole. I therefore propose to consider the constitutionality of s. 515(10)(c) as a whole.

### 3. *Constitutionality of Bail Denial for “Any Other Just Cause”*

22

The first phrase of s. 515(10)(c) which permits denial of bail “on any other just cause being shown” is unconstitutional. Parliament cannot confer a broad discretion on judges to deny bail, but must lay out narrow and precise circumstances in which bail can be denied: *Pearson* and *Morales*, *supra*. This phrase does not specify any particular basis upon which bail could be denied. The denial of bail “on any other just cause” violates the requirements enunciated in *Morales*, *supra*, and therefore is inconsistent with the presumption of innocence and s. 11(e) of the *Charter*. Even assuming a pressing and substantial legislative objective for the phrase “on any other just cause being shown”, the generality of the phrase impels its failure on the proportionality branch of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, provides that a law is void to the extent it is inconsistent with the *Charter*. It follows that this phrase fails. The next phrase in the provision, “without limiting the generality of the foregoing”, is also void, since it serves

sans examiner la première partie. En premier lieu, bien que le juge Bolan ait mis l’accent sur le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice, on peut soutenir que sa décision repose sur l’ensemble de l’al. 515(10)(c). En deuxième lieu, on voit difficilement comment la première partie pourrait demeurer constitutionnelle si elle était dissociée du reste de l’alinéa, étant donné qu’à première vue elle conférerait un pouvoir discrétionnaire illimité et laisserait une large place à l’arbitraire, ce qui a été jugé inconstitutionnel dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, précités. Il n’y a donc aucune raison de dissocier les deux parties et de reporter à une autre occasion l’examen des premiers mots de l’alinéa. Enfin, les appels portant sur cette disposition sont rares en raison de la nature transitoire de la mise en liberté sous caution, et les questions constitutionnelles soumises à notre examen concernent la portée de toute la disposition. Ces faits nous incitent à nous prononcer sur la constitutionnalité de l’ensemble de l’al. 515(10)(c), et c’est ce que je compte faire.

### 3. *La constitutionnalité du refus de la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause »*

Les premiers mots de l’al. 515(10)(c) qui permettent de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause » sont inconstitutionnels. Le législateur ne peut pas conférer aux juges un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution, mais il doit plutôt exposer les circonstances bien précises dans lesquelles la mise en liberté sous caution peut être refusée : *Pearson* et *Morales*, précités. Ces mots ne décrivent aucun motif particulier pouvant justifier le refus d’accorder la mise en liberté sous caution. Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’il] est démontré une autre juste cause » ne respecte pas les exigences énoncées dans l’arrêt *Morales*, précité, et est donc incompatible avec la présomption d’innocence et l’al. 11e) de la *Charte*. Même en supposant qu’un objectif législatif urgent et réel sous-tend l’expression « il est démontré une autre juste cause », cette expression ne satisfait pas au volet « proportionnalité » du critère de l’arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) en

only to confirm the generality of the phrase permitting a judge to deny bail “on any other just cause”.

However, this does not mean that all of s. 515(10)(c) is unconstitutional. The loss of the above phrases leaves intact the balance of s. 515(10)(c), which is capable of standing alone grammatically and in terms of Parliament’s intention. Whatever the fate of the broad initial discretion para. (c) seems to convey, Parliament clearly intended to permit bail to be denied where necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to the four specified factors. This leaves the question of whether this latter part of s. 515(10)(c), considered on its own, is unconstitutional.

4. *Constitutionality of the Provision for Denying Bail Where Necessary to Maintain Confidence in the Administration of Justice*

(a) The Function of this Provision

Underlying much of the accused’s argument is the suggestion that the first two grounds for denying bail suffice and that a third ground serves only to permit the denial of bail for vague and unspecified reasons. Accepting this argument, Iacobucci J. concludes, at para. 86, that “the fear that a situation may arise where the bail judge is unable to provide for the protection of the public without relying on the residual ground is without reasonable foundation”.

Yet it seems to me that the facts of this case, as well as the facts in such cases as *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38 (B.C.C.A.), and the

raison de son caractère général. L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit qu’une règle de droit incompatible avec la *Charte* est inopérante. Ces mots sont donc inopérants. Les mots suivants, « sans préjudice de ce qui précède », sont également inopérants vu qu’ils ne font que confirmer la généralité de ceux qui autorisent un juge à refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’]il est démontré une autre juste cause ».

Toutefois, cela ne signifie pas que l’ensemble de l’al. 515(10)(c) est inconstitutionnel. La disparition des mots susmentionnés n’affecte pas le reste de l’al. 515(10)(c) qui est valide en soi sur le plan grammatical et sur celui de l’intention du législateur. Quel que soit le sort du large pouvoir discrétionnaire que l’al. c) semble conférer au départ, le législateur a nettement voulu permettre le refus d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice, compte tenu des quatre facteurs mentionnés. Il reste à décider si cette dernière partie de l’al. 515(10)(c) est elle-même inconstitutionnelle.

4. *La constitutionnalité de la disposition autorisant le refus d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice*

a) Le rôle de cette disposition

Une bonne partie de l’argumentation de l’accusé repose sur l’idée que les deux premiers motifs de refus d’accorder la mise en liberté sous caution sont suffisants et qu’un troisième motif a seulement pour effet d’autoriser le refus de la mise en liberté sous caution pour des raisons vagues et imprécises. Acceptant cet argument, le juge Iacobucci conclut, au par. 86, qu’est « dépourvue de fondement raisonnable la crainte qu’il puisse se présenter un cas où le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution ne sera en mesure d’assurer la protection du public que s’il s’appuie sur ce motif résiduel ».

Il me semble pourtant que les faits de la présente affaire, de même que ceux d’affaires telles que *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38 (C.A.C.-B.),

23

24

25

pre-*Morales* case of *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL) (C.A.), offer convincing proof that in some circumstances it may be necessary to the proper functioning of the bail system and, more broadly of the justice system, to deny bail even where there is no risk the accused will not attend trial or may re-offend or interfere with the administration of justice. Bolan J., on strong and cogent evidence, concluded that bail could not be denied on either of these grounds. But he also found that detention was necessary to maintain confidence in the administration of justice. The crime was heinous and unexplained. The evidence tying the accused to the crime was very strong. People in the community were afraid. As Proulx J.A., speaking of a similarly inexplicable and brutal murder stated in *R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155 (C.A.), at p. 480 C.C.C., [TRANSLATION] “[t]he more a crime like the present one is unexplained and unexplainable, the more worrisome bail becomes for society”. The provision at issue serves an important purpose — to maintain confidence in the administration of justice in circumstances such as these.

et *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL) (C.A.) (antérieur à l’arrêt *Morales*), prouvent de façon convaincante que, dans certains cas, pour assurer le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et, de façon plus générale, celui du système de justice, il peut se révéler nécessaire de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution même s’il n’y a aucun risque que l’accusé ne se présente pas à son procès, qu’il récidive ou qu’il nuise à l’administration de la justice. Le juge Bolan a conclu, sur la foi d’une preuve solide et convaincante, qu’il ne pouvait pas refuser d’accorder la mise en liberté sous caution pour l’un ou l’autre de ces motifs. Toutefois, il est également arrivé à la conclusion que la détention était nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Le crime commis était haineux et inexplicable. La preuve liant l’accusé au crime était très convaincante. La population était effrayée. Dans l’arrêt *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155, p. 1159, le juge Proulx de la Cour d’appel du Québec a affirmé ceci au sujet d’un meurtre aussi inexplicable et sauvage : « Plus un crime comme celui-là est inexplicable et inexplicable, plus inquiétante pour la société s’avère la mise en liberté provisoire ». La disposition en cause vise un objectif important, à savoir le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice dans des circonstances comme celles de la présente affaire.

26

Therefore, Parliament provided for denial of bail where paras. (a) and (b) of s. 515(10) are not met but the judge, viewing the situation objectively through the lens of the four factors stipulated by Parliament, has decided that there is “just cause” for refusing bail. To allow an accused to be released into the community on bail in the face of a heinous crime and overwhelming evidence may erode the public’s confidence in the administration of justice. Where justice is not seen to be done by the public, confidence in the bail system and, more generally, the entire justice system may falter. When the public’s confidence has reasonably been called into question, dangers such as public unrest and vigilantism may emerge.

Le législateur a donc prévu que la mise en liberté sous caution pourrait être refusée dans le cas où les conditions des al. a) et b) du par. 515(10) ne sont pas respectées. Cependant, après avoir examiné objectivement les faits à la lumière des quatre facteurs énoncés par le législateur, le juge a décidé qu’il existait une « juste cause » justifiant le refus de l’accorder. Permettre qu’une personne accusée d’avoir commis un crime haineux soit remise en liberté dans la collectivité, lorsque la preuve qui pèse contre elle est accablante, peut avoir pour effet de miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Lorsque le public n’a pas l’impression que justice est rendue, il risque d’avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice. Dans le cas où il est raisonnable de croire que la confiance du public est compromise, il peut notamment en résulter des désordres et des actes de justicier au sein de la population.

Public confidence is essential to the proper functioning of the bail system and the justice system as a whole: see *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689. Indeed, public confidence and the integrity of the rule of law are inextricably intertwined. As Hall J.A. stated in *MacDougal*, *supra*, at p. 48:

To sustain the rule of law, a core value of our society, it is necessary to maintain public respect for the law and the courts. A law that is not broadly acceptable to most members of society will usually fall into desuetude: witness the unhappy prohibition experiment in the United States. Courts must be careful not to pander to public opinion or to take account of only the overly excitable, but I believe that to fail to have regard to the provisions of s. 515(10)(c) in the relatively rare cases where it can properly be invoked would tend to work against maintaining broad public confidence in the way justice is administered in this country. [Emphasis added.]

My colleague Iacobucci J. acknowledges these arguments, but dismisses them for two reasons. First, he suggests at para. 83 that s. 515(10)(b) — the second ground — “is broad enough to encompass any type of threat to ‘the protection or safety of the public’”. Although the initial part of para. (b) speaks generally of “detention . . . necessary for the protection or safety of the public”, the remainder of the paragraph and the jurisprudence on the second ground see it as directed to whether the accused is likely to commit crimes while on bail or is otherwise likely to interfere with the proper administration of justice: see for example *Morales*, *supra*; *Rondeau*, *supra*; *R. v. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76, and *R. v. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL) (Prov. Ct.). To extend the second ground to general public protection is in effect to concede the ground the Crown contends for, but without the qualifying language and factors Parliament has set out in s. 515(10)(c). Second, my colleague states at para. 85 that “[e]ven if it were possible to imagine rare and isolated situations where it would be justifiable to deny bail for reasons other than those set out in paras. (a) and (b), we are not here dealing with such narrow specific grounds, but instead

La confiance du public est essentielle au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et de l'ensemble du système de justice : voir *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689. En effet, la confiance du public et le maintien de la primauté du droit sont intimement liés. Comme le juge Hall l'a affirmé dans l'arrêt *MacDougal*, précité, p. 48 :

[TRADUCTION] Pour maintenir la primauté du droit, une valeur fondamentale de notre société, il est essentiel de préserver le respect du public à l'égard des lois et des tribunaux. Habituellement, une loi qui n'est pas généralement acceptable pour la majorité des membres de la société tombe en désuétude, à preuve l'expérience regrettable vécue aux États-Unis en matière de prohibition. Les tribunaux doivent prendre garde de ne pas céder à l'opinion publique ou de ne tenir compte que de l'avis de personnes trop promptes à s'énerver, mais je crois que le fait de ne pas tenir compte des dispositions de l'al. 515(10)(c) dans les cas relativement rares où cet alinéa peut être invoqué à bon droit aurait tendance à miner la confiance générale du public dans la manière dont la justice est administrée dans notre pays. [Je souligne.]

Mon collègue le juge Iacobucci prête attention à ces arguments, mais il les rejette pour deux raisons. Premièrement, il affirme, au par. 83, que le libellé de l'al. 515(10)(b) — le deuxième motif — « est assez général pour viser tout type de menace à “la protection ou [à] la sécurité du public” ». La première partie de l'al. b) parle, de manière générale, de « détention [. . .] nécessaire pour la protection ou la sécurité du public », mais, selon le reste de l'alinéa et la jurisprudence relative au deuxième motif, elle vise la question de savoir s'il est probable que l'accusé commettra des crimes ou qu'il nuira par ailleurs au bon fonctionnement de la justice s'il est mis en liberté sous caution : voir, par exemple, *Morales* et *Rondeau*, précités, ainsi que *R. c. Smith*, [2001] A.J. No. 501 (QL), 2001 ABPC 76, et *R. c. Coles*, [1999] B.C.J. No. 3107 (QL) (C. prov.). Étendre le deuxième motif à la protection du grand public revient, en fait, à admettre le motif avancé par le ministère public, mais sans les mots et les facteurs restrictifs énoncés par le législateur à l'al. 515(10)(c). Deuxièmement, mon collègue précise, au par. 85, que « [m]ême si on pouvait imaginer des cas rares et isolés où il pourrait être justifié de refuser la mise en liberté sous caution pour d'autres motifs que ceux

with a broad, open-ended provision”. With respect, it seems to me that we are indeed dealing with such narrow and specific grounds — the narrow facts of this appeal and the specific words of para. (c) that permit bail to be denied where denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice having regard to the four factors specified by Parliament.

29 The appellant argues that this Court in *Morales* and *Pearson* emphasized the first two grounds for bail denial, suggesting that other grounds must be seen as suspect. However, *Morales, supra*, made clear that the grounds for bail denial are not frozen. Indeed, such a suggestion runs counter to common sense and law. Parliament may make any law for bail denial it wishes, provided the law meets the constitutional requirements of the *Charter*.

30 Bail denial to maintain confidence in the administration of justice is not a mere “catch-all” for cases where the first two grounds have failed. It represents a separate and distinct basis for bail denial not covered by the other two categories. The same facts may be relevant to all three heads. For example, an accused’s implication in a terrorist ring or organized drug trafficking might be relevant to whether he is likely to appear at trial, whether he is likely to commit further offences or interfere with the administration of justice, and whether his detention is necessary to maintain confidence in the justice system. But that does not negate the distinctiveness of the three grounds.

31 I conclude that a provision that allows bail to be denied on the basis that the accused’s detention is

énumérés aux al. a) et b), nous avons affaire en l’espèce non pas à de tels motifs bien précis, mais plutôt à une disposition de portée large et illimitée. » En toute déférence, il me semble que nous avons effectivement affaire à de tels motifs bien précis, à savoir les faits particuliers du présent pourvoi et les mots précis de l’al. c) qui permettent de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque cela est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice, compte tenu des quatre facteurs mentionnés par le législateur.

L’appelant soutient que, dans les arrêts *Morales* et *Pearson*, notre Cour a insisté sur les deux premiers motifs de refus d’accorder la mise en liberté sous caution, laissant entendre que tout autre motif doit être considéré comme discutable. Or, l’arrêt *Morales*, précité, indique clairement que les motifs de refus d’accorder la mise en liberté sous caution ne sont pas figés. En fait, une telle hypothèse défie le bon sens et le droit. Le législateur peut édicter n’importe quelle règle de droit pour justifier le refus d’accorder la mise en liberté sous caution, pourvu que cette règle de droit respecte les exigences constitutionnelles de la *Charte*.

Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice n’est pas simplement une solution générale applicable dans les cas où les deux premiers motifs n’ont pas pu être invoqués avec succès. Elle représente un motif séparé et distinct de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution, qui n’est pas visé par les deux autres catégories. Les mêmes faits peuvent être pertinents à l’égard des trois motifs. Par exemple, l’implication d’un accusé dans un groupe terroriste ou une organisation se livrant au trafic de stupéfiants pourrait être pertinente pour déterminer s’il est probable qu’il comparaitra à son procès, s’il est probable qu’il commettra d’autres infractions ou qu’il nuira à l’administration de la justice, ou si sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Cependant, cela n’enlève rien au caractère distinct des trois motifs.

Je conclus qu’une disposition qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution à un

required to maintain confidence in the administration of justice is neither superfluous nor unjustified. It serves a very real need to permit a bail judge to detain an accused pending trial for the purpose of maintaining the public's confidence if the circumstances of the case so warrant. Without public confidence, the bail system and the justice system generally stand compromised. While the circumstances in which recourse to this ground for bail denial may not arise frequently, when they do it is essential that a means of denying bail be available.

(b) Is the Ground for Denying Bail Unconstitutionally Vague or Overbroad?

This brings us to the main issue — whether denying bail “to maintain confidence in the administration of justice” having regard to the factors set out in s. 515(10)(c), complies with s. 11(e) of the *Charter*, which provides that bail may be denied only for “just cause”.

The appellant says that maintaining confidence in the administration of justice is vague and overbroad, and amounts to substituting a new phrase for the ground of “public interest” which the Court held unconstitutional in *Morales, supra*. However, the ground of maintaining confidence in the administration of justice as articulated in para. (c) is much narrower and more precise than the old public interest ground. The term “public interest” is imprecise and “has not been given a constant or settled meaning by the courts”: *Morales, supra*, at p. 732. The articulated ground of maintaining confidence in the administration of justice, by contrast, relies on concepts held to be justiciable and offers considerable precision.

The test for impermissible vagueness is whether the law so lacks precision that it fails to give

accusé pour le motif que sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice n'est ni superflue ni injustifiée. Elle répond à la nécessité très réelle de permettre au juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution d'ordonner la détention d'un accusé en attente de procès, si une telle mesure est nécessaire pour maintenir la confiance du public et si les circonstances de l'affaire le justifient. S'ils ne bénéficient pas de la confiance du public, le système de mise en liberté sous caution et le système de justice sont généralement compromis. Bien que les circonstances dans lesquelles il est possible d'invoquer ce motif de refus d'accorder la mise en liberté sous caution puissent être rares, lorsqu'elles se présentent, il est essentiel de disposer d'un moyen de refuser cette mise en liberté.

b) Le motif de refus d'accorder la mise en liberté sous caution est-il inconstitutionnellement imprécis ou trop général?

Cela nous amène à la principale question, celle de savoir si le refus d'accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice », compte tenu des facteurs énoncés à l'al. 515(10)c), respecte l'al. 11e) de la *Charte*, selon lequel la mise en liberté ne peut être refusée que pour une « juste cause ».

Selon l'appelant, le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice est un motif imprécis et trop général, et revient à substituer une nouvelle expression au motif de l'« intérêt public » que la Cour a jugé inconstitutionnel dans l'arrêt *Morales*, précité. Toutefois, le motif du maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice, énoncé à l'al. c), est plus limité et précis que l'ancien motif de l'intérêt public. L'« intérêt public » est une expression imprécise à laquelle « les tribunaux n'ont pas donné de sens constant et établi » : *Morales*, précité, p. 732. Par contre, le motif explicite du maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice est très précis et repose sur des notions qui, a-t-on jugé, relèvent de la compétence des tribunaux.

Le critère de l'imprécision inacceptable consiste à examiner si une disposition législative est

32

33

34

sufficient guidance for legal debate: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 638-40. The test sets a high threshold: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 68. Laws are of necessity general statements that must cover a variety of situations. A degree of generality is therefore essential, and is not to be confused with vagueness, which occurs when the law is so imprecise that it does not permit legal debate about its meaning and application. As noted in *Morales*, *supra*, at p. 729: “To require absolute precision would be to create an impossible constitutional standard”.

imprécise au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 638-640. Il s’agit d’un critère exigeant : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 68. Les dispositions législatives sont, par nécessité, des énoncés généraux qui doivent s’appliquer à diverses situations. Une certaine mesure de généralité est donc essentielle, mais il faut se garder de confondre la généralité avec l’imprécision qu’engendre une disposition législative vague au point de rendre impossible un débat judiciaire sur son sens et son application. Comme l’a fait remarquer notre Cour dans l’arrêt *Morales*, précité, p. 729, « [e]xiger une précision absolue serait créer une norme constitutionnelle impossible ».

35 The phrase “proper administration of justice” was held to provide an intelligible standard and hence not overbroad in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, in the context of preserving openness in the administration of justice. In that case, La Forest J. defined the phrase as including a discretionary power of the courts to control their own process. At para. 59, he states:

The phrase “administration of justice” appears throughout legislation in Canada, including the *Charter*. Thus, “proper administration of justice”, which of necessity has been the subject of judicial interpretation, provides the judiciary with a workable standard.

Dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour, appelée à se prononcer sur le maintien de la transparence de l’administration de la justice, a statué que l’expression « bonne administration de la justice » énonçait une norme intelligible et n’avait donc pas une portée excessive. Dans cet arrêt, le juge La Forest a indiqué que cette expression inclut le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de contrôler leur propre procédure. Il dit, au par. 59 :

L’expression l’« administration de la justice » figure dans un grand nombre de lois canadiennes, y compris la *Charte*. En conséquence, la notion de « bonne administration de la justice », qui a nécessairement fait l’objet d’interprétations par les tribunaux, constitue une norme pratique pour le pouvoir judiciaire.

36 If the phrase “administration of justice” is sufficiently precise, it must follow that the phrase “necessary in order to maintain confidence in the administration of justice”, amplified by a direction to consider four specified factors, is not unconstitutionally vague. The inquiry is narrowed to the reasonable community perception of the necessity of denying bail to maintain confidence in the administration of justice, judicially determined through the objective lens of “all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential

Si l’expression « administration de la justice » est assez précise, il s’ensuit nécessairement que les mots « nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », étoffés par une directive de prendre en considération quatre facteurs particuliers, ne sont pas inconstitutionnellement imprécis. L’examen est limité à la perception collective raisonnable de la nécessité de refuser la mise en liberté sous caution pour maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice, que les tribunaux définissent à travers le prisme objectif de « toutes les circonstances, notamment le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de

for a lengthy term of imprisonment”. Even where a standard viewed alone is impermissibly vague, such factors may save it: *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*.

The appellant argues that the factors set out in s. 515(10)(c) cannot be sufficient because cases under the old “public interest” criterion had identified similar factors, which were insufficient to save the public interest grounds for the denial of bail in *Morales, supra*. However, reference to factors in cases cannot be equated to a legislative direction to consider specific factors. Moreover, “public interest” is a broader and vaguer ground than “maintain confidence in the administration of justice”. The latter is but one aspect of the former.

The result is that the ground based on maintaining confidence in the administration of justice is more narrowly defined than the “public interest” standard in *Morales, supra*. The operative concept is identified and criteria delineate a basis for the exercise of the discretion. The direction to consider all the circumstances does not render a provision unconstitutionally vague. In my opinion, the phrase does not result in a “standardless sweep”. Like the Court of Appeal of Ontario and the Court of Appeal of British Columbia in *MacDougal, supra*, I am satisfied that the stated standard meets the test of providing an intelligible standard for debate.

This leaves the argument that the ground for denial of bail is overbroad, or of whether the means chosen by the state go further than necessary to accomplish its objective: see *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 792-93. The meaning of a law may be plain, yet the law may be overbroad: *Heywood, supra*, at pp. 792-93. It is important that a

l’infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement ». Ces facteurs peuvent contribuer à sauvegarder une norme même dans le cas où elle s’avère d’une imprécision inacceptable lorsqu’elle est considérée isolément : *Nova Scotia Pharmaceutical Society, précité*.

L’appelant prétend que les facteurs énoncés à l’al. 515(10)(c) ne sauraient suffire parce que, dans la jurisprudence portant sur l’ancien critère de l’« intérêt public », les tribunaux ont relevé des facteurs similaires qui, dans l’arrêt *Morales, précité*, se sont révélés insuffisants pour sauvegarder les motifs d’intérêt public de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution. Toutefois, la mention de facteurs dans la jurisprudence ne saurait être assimilée à une directive du législateur de tenir compte de certains facteurs particuliers. De plus, le motif de l’« intérêt public » est plus général et imprécis que les mots « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice ». Ce dernier motif n’est qu’une facette du premier.

Il en résulte que la définition du motif fondé sur le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice est plus restrictive que celle de la norme de l’« intérêt public » dans l’arrêt *Morales, précité*. Le concept clé est énoncé et des critères précisent le fondement de l’exercice du pouvoir discrétionnaire. La directive de tenir compte de toutes les circonstances ne rend pas une disposition inconstitutionnellement imprécise. À mon avis, les mots utilisés ne laissent pas une « large place à l’arbitraire ». À l’instar de Cour d’appel de l’Ontario, ainsi que de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *MacDougal, précité*, je suis convaincue que la norme énoncée satisfait au critère de la norme intelligible permettant un débat.

Reste l’argument selon lequel le motif de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution a une portée excessive ou la question de savoir si les moyens choisis par l’État vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif : voir *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 792-793. Une loi peut avoir un sens clair et avoir néanmoins une

37

38

39

bail provision not trench more than required on the accused's liberty and the presumption of innocence. Denial of bail must be confined to a "narrow set of circumstances" related to the proper functioning of the bail system: *Pearson and Morales, supra*.

40

Section 515(10)(c) sets out specific factors which delineate a narrow set of circumstances under which bail can be denied on the basis of maintaining confidence in the administration of justice. As discussed earlier, situations may arise where, despite the fact the accused is not likely to abscond or commit further crimes while awaiting trial, his presence in the community will call into question the public's confidence in the administration of justice. Whether such a situation has arisen is judged by all the circumstances, but in particular the four factors that Parliament has set out in s. 515(10)(c) — the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for lengthy imprisonment. Where, as here, the crime is horrific, inexplicable, and strongly linked to the accused, a justice system that cannot detain the accused risks losing the public confidence upon which the bail system and the justice system as a whole repose.

41

This, then, is Parliament's purpose: to maintain public confidence in the bail system and the justice system as a whole. The question is whether the means it has chosen go further than necessary to achieve that purpose. In my view, they do not. Parliament has hedged this provision for bail with important safeguards. The judge must be satisfied that detention is not only advisable but necessary. The judge must, moreover, be satisfied that detention is necessary not just to any goal, but to maintain confidence in the administration of justice. Most importantly, the judge makes this appraisal objectively through the lens of the four factors Parliament

portée excessive : *Heywood*, précité, p. 792-793. Il importe qu'une disposition en matière de mise en liberté sous caution ne porte pas trop atteinte à la liberté de l'accusé et à la présomption d'innocence. La mise en liberté sous caution ne peut être refusée que « dans certains cas bien précis » où il en va du bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution : *Pearson et Morales*, précités.

L'alinéa 515(10)c) énonce des facteurs particuliers qui décrivent certains cas bien précis dans lesquels la mise en liberté sous caution peut être refusée dans le but de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Comme nous l'avons vu, ces cas peuvent se présenter lorsque, en dépit du fait qu'il est improbable que l'accusé s'esquivera ou qu'il commettra d'autres infractions en attendant de subir son procès, sa présence dans la collectivité compromettra la confiance du public dans l'administration de la justice. Pour décider si on est en présence d'une telle situation, il faut tenir compte de toutes les circonstances, mais particulièrement des quatre facteurs énoncés par le législateur à l'al. 515(10)c) — le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement. Dans le cas où, comme en l'espèce, le crime commis est horrible, inexplicable et fortement lié à l'accusé, un système de justice qui ne permet pas d'ordonner la détention de l'accusé risque de perdre la confiance du public qui est à la base du système de mise en liberté sous caution et de l'ensemble du système de justice.

Tel est donc l'objectif du législateur : maintenir la confiance du public dans le système de mise en liberté sous caution et l'ensemble du système de justice. La question est de savoir si les moyens qu'il a choisis vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. À mon avis, la réponse est non. Le législateur a assorti d'importantes garanties la présente disposition en matière de mise en liberté sous caution. Le juge doit être persuadé que la détention est non seulement souhaitable, mais encore nécessaire. De plus, il doit être convaincu que cette mesure n'est pas seulement nécessaire pour atteindre un objectif quelconque, mais qu'elle

has specified. The judge cannot conjure up his own reasons for denying bail; while the judge must look at all the circumstances, he must focus particularly on the factors Parliament has specified. At the end of the day, the judge can only deny bail if satisfied that in view of these factors and related circumstances, a reasonable member of the community would be satisfied that denial is necessary to maintain confidence in the administration of justice. In addition, as McEachern C.J.B.C. (in Chambers) noted in *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, the reasonable person making this assessment must be one properly informed about “the philosophy of the legislative provisions, *Charter* values and the actual circumstances of the case” (p. 274). For these reasons, the provision does not authorize a “standardless sweep” nor confer open-ended judicial discretion. Rather, it strikes an appropriate balance between the rights of the accused and the need to maintain justice in the community. In sum, it is not overbroad.

### 5. *Application*

The bail judge, Bolan J., noting the high level of concern in the community, and considering the relevant factors including the strength of the Crown’s case and the gravity and horrific nature of the crime, held that it was necessary to deny bail to the appellant in order to maintain public confidence in the justice system. I see no error in Bolan J.’s reasoning.

### 6. *Remedy*

Since the introduction of the *Charter*, courts have engaged in a constitutional dialogue with Parliament. This case is an excellent example of

s’impose pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Qui plus est, le juge procède à cette évaluation objectivement à la lumière des quatre facteurs énoncés par le législateur. Il ne peut pas évoquer ses propres raisons pour refuser d’accorder la mise en liberté sous caution. Bien qu’il doive tenir compte de toutes les circonstances, le juge doit prêter une attention particulière aux facteurs énoncés par le législateur. En définitive, le juge peut refuser d’accorder la mise en liberté sous caution uniquement s’il est persuadé, à la lumière de ces facteurs et des circonstances connexes, qu’un membre raisonnable de la collectivité serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. En outre, comme l’a souligné le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique (en chambre) dans l’arrêt *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, la personne raisonnable qui procède à cette évaluation doit être bien informée [TRADUCTION] « de la philosophie des dispositions législatives, des valeurs consacrées par la *Charte* et des circonstances réelles de l’affaire » (p. 274). C’est pourquoi la disposition en cause ne laisse pas une « large place à l’arbitraire » et ne confère pas non plus aux juges un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, elle établit un juste équilibre entre les droits de l’accusé et la nécessité de veiller à ce que la justice règne dans la collectivité. Somme toute, elle n’a pas une portée excessive.

### 5. *Application*

Constatant la grande inquiétude qui régnait dans la collectivité et tenant compte des facteurs pertinents, dont le fait que l’accusation était fondée, ainsi que la gravité et l’horreur du crime commis, le juge Bolan, appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution présentée par l’appellant, a conclu qu’il était nécessaire de la rejeter pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Je ne vois aucune erreur dans le raisonnement du juge Bolan.

### 6. *Réparation*

Depuis l’entrée en vigueur de la *Charte*, les tribunaux ont établi un dialogue constitutionnel avec le législateur. La présente affaire en est un excel-

42

43

such dialogue. Parliament enacted legislation that permitted a judge to detain an accused person where detention was “necessary in the public interest”. This Court considered this language and determined that the portion of s. 515(10)(b) that authorized pre-trial detention for reasons of public interest was unconstitutional. At p. 742 of *Morales, supra*, Lamer C.J. severed the “public interest” ground from the rest of s. 515(10)(b) because the provision could still function as a whole. After considering this Court’s reasons in *Pearson and Morales, supra*, Parliament replaced the “public interest” ground with new language.

lent exemple. Le législateur a adopté une mesure législative qui permettait à un juge d’ordonner la détention d’un accusé lorsque cette mesure était « nécessaire dans l’intérêt public ». Après avoir examiné ces termes, notre Cour a statué que la partie de l’al. 515(10)(b) autorisant la détention avant le procès pour des raisons d’intérêt public était inconstitutionnelle. À la page 742 de l’arrêt *Morales*, précité, le juge en chef Lamer a dissocié le motif de l’« intérêt public » d’avec le reste de l’al. 515(10)(b) parce que cela n’empêchait pas la disposition d’être un ensemble fonctionnel. Après avoir étudié les motifs de notre Cour dans les affaires *Pearson* et *Morales*, précitées, le législateur a remplacé le motif de l’« intérêt public » par de nouveaux termes.

44 Section 515(10)(c) contains two separate phrases. The first phrase confers a broad discretion on judges to deny bail for “any other just cause”. As stated above, this phrase is inconsistent with the presumption of innocence and s. 11(e) of the *Charter*. As such, it is void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. However, the second phrase, which provides an example of “any other just cause”, is capable of standing alone without doing damage to Parliament’s intention: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. As such, the “just cause” component of s. 515(10)(c) can be severed and the balance of the provision, which states that judges can deny bail in order “to maintain confidence in the administration of justice”, can stand as a functioning whole.

L’alinéa 515(10)(c) comporte deux volets distincts. Le premier volet confère au juge un large pouvoir discrétionnaire de refuser la mise en liberté sous caution pour « une autre juste cause ». Comme nous l’avons vu, ce volet est incompatible avec la présomption d’innocence et l’al. 11(e) de la *Charte*. De ce fait, il est inopérant en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, le deuxième volet qui fournit un exemple d’« une autre juste cause » demeure applicable en soi et ne compromet pas l’intention du législateur : voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Voilà pourquoi l’élément « juste cause » de l’al. 515(10)(c) peut être dissocié et le reste de la disposition, voulant que le juge puisse refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice », peut demeurer un ensemble fonctionnel.

### III. Conclusion

### III. Conclusion

45 I would dismiss the appeal. The phrase in s. 515(10)(c) that permits the denial of bail “on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing,” is unconstitutional and should be severed from the paragraph. The portion of the paragraph that permits a judge to deny bail “where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice” is constitutionally valid.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. La partie de l’al. 515(10)(c) qui permet de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution « [s’]il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, » est inconstitutionnelle et doit être dissociée de l’alinéa. La partie qui permet au juge de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution lorsque « [l]a détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » est constitutionnelle.

I would, therefore, answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. The phrase “on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing” infringes s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2. If Question 1 is answered affirmatively, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The reasons of Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) —

#### I. Introduction

At the heart of a free and democratic society is the liberty of its subjects. Liberty lost is never regained and can never be fully compensated for; therefore, where the potential exists for the loss of freedom for even a day, we, as a free and democratic society, must place the highest emphasis on ensuring that our system of justice minimizes the chances of an unwarranted denial of liberty.

In the context of the criminal law, this fundamental freedom is embodied generally in the right to be presumed innocent until proven guilty, and further in the specific right to bail. When bail is denied to an individual who is merely accused of a criminal offence, the presumption of innocence is necessarily infringed. This is the context of this appeal, one in which the “golden thread” that runs through our system of criminal law is placed in jeopardy. And this is the context in which laws authorizing pre-trial detention must be scrutinized.

Je répons donc aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L’alinéa 515(10)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui, en partie. Les mots « il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède » violent l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) —

#### I. Introduction

La liberté du citoyen est au cœur d’une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. Par conséquent, dès qu’il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d’une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté.

En droit criminel, cette liberté fondamentale se traduit de manière générale par le droit d’être présumé innocent jusqu’à preuve du contraire et, plus précisément, par le droit à la mise en liberté sous caution. Le refus d’accorder la mise en liberté sous caution à une personne simplement accusée d’une infraction criminelle porte nécessairement atteinte à la présomption d’innocence. Tel est le contexte du présent pourvoi, contexte où le « fil d’or » qui illumine la trame de notre droit criminel risque d’être rompu. C’est dans ce contexte qu’il faut examiner les dispositions autorisant la détention avant le procès.

49 Section 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* calls particularly on courts, as guardians of liberty, to ensure that pre-trial release remains the norm rather than the exception to the norm, and to restrict pre-trial detention to only those circumstances where the fundamental rights and freedoms of the accused must be overridden in order to preserve some demonstrably pressing societal interest.

50 The duty to protect individual rights lies at the core of the judiciary's role, a role which takes on increased significance in the criminal law where the vast resources of the state and very often the weight of public opinion are stacked against the individual accused. Courts must not, therefore, take lightly their constitutional responsibility to scrutinize the manner by which the legislature has authorized the detention of the accused in the absence of a conviction.

51 In my view, when the impugned s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is held up to the appropriate constitutional standard, a standard which takes into account the fundamental importance of the presumption of innocence, it is impossible to justify the sweeping discretion to abrogate the liberty of the accused that this section affords. Unlike the Chief Justice, whose reasons I have had the benefit of reading, I conclude that s. 515(10)(c) cannot withstand *Charter* scrutiny and must be struck down in its entirety. As I discuss in these reasons, this conclusion is dictated by principle, precedent, and policy.

52 I will begin my analysis with a brief overview of the background of the modern bail system, and then move on to discuss the interpretation that this Court has given to s. 11(e) of the *Charter*. Finally, I assess s. 515(10)(c) in light of these constitutional standards, concluding that the provision is contrary to s. 11(e) and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

## II. Issues

53 The issues in this case are in the form of the following constitutional questions:

L'alinéa 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés* incite particulièrement les tribunaux, en leur qualité de gardiens de la liberté, à veiller à ce que la mise en liberté avant le procès soit la règle et non l'exception et à n'ordonner la détention avant le procès que dans le cas où un intérêt sociétal urgent dont l'existence peut se démontrer justifie la suppression des droits et libertés fondamentaux de l'accusé.

L'obligation de protéger les droits individuels est au cœur du rôle du pouvoir judiciaire, lequel rôle revêt une importance encore plus grande en droit criminel où les ressources considérables de l'État et, très souvent, le poids de l'opinion publique jouent contre l'accusé. Les tribunaux ne doivent donc pas prendre à la légère leur responsabilité constitutionnelle d'examiner attentivement la manière dont le législateur a autorisé la détention de l'accusé en l'absence d'une déclaration de culpabilité.

À mon sens, si l'on applique à la disposition contestée, savoir l'al. 515(10)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la norme constitutionnelle appropriée qui tient compte de l'importance fondamentale de la présomption d'innocence, il est impossible de justifier le vaste pouvoir discrétionnaire qu'elle confère de priver l'accusé de sa liberté. Contrairement au Juge en chef, dont j'ai lu les motifs, j'arrive à la conclusion que l'al. 515(10)c) ne résiste pas à l'analyse fondée sur la *Charte* et doit être invalidé au complet. Comme je l'indique dans les présents motifs, cette conclusion est dictée par des considérations de principe et de politique générale et par la jurisprudence.

Je vais commencer par donner un bref aperçu du contexte dans lequel se situe le système contemporain de mise en liberté sous caution, pour ensuite analyser l'interprétation que notre Cour a donnée de l'al. 11e) de la *Charte*. Enfin, je vais apprécier l'al. 515(10)c) à la lumière de ces normes constitutionnelles, pour arriver à la conclusion que cette disposition va à l'encontre de l'al. 11e) et ne peut pas être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

## II. Questions en litige

Les questions en litige dans la présente affaire sont sous la forme des questions constitutionnelles suivantes :

1. Does s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If Question 1 is answered affirmatively, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

### III. The Concept of Bail

The right to bail is enshrined in s. 11(e) of the *Charter* which stipulates that bail may only be denied where there is “just cause” to do so. In order to give meaning to this rather amorphous phrase, one must examine the historical underpinnings of bail, as well as some of the more recent developments which have helped to formulate the modern Canadian bail system.

Originally, at common law, the sole reason for denying bail was to ensure the attendance of the accused at trial: *R. v. Rose* (1898), 18 Cox C.C. 717 (Cr. Cas. Res.); G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 6. In *R. v. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47, the English Court of Appeal recognized that bail could also be denied where there was a high probability that the accused would commit an offence while on bail. As a result, there came to be two separate and distinct common law grounds for denying bail: to ensure the accused’s attendance in court, and to protect the public.

Before 1972, the law of bail was a highly discretionary matter. It was presumed that an accused person would be detained prior to trial unless he or she applied for bail under s. 463(1) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51 (as amended by S.C. 1960-61, c. 43, s. 16), and s. 463(3) gave virtually no guidance to the bail judge charged with determining whether to detain an accused committed for trial:

**463. . . .**

(3) The judge or magistrate may, upon production of any material that he considers necessary upon the application, order that the accused be admitted to bail . . . .

1. L’alinéa 515(10)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l’al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

### III. La notion de mise en liberté sous caution

Le droit à la mise en liberté sous caution est consacré à l’al. 11e) de la *Charte*, selon lequel cette mise en liberté ne peut être refusée que pour une « juste cause ». Pour donner un sens à cette expression plutôt nébuleuse, il faut examiner les motifs historiques justifiant la mise en liberté sous caution, de même qu’une partie de l’évolution plus récente qui a contribué à définir le système canadien contemporain de mise en liberté sous caution.

À l’origine, la mise en liberté sous caution ne pouvait être refusée, en common law, que pour assurer la présence de l’accusé à son procès : *R. c. Rose* (1898), 18 Cox C.C. 717 (Cr. Cas. Res.); G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 6. Dans l’arrêt *R. c. Phillips* (1947), 32 Cr. App. R. 47, la Cour d’appel d’Angleterre a reconnu la possibilité de refuser la mise en liberté sous caution dans le cas où il était fort probable que l’accusé commettrait une infraction pendant qu’il serait en liberté sous caution. Il en est résulté, en common law, deux motifs séparés et distincts de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution : assurer la présence de l’accusé au tribunal et protéger le public.

Avant 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution comportait un aspect très discrétionnaire. On présumait que l’accusé serait détenu avant son procès, sauf s’il présentait une demande de mise en liberté sous caution fondée sur le par. 463(1) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51 (modifié par S.C. 1960-61, ch. 43, art. 16). Le paragraphe 463(3) n’offrait pratiquement aucune indication au juge appelé à décider s’il y avait lieu de détenir l’accusé renvoyé à son procès :

**463. . . .**

(3) Le juge ou magistrat, sur production de tout ce qu’il estime nécessaire à l’occasion de la demande, peut ordonner que le prévenu soit admis à caution . . . .

54

55

56

57

In the 1960's, several studies of the Canadian bail system were undertaken. These included the groundbreaking work of Professor M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965). In this empirical study of the bail system as it was implemented in the Toronto Magistrates' Courts, Professor Friedland made several important observations and corresponding recommendations. After summarizing his factual findings, he concluded, at p. 172, that:

THE FACTUAL MATERIAL set out in the previous chapters is sufficient to demonstrate that the release practices before trial which exist for cases tried in the Toronto Magistrates' Courts operate in an ineffective, inequitable, and inconsistent manner.

More specifically, he stated at p. 175:

[T]he bail system as it operates in the Toronto Magistrates' Courts falls far short of any reasonable standard. Little, if any thought is given to the purposes to be accomplished by the granting or denying of bail. The present system is unfortunately often subverted into a form of punishment before trial.

58

Of particular significance for the purposes of this appeal was his discovery of a clear relationship between custody pending trial and the trial itself. Not only was custody likely a factor in inducing guilty pleas, but also, those who were not in custody during trial were more likely to be acquitted than those who were in custody, and, if convicted, were more likely to receive lighter sentences. These alarming findings caused him to conclude that "[t]he prejudicial effects on the accused of custody pending trial demand that the system which determines whether or not he will be released pending trial be a well-considered one" (p. 175).

59

Although it is generally accepted and acknowledged that the denial of bail has a detrimental effect on the presumption of innocence and liberty rights of the accused, it is less often recognized that pre-trial detention can also have serious practical effects on the accused's ability to raise a defence, and can thereby have a second, more indirect, prejudicial

Au cours des années 60, plusieurs études ont porté sur le système canadien de mise en liberté sous caution, dont celle, innovatrice, du professeur M. L. Friedland intitulée *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965). Dans cette étude empirique du système alors en vigueur dans les Magistrates' Courts de Toronto, le professeur Friedland a formulé plusieurs observations et recommandations importantes. Après avoir résumé ses conclusions de fait, il a conclu ce qui suit, à la p. 172 :

[TRADUCTION] LES FAITS énoncés dans les chapitres précédents suffisent à démontrer que la pratique de la mise en liberté avant le procès qui a cours dans les affaires instruites par les Magistrates' Courts de Toronto est inefficace, injuste et hétérogène.

Plus précisément, il a ajouté, à la p. 175 :

[TRADUCTION] [L]e système de mise en liberté sous caution dont sont dotées les Magistrates' Courts de Toronto est bien loin de satisfaire à une norme raisonnable. L'on accorde peu d'importance, voire aucune, aux objectifs de la mise en liberté sous caution ou du refus de l'accorder. Malheureusement, le système actuel devient souvent une forme de punition avant le procès.

Sa découverte d'un lien manifeste entre la mise sous garde avant le procès et le procès lui-même revêt une importance particulière en l'espèce. Non seulement la mise sous garde pouvait-elle contribuer à l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité, mais encore les gens qui n'étaient pas sous garde pendant leur procès avaient plus de chances d'être acquittés que ceux qui l'étaient et, s'ils étaient reconnus coupables, ils étaient davantage susceptibles de recevoir une peine plus légère. Ces constatations alarmantes l'ont amené à conclure que, [TRADUCTION] « [e]n raison des effets préjudiciables qu'a sur l'accusé la mise sous garde avant le procès, la décision de lui accorder ou de lui refuser la mise en liberté avant le procès doit être mûrement réfléchie » (p. 175).

L'on reconnaît généralement que le refus d'accorder la mise en liberté sous caution a un effet préjudiciable sur les droits à la présomption d'innocence et à la liberté que possède l'accusé. Cependant, il est plus rare qu'on reconnaisse que la détention avant le procès peut aussi, dans les faits, compromettre sérieusement la capacité de l'accusé d'invoquer un

effect on the accused's liberty rights and the criminal justice system as a whole. H. L. Packer, in his classic work on the subject, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), points out some of the difficulties faced by an accused who is detained before trial (at pp. 214-15):

An accused person who is confined pending trial is greatly impeded in the preparation of his defense. He needs to be able to confer on a free and unrestricted basis with his attorney, something that is notoriously hard to do in custody. He may be the most likely person to interview and track down witnesses in his own behalf — something he cannot do if he's in jail. His earning capacity is cut off; he may lose his job; his family may suffer extreme economic hardship. And all these things may happen before he is found to be guilty. Furthermore, the economic and other deprivations sustained as a result of pre-trial confinement all act as coercive measures that inhibit the accused person's will to resist. He is rendered more likely to plead guilty, and, as a result, to waive the various safeguards against unjust conviction that the system provides. When this happens on a large scale, the adversary system as a whole suffers because its vitality depends on effective challenge.

These prejudicial effects that pre-trial detention can have on the accused's ability to raise a defence appear to be borne out by the findings of Professor Friedland, noted above. Moreover, since Professor Friedland's study, the connection between pre-trial detention and conviction has been pointed out by several authors and studies: see Trotter, *supra*, at pp. 31-50; *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (1995), at pp. 113-16; *Justice and the Poor: A National Council of Welfare Publication* (2000), at pp. 28-50.

In light of his findings, one of Professor Friedland's main recommendations was to curtail the discretionary aspect of bail decisions (at p. 186):

moyen de défense et avoir ainsi, plus indirectement, un second effet préjudiciable sur le droit à la liberté de l'accusé et sur l'ensemble du système de justice criminelle. Dans son ouvrage classique intitulé *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), H. L. Packer signale certaines difficultés auxquelles fait face l'accusé qui est détenu avant de subir son procès (aux p. 214-215) :

[TRADUCTION] La détention avant le procès nuit considérablement à la préparation de la défense de l'accusé. Celui-ci doit pouvoir consulter son avocat librement et autant qu'il le veut, ce qui représente manifestement une démarche difficile pour une personne sous garde. Il peut être le mieux placé pour retracer des témoins à décharge et les interroger, ce qu'il lui est impossible de faire s'il est sous garde. Il n'est plus en mesure de gagner sa vie, il peut perdre son emploi, sans compter que sa famille peut subir un très grave préjudice financier. Et tout cela peut se produire avant même qu'il soit déclaré coupable. De plus, les privations financières ou autres découlant de la détention avant le procès ont toutes un effet coercitif qui inhibe la volonté de l'accusé de se défendre. Il est plus susceptible de plaider coupable et, en conséquence, de renoncer aux diverses protections que le système offre contre une déclaration de culpabilité injuste. Lorsque cela se produit sur une grande échelle, l'ensemble du système contradictoire en souffre, car son bon fonctionnement repose sur la capacité d'opposer une défense.

Les constatations susmentionnées du professeur Friedland semblent confirmer l'existence de ces effets préjudiciables que la détention avant le procès peut avoir sur la capacité de l'accusé de se défendre. En outre, depuis la publication de l'étude du professeur Friedland, l'existence d'un lien entre la détention avant le procès et le prononcé d'un verdict de culpabilité a été signalée par plusieurs auteurs et dans plusieurs études : voir Trotter, *op. cit.*, p. 31-50; *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario* (1995), p. 125-129; *La justice et les pauvres : Une publication du Conseil national du bien-être social* (2000), p. 31-56.

Compte tenu de ses constatations, l'une des principales recommandations du professeur Friedland a été de rendre moins discrétionnaire la décision d'accorder ou de refuser la mise en liberté sous caution (à la p. 186) :

It is important that the practice [of denying bail for reasons other than ensuring attendance in court], if permissible, be carefully controlled because of the harmful consequences of custody and the possible misuse of inarticulated, vague criteria. This study does not argue that all persons should be released pending trial. It does, however, argue strenuously for definite, clear, and unequivocal criteria to be used in denying bail.

This study of how bail provisions are actually applied at the ground level should serve as a warning on the dangers inherent in allowing for broad discretion in denying bail.

61

In 1969, the Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969) (the “Ouimet Report”) also recommended significant changes to the bail system. In particular, the Ouimet Report recommended, at p. 99, that bail be denied only under the following conditions:

Pre-trial detention, in the view of the Committee, can only be justified where it is *necessary* in the public interest:

- (i) To ensure the appearance of the accused at his trial.
- (ii) To protect the public pending the trial of the accused.

Pre-trial detention is justified where it is *necessary* to prevent criminal misconduct by the accused pending his trial. The offences sought to be prevented may be offences similar to those in respect of which the accused has been arrested, or may be offences related to his trial such as:

- (a) The destruction of evidence or the tampering with witnesses.
- (b) Otherwise attempting to pervert the course of justice.

In accordance with the views which the Committee has expressed in Chapter 2, society is not warranted in

[TRADUCTION] En raison des conséquences préjudiciables de la mise sous garde et du risque que des critères tacites et vagues soient mal appliqués, il importe de bien encadrer cette pratique [consistant à refuser la mise en liberté sous caution pour une autre raison que celle d’assurer la présence de l’accusé au tribunal] dans le cas où elle est acceptable. La présente étude ne milite pas en faveur de la mise en liberté de tous les accusés avant leur procès. Cependant, elle préconise vigoureusement l’application de critères précis, clairs et non équivoques pour refuser d’accorder la mise en liberté sous caution.

Cette étude de l’application concrète des dispositions en matière de liberté sous caution devrait servir de mise en garde contre les risques de permettre l’exercice d’un large pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution.

En 1969, dans le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle intitulé *Justice pénale et correction : un lien à forger* (« rapport Ouimet »), on a également recommandé que d’importantes modifications soient apportées au système de mise en liberté sous caution. Plus particulièrement, on y a recommandé, à la p. 107, que la mise en liberté provisoire ne soit refusée que dans les cas suivants :

De l’avis du Comité, la détention antérieure au procès ne peut se justifier que lorsque l’intérêt public *l’exige* :

- (i) pour assurer la comparution de l’accusé à son procès;
- (ii) pour protéger le public jusqu’au procès de l’accusé.

La détention antérieure au procès est bien fondée lorsqu’elle est *nécessaire* pour empêcher tout comportement criminel de l’accusé dans l’attente de son procès. Les infractions que l’on cherche à prévenir peuvent être semblables à celles qui ont provoqué l’arrestation de l’accusé, ou connexes à son procès, telles que

- a) la destruction d’éléments de preuve ou la subornation de témoins; ou
- b) toute autre tentative d’égérer la justice.

Comme il l’a dit au chapitre 2, le Comité reconnaît que la société a le droit de se protéger, mais lui nie le droit

inflicting greater harm on a person — although his guilt is ultimately established — than is absolutely necessary for the protection of society. [Emphasis in original.]

Like Professor Friedland, the Committee also recommended that pre-trial detention be governed by specific criteria (Ouimet Report, at pp. 108-9).

#### IV. The Legislative Treatment of Bail

Parliament responded to these calls for reform in 1972 with the *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The Act replaced the presumption of pre-trial detention with the presumption of release based on an undertaking to attend at court for trial. The Act also eliminated the inflexible all-or-nothing approach by giving the bail judge the ability to grant release subject to conditions. Most importantly, the Act adhered to the suggestions made in the studies cited above by stipulating specific criteria for denying pre-trial bail. Thus, s. 515(10) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, read as follows:

##### 515. . . .

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on either of the following grounds:

(a) on the primary ground that his detention is necessary to ensure his attendance in court in order to be dealt with according to law; and

(b) on the secondary ground (the applicability of which shall be determined only in the event that and after it is determined that his detention is not justified on the primary ground referred to in paragraph (a)) that his detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice.

It is interesting to note that, while the Ouimet Report recommended that bail only be denied where it was

de faire subir à quelqu'un plus de tort qu'il ne soit absolument nécessaire pour y arriver, même si la culpabilité de l'inculpé doit finalement être reconnue. [En italique dans l'original.]

À l'instar du professeur Friedland, le Comité a lui aussi recommandé l'application de critères précis en matière de détention avant le procès (rapport Ouimet, p. 116-117).

#### IV. La loi et la mise en liberté sous caution

En 1972, le législateur a donné suite à ces demandes de réforme en adoptant la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. Cette loi a remplacé la présomption que la détention avant le procès est justifiée par celle qu'il y a lieu d'accorder la mise en liberté en échange d'une promesse de l'accusé qu'il se présentera au tribunal pour subir son procès. La Loi a également supprimé la méthode rigide du tout ou rien en investissant le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution du pouvoir d'assujettir cette mise en liberté à certaines conditions. Qui plus est, elle a retenu les propositions formulées dans les études précitées en précisant les critères applicables au refus d'accorder la mise en liberté avant le procès. Le paragraphe 515(10) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, se lisait désormais ainsi :

##### 515. . . .

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

a) pour le motif principal que sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) pour le motif secondaire — la validité de ce motif ne peut être établie, d'une part, que s'il est déterminé que la détention du prévenu n'est pas justifiée pour le motif principal mentionné à l'alinéa a) et, d'autre part, qu'après que ce fait a été déterminé — que sa détention est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

Il est intéressant de noter que, même s'il recommandait que la mise en liberté sous caution ne puisse

in the public interest to do so, the Report defined the public interest in terms of the existing common law criteria for denying bail, namely, (1) ensuring the accused's attendance in court, and/or (2) preventing criminal misconduct by the accused. In contrast, the *Bail Reform Act* appeared to establish "public interest" as an independent ground for denying bail, in addition to the traditional common law criteria.

être refusée que s'il était dans l'intérêt public de le faire, le rapport Ouimet définissait l'intérêt public en fonction des critères de common law qui, à l'époque, justifiaient le refus d'accorder la liberté sous caution, à savoir (1) assurer la présence de l'accusé au tribunal ou (2) empêcher tout comportement criminel de sa part, ou les deux à la fois. Par contre, dans la *Loi sur la réforme du cautionnement*, l'« intérêt public » semblait constituer un motif indépendant de refuser d'accorder la mise en liberté sous caution, qui s'ajoutait aux critères traditionnels de la common law.

63 In 1992, in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, which I discuss in more detail below, this Court struck down the "public interest" component of s. 515(10)(b) as unconstitutionally vague and thus contrary to s. 11(e) of the *Charter* and unjustifiable under s. 1.

En 1992, dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, sur lequel je reviendrai plus en détail, notre Cour a invalidé le volet « intérêt public » de l'al. 515(10)(b) pour le motif qu'il était d'une imprécision inconstitutionnelle et, de ce fait, contraire à l'al. 11e) de la *Charte*, et qu'il n'était pas justifiable au regard de l'article premier.

64 After a five-year delay, Parliament responded to *Morales* by amending s. 515(10) under the *Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 59, to read as follows:

Cinq ans plus tard, le législateur a réagi à l'arrêt *Morales* en modifiant le par. 515(10) dans la *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, art. 59 :

**515. . . .**

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on one or more of the following grounds:

**515. . . .**

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

(a) where the detention is necessary to ensure his or her attendance in court in order to be dealt with according to law;

a) sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

(b) where the detention is necessary for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice; and

b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

(c) on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution's case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment.

c) il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement.

The amendment involved two significant changes. First, Parliament removed the language indicating an ordering of the grounds, with the result that bail may now be denied independently under any of paras. (a), (b) or (c). In addition, para. (c) of s. 515(10), the paragraph at issue in this appeal, was added as a third ground authorizing pre-trial detention.

In my view, this brief overview of the recent history of the law of bail in Canada demonstrates the full circle that Parliament has taken with respect to the legislative bases for denying bail. Section 515(10)(c) currently operates as a broad residual category which allows for the denial of bail for reasons other than ensuring the attendance of the accused in court and preventing criminal activity. As I will discuss, the vague moniker of “any other just cause” represents a Parliamentary regression to a situation similar to that which existed prior to the enactment of the *Bail Reform Act* in 1972, when bail was a matter of fairly unrestricted judicial discretion. It was this state of affairs which prompted the studies and reforms referred to above, and which should provide a valuable lesson to Parliament of the dangers of this discretionary approach. However, the advent of the *Charter*, which brought with it the constitutionalization of the presumption of innocence and the right to bail, makes it this Court’s duty to oversee the legislative activity in this area, and ensure its adherence to these fundamental rights.

#### V. The Constitutional Interpretation of Section 11(e): *Pearson and Morales*

The scope of s. 11(e) was considered by this Court for the first time in *Morales* and its companion case *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, and these cases laid the groundwork for interpreting s. 11(e) by setting out the constitutional principles underlying this right. *Morales* is particularly instructive for the purposes of this appeal, as it dealt specifically with s. 515(10).

Cette nouvelle disposition comportait deux changements importants. D’abord, le législateur avait supprimé les mots indiquant un ordre de préséance des motifs, de sorte que la mise en liberté sous caution pourrait désormais être refusée en application de l’un ou l’autre des al. a), b) ou c). De plus, l’al. 515(10)c), qui fait l’objet du présent pourvoi, était ajouté à titre de troisième motif justifiant la détention avant le procès.

Selon moi, ce bref aperçu de l’histoire récente du droit canadien applicable en matière de liberté sous caution montre que le législateur a bouclé la boucle en ce qui concerne les motifs législatifs justifiant le refus d’accorder cette mise en liberté. De nos jours, l’al. 515(10)c) représente une vaste catégorie résiduelle dans laquelle la mise en liberté sous caution peut être refusée pour d’autres motifs qu’assurer la présence de l’accusé au tribunal et empêcher tout comportement criminel de sa part. Comme nous le verrons, l’expression imprécise « une autre juste cause » marque un retour législatif à une situation semblable à celle qui existait avant l’adoption de la *Loi sur la réforme du cautionnement* en 1972, alors que la mise en liberté sous caution relevait d’un pouvoir discrétionnaire quasi illimité du tribunal. C’est cette situation qui a donné lieu aux études et aux réformes susmentionnées et qui devrait donner au législateur une précieuse leçon quant aux risques que comporte une telle méthode fondée sur un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, l’entrée en vigueur de la *Charte*, qui a constitutionnalisé la présomption d’innocence et le droit à la mise en liberté sous caution, oblige notre Cour à surveiller l’activité législative dans ce domaine et à veiller à ce qu’elle respecte ces droits fondamentaux.

#### V. L’interprétation constitutionnelle de l’al. 11e) : les arrêts *Pearson* et *Morales*

Notre Cour a examiné pour la première fois la portée de l’al. 11e) dans les arrêts connexes *Morales* et *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665. Elle a alors jeté les bases de l’interprétation de cet alinéa en énonçant les principes constitutionnels qui sous-tendent le droit qu’il garantit. Du fait qu’il porte précisément sur le par. 515(10), l’arrêt *Morales* est particulièrement instructif en l’espèce.

65

66

67

In *Pearson*, Lamer C.J., speaking for the majority of the Court, held that ss. 11(d) and 11(e) were parallel rights in that they served to define the procedural content of the substantive s. 7 right to be presumed innocent at the trial and bail stages of the criminal process, respectively. As well, he held that the “just cause” component of s. 11(e) serves as a constitutional standard under which bail is granted or denied, whereas the “reasonable bail” portion governed the terms of bail.

Dans l’arrêt *Pearson*, le juge en chef Lamer a statué, au nom des juges majoritaires de notre Cour, que les al. 11d) et e) conféraient des droits parallèles en ce qu’ils servaient à définir le contenu procédural du droit substantiel, garanti à l’art. 7, d’être présumé innocent, en matière criminelle, aux étapes du procès et de la mise en liberté sous caution, respectivement. Il a également conclu que le volet « juste cause » de l’al. 11e) est une norme constitutionnelle applicable pour décider s’il y a lieu d’accorder ou de refuser la mise en liberté sous caution, alors que le volet « cautionnement raisonnable » se rapporte aux conditions de cette mise en liberté.

68

With respect to the proper context in which to discuss the scope of s. 11(e), Lamer C.J. made the following general observations, at p. 691:

Quand au contexte dans lequel il convient d’analyser la portée de l’al. 11e), le juge en chef Lamer a formulé les observations générales suivantes (à la p. 691) :

Most of the current bail provisions in the *Criminal Code* were enacted in the *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The *Bail Reform Act* established a basic entitlement to bail. Bail must be granted unless pre-trial detention is justified by the prosecution. . . . Section 11(e) creates a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise.

La plupart des dispositions actuelles du *Code criminel* en matière de mise en liberté provisoire ont été édictées par la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. Cette loi a établi le droit fondamental à une mise en liberté sous caution. La mise en liberté doit être accordée sauf si le poursuivant fait valoir des motifs justifiant la détention avant le procès. [. . .] L’alinéa 11e) crée un droit fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable sauf s’il existe une juste cause justifiant le refus de l’accorder.

. . . In general, a person charged with an offence and produced before a justice, unless he or she pleads guilty, is to be released on an undertaking without conditions. However, the Crown is to be given a reasonable opportunity to show cause why either detention or some other order should be made. . . .

. . . En général, l’inculpé qui comparait devant un juge de paix doit, sauf s’il plaide coupable, être mis en liberté pourvu qu’il remette une promesse sans condition. Toutefois, le ministère public a la possibilité de faire valoir des motifs justifiant la détention ou justifiant de rendre une autre ordonnance . . .

69

The most important constitutional legacy of these cases for the purposes of this appeal is the structure and definition which was given to the term “just cause”. Lamer C.J. held that the “just cause” requirement entailed the following two conditions: (1) that bail could only be denied in a narrow set of circumstances, and (2) that a denial of bail must be necessary to promote the proper functioning of the bail system, and cannot be undertaken for any purpose extraneous to the bail system: *Pearson*, *supra*, at p. 693; *Morales*, *supra*, at p. 726. He noted that the first condition meant that “[t]he basic entitlement of s. 11(e) cannot

Les retombées constitutionnelles les plus importantes de ces arrêts en ce qui concerne le présent pourvoi ont trait à la formulation et à la définition de l’expression « juste cause ». Le juge en chef Lamer a conclu que l’exigence d’une « juste cause » comportait les deux conditions suivantes : (1) la mise en liberté sous caution ne peut être refusée que dans certains cas bien précis et (2) le refus doit s’imposer pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on ne peut y recourir à des fins extérieures à ce système : *Pearson*, précité, p. 693; *Morales*, précité, p. 726. Il a fait observer que la première condition signifie que « [I]e

be denied in a broad or sweeping exception”: *Pearson*, at p. 694.

The holding of the majority of this Court in *Pearson* and *Morales* was not an act of ordinary statutory interpretation. In those cases, the Court was called upon to shape the content of a *Charter* right, and it has spoken clearly in setting out the fundamental constitutional elements of s. 11(e). As a result, the two requirements which must be met in order for bail to be denied, namely (1) a narrow set of circumstances, and (2) promoting the proper functioning of the bail system, have become the constitutional guideposts of the phrase “just cause” in s. 11(e) of the *Charter*. As such, the mandate of the Court in this case is to scrutinize s. 515(10)(c) in light of these two constitutional requirements.

In *Morales*, as mentioned above, the provision in question was s. 515(10)(b). The constitutionality of both the “public interest” and “public safety” components of para. (b) was raised, and the Court dealt with each ground separately.

Given the “narrow set of circumstances” requirement, Lamer C.J. observed that “there cannot be just cause for the denial of bail where the statutory criteria for denial are vague and imprecise” (p. 727), or permit a “standardless sweep” (p. 728) and he noted the important role played by the vagueness principle in the context of bail (at p. 728):

In my view the principles of fundamental justice preclude a standardless sweep in any provision which authorizes imprisonment. This is all the more so under a constitutional guarantee not to be denied bail without just cause as set out in s. 11(e). Since pre-trial detention is extraordinary in our system of criminal justice, vagueness in defining the terms of pre-trial detention may be even more invidious than is vagueness in defining an offence. [Emphasis added.]

droit fondamental inscrit à l’al. 11e) ne peut pas être écarté par une exception large ou de portée étendue » : *Pearson*, p. 694.

Dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, les juges majoritaires de notre Cour n’ont pas procédé à une interprétation législative ordinaire. La Cour était alors appelée à déterminer le contenu d’un droit garanti par la *Charte*, et elle s’est exprimée clairement en énonçant les éléments constitutionnels fondamentaux de l’al. 11e). Ainsi, les deux conditions qui doivent être remplies pour que l’on puisse refuser la mise en liberté sous caution — à savoir, premièrement, certains cas bien précis et, deuxièmement, favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution — sont devenues les balises constitutionnelles de l’expression « juste cause » figurant à l’al. 11e) de la *Charte*. Il incombe donc à notre Cour, en l’espèce, d’examiner attentivement l’al. 515(10)c) à la lumière de ces deux conditions constitutionnelles.

Comme nous l’avons vu, la disposition en cause dans l’arrêt *Morales* était l’al. 515(10)b). La constitutionnalité des volets « intérêt public » et « sécurité du public » de cet alinéa était contestée, et la Cour a examiné chaque volet séparément.

En raison de l’exigence de « certains cas bien précis », le juge en chef Lamer a fait remarquer que « le refus de mise en liberté sous caution ne saurait reposer sur une juste cause si les critères légaux qui président au refus sont vagues et imprécis » (p. 727) ou s’ils laissent une « large place à l’arbitraire » (p. 728). Il a, en outre, souligné, à la p. 728, le rôle important que le principe de l’imprécision joue en matière de mise en liberté sous caution :

À mon avis, les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu’une disposition autorisant l’incarcération laisse une large place à l’arbitraire. C’est d’autant plus vrai dans le contexte de la garantie constitutionnelle contre la privation de liberté sous caution sans juste cause qu’énonce l’al. 11e). Puisque la détention avant le procès est une mesure extraordinaire dans notre système de justice pénale, l’imprécision dans la définition des motifs la justifiant peut être encore plus injuste que l’imprécision dans la définition d’une infraction. [Je souligne.]

70

71

72

73 Lamer C.J. held further, at p. 729, that the fact that a vague provision authorizes judicial discretion as opposed to arbitrary law enforcement was irrelevant:

A standardless sweep does not become acceptable simply because it results from the whims of judges and justices of the peace rather than the whims of law enforcement officials. Cloaking whims in judicial robes is not sufficient to satisfy the principles of fundamental justice.

74 In order to satisfy the vagueness test, the provision in question had to be “capable of being given a constant and settled meaning by the courts” (p. 730). Lamer C.J. canvassed cases which had denied bail under the “public interest” ground, and, at pp. 731-32, concluded that this term did not delineate a sufficiently precise standard:

In my view, these authorities do not establish any “workable meaning” for the term “public interest”. On the contrary, these authorities demonstrate the open-ended nature of the term. . . . In my view, these authorities demonstrate that the term “public interest” has not been given a constant or settled meaning by the courts. The term provides no guidance for legal debate. The term authorizes a standardless sweep, as the court can order imprisonment whenever it sees fit. According to *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 642, such unfettered discretion violates the doctrine of vagueness:

What becomes more problematic is not so much general terms conferring broad discretion, but terms failing to give direction as to how to exercise this discretion, so that this exercise may be controlled. Once more, an impermissibly vague law will not provide a sufficient basis for legal debate; it will not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements.

As currently defined by the courts, the term “public interest” is incapable of framing the legal debate in any meaningful manner or structuring discretion in any way.

Nor would it be possible in my view to give the term “public interest” a constant or settled meaning. The term

Le juge en chef Lamer a ajouté, à la p. 729, qu’il était sans importance qu’une disposition imprécise autorise non pas une application arbitraire de la loi, mais plutôt l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire par le tribunal :

Laisser une large place à l’arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu’il s’agit des caprices de juges et de juges de paix plutôt que de ceux de responsables de l’application de la loi. Il ne suffit pas de revêtir le caprice d’une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.

Pour que la disposition en cause ne soit pas d’une imprécision inacceptable, « les tribunaux [devaient pouvoir] lui donner un sens constant et établi » (p. 730). Le juge en chef Lamer a examiné attentivement la jurisprudence dans laquelle la mise en liberté sous caution avait été refusée au nom de l’« intérêt public » et, aux p. 731 et 732, il a conclu que cette expression ne constituait pas une norme suffisamment précise :

À mon avis, cette jurisprudence n’établit pas de « sens pratique » du terme « intérêt public ». Au contraire, elle met en évidence le caractère non limitatif de ce terme. [ . . . ] À mon avis, cette jurisprudence montre que les tribunaux n’ont pas donné de sens constant et établi au terme « intérêt public ». Ce terme ne donne aucune indication susceptible d’alimenter un débat judiciaire. Il laisse une large place à l’arbitraire car le tribunal peut ordonner l’emprisonnement quand il juge bon de le faire. D’après l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642, une telle latitude va à l’encontre de la théorie de l’imprécision :

Ce qui fait plus problème, ce ne sont pas tant des termes généraux conférant un large pouvoir discrétionnaire, que des termes qui ne donnent pas, quant au mode d’exercice de ce pouvoir, d’indications permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d’une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire; elle ne donne pas suffisamment d’indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants.

Selon la définition que lui donnent présentement les tribunaux, le terme « intérêt public » ne saurait orienter véritablement le débat judiciaire ni structurer le pouvoir discrétionnaire de quelque façon que ce soit.

Il ne serait pas possible non plus, à mon sens, de donner au terme « intérêt public » un sens constant ou

gives the courts unrestricted latitude to define any circumstances as sufficient to justify pre-trial detention. The term creates no criteria to define these circumstances. No amount of judicial interpretation of the term “public interest” would be capable of rendering it a provision which gives any guidance for legal debate.

After concluding that the “public interest” ground was impermissibly vague, and therefore in breach of s. 11(e), Lamer C.J. found that it could not be justified under s. 1 for much the same reason. The first stage of the test was satisfied, given the extremely important two-fold objective of s. 515(10)(b): to prevent those who have been arrested from committing criminal offences and from interfering with the administration of justice. However, Lamer C.J. found that none of the three components of the proportionality test was met. First, there was no rational connection between the measure and the objectives because the provision was too vague to provide any means to determine which accused would be most likely to commit offences or interfere with the administration of justice. Second, the vagueness of the provision merged with overbreadth in that it permitted far more pre-trial detention than required to meet the objectives. Finally, the authorization of excessive pre-trial detention implied that proportionality was also lacking.

In contrast, the “public safety” component of s. 515(10)(b) was found to be constitutionally valid. First, Lamer C.J. found at p. 737, that the ground was sufficiently narrow for the following reasons:

I am satisfied that the scope of the public safety component of s. 515(10)(b) is sufficiently narrow to satisfy the first requirement under s. 11(e). Bail is not denied for all individuals who pose a risk of committing an offence or interfering with the administration of justice while on bail. Bail is denied only for those who pose a “substantial likelihood” of committing an offence or interfering with the administration of justice, and only where this “substantial likelihood” endangers “the protection or safety of the public”. Moreover, detention is justified only when it is “necessary” for public safety. It is not

établi. Ce terme donne aux tribunaux toute latitude pour conclure qu’une situation donnée peut justifier la détention avant le procès. Il n’énonce pas de critères permettant de circonscrire ces situations. Aucune interprétation judiciaire du terme « intérêt public » ne pourrait faire en sorte que cette disposition donne des indications susceptibles d’éclairer le débat judiciaire.

Après avoir statué que le motif de l’« intérêt public » était d’une imprécision inacceptable et que, pour cette raison, il violait l’al. 11e), le juge en chef Lamer a décidé, essentiellement pour la même raison, qu’il ne pouvait pas être justifié au regard de l’article premier. Le premier volet du critère était respecté en raison du double objectif extrêmement important de l’al. 515(10)b) : empêcher les personnes arrêtées de commettre des infractions criminelles et de nuire à l’administration de la justice. Il a toutefois estimé qu’aucun des trois éléments du critère de proportionnalité n’était respecté. Premièrement, il n’y avait aucun lien rationnel entre la mesure en cause et les objectifs visés, étant donné que la disposition était trop imprécise pour permettre de déterminer quels accusés seraient plus susceptibles de commettre des infractions ou de nuire à l’administration de la justice. Deuxièmement, en plus d’être imprécise, la disposition avait une portée excessive du fait qu’elle permettait la détention avant le procès beaucoup plus qu’il n’était nécessaire pour atteindre les objectifs visés. Enfin, l’autorisation du recours excessif à la détention avant le procès semblait également indiquer une absence de proportionnalité.

Par contre, le volet « sécurité du public » de l’al. 515(10)b) a été jugé constitutionnel. Le juge en chef Lamer a d’abord conclu, à la p. 737, que la portée de ce motif était suffisamment limitée pour les raisons suivantes :

Je suis convaincu que la portée de l’élément « sécurité du public » de l’al. 515(10)b) est suffisamment limitée pour satisfaire à la première exigence de l’al. 11e). La mise en liberté sous caution n’est pas refusée à toutes les personnes qui risquent de commettre une infraction ou de nuire à l’administration de la justice si elles sont mises en liberté. Elle n’est refusée que s’il y a une « probabilité marquée » que le prévenu commettra une infraction criminelle ou nuira à l’administration de la justice et seulement si cette « probabilité marquée » compromet « la protection ou la sécurité du public ».

75

76

justified where detention would merely be convenient or advantageous.

The “public safety” ground was also found to be necessary to promote the proper functioning of the bail system, because the system does not function properly if an accused interferes with the administration of justice or commits an offence that endangers the public while on bail. As such, if there is substantial likelihood that the accused will tamper with the administration of justice, or commit an offence if released, it furthers the objectives of the bail system to deny bail (p. 737).

77 Gonthier J. dissented from the conclusion of Lamer C.J., finding that the “public interest” ground, although broad, was not impermissibly vague and thus did not infringe s. 11(e) of the *Charter*.

78 In *Pearson*, the Court examined the constitutional validity of s. 515(6)(d), a reverse onus provision which, for certain offences involving the distribution of narcotics, ordered the accused to be detained subject to the accused showing cause why detention was not justified. Again speaking for the majority of the Court, Lamer C.J. held that s. 515(6)(d) did not offend s. 11(e) of the *Charter*. First, given the small number of offences to which the provision applied, and the opportunity for the accused to demonstrate that detention is not justified, the section applied only to a narrow set of circumstances. In addition, the specific characteristics of the offences listed under s. 515(6)(d) justified differential treatment in the bail process. Lamer C.J. noted that drug trafficking usually involved a sophisticated commercial setting which created huge incentives for an offender to continue criminal behaviour even after arrest and release on bail, as well as a marked danger that the accused would abscond. In light of these risks, he found s. 515(6)(d) to be necessary to promote the proper functioning of the bail system, and not to be

Au surplus, la détention n’est justifiée que si elle est « nécessaire » pour la sécurité du public. Elle n’est pas justifiée si la détention est seulement commode ou avantageuse.

Le motif de la « sécurité du public » a également été jugé nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution, étant donné que ce système ne fonctionne pas bien si, pendant qu’il est en liberté sous caution, un accusé nuit à l’administration de la justice ou commet une infraction qui met le public en danger. Partant, s’il existe une probabilité marquée que l’accusé nuira à l’administration de la justice ou commettra une infraction s’il est mis en liberté, le refus de lui accorder une mise en liberté favorise alors la réalisation des objectifs du système de mise en liberté sous caution (p. 737).

Contrairement au juge en chef Lamer, le juge Gonthier a conclu que, en dépit de sa large portée, le motif de l’« intérêt public » n’était pas d’une imprécision inacceptable et qu’il ne violait donc pas l’al. 11(e) de la *Charte*.

Dans l’arrêt *Pearson*, la Cour a examiné la constitutionnalité de l’al. 515(6)d), une disposition portant inversion du fardeau de la preuve qui, à l’égard de certaines infractions relatives à la distribution de stupéfiants, prescrivait la détention de l’accusé à moins qu’il ne démontre que cette mesure était injustifiée. S’exprimant, là encore, au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a statué que l’al. 515(6)d) ne violait pas l’al. 11(e) de la *Charte*. D’abord, cette disposition ne s’appliquait que dans certains cas bien précis en raison du petit nombre d’infractions qu’elle visait et de la possibilité donnée à l’accusé de démontrer que la détention n’était pas justifiée. En outre, les infractions énumérées à l’al. 515(6)d) présentaient des particularités qui justifiaient un traitement différent en matière de mise en liberté sous caution. Le juge en chef Lamer a souligné que le trafic de la drogue se pratiquait habituellement dans un cadre commercial très sophistiqué, ce qui avait nettement pour effet d’inciter un contrevenant à poursuivre son activité criminelle même après son arrestation et sa mise en liberté sous caution. Il a ajouté qu’il y avait un risque marqué que l’accusé s’esquive. Compte tenu de ces risques, il a conclu

undertaken for any purpose extraneous to the bail system.

McLachlin J. (as she then was) dissented from the conclusion of Lamer C.J. It was her position that, since the narcotics offences to which s. 515(6)(d) referred covered both large-scale and small-scale traffickers, it was overly broad. In the view of McLachlin J., the risks identified by Lamer C.J. and used to justify the purpose of s. 515(6)(d) did not apply to “small-time” traffickers. Thus, the provision could result in the denial of bail to these individuals in the absence of just cause. With respect to s. 1, although she recognized the importance of the objectives of avoiding repeat offences and absconding, she found s. 515(6)(d) to go further than necessary by including both large-scale and small-scale traffickers within its ambit. Accordingly, McLachlin J. would have held the impugned provision to be unconstitutional.

#### VI. The Provision in Dispute — Section 515(10)(c)

This appeal deals only with the final paragraph of s. 515(10):

(c) on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing, where the detention is necessary in order to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment.

##### A. *The Legislative Context*

After the “public interest” component of s. 515(10)(b) was struck down by this Court in *Morales*, pre-trial detention could be justified only under one of the two traditional grounds, namely, ensuring the accused’s attendance in court or protecting the safety of the public. As already mentioned, s. 515(10) was eventually amended to add the tertiary ground in dispute here. The other major

que l’al. 515(6)d s’imposait pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et qu’on n’y recourait pas à des fins extérieures à ce système.

Le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) n’a pas souscrit à la conclusion du juge en chef Lamer. Elle était d’avis que l’al. 515(6)d avait une portée excessive étant donné que les infractions qu’il mentionnait englobaient le trafic de la drogue tant sur une grande échelle que sur une petite échelle. Selon elle, les risques décrits par le juge en chef Lamer et invoqués pour justifier l’objectif de l’al. 515(6)d ne s’appliquaient pas au trafiquant « à la petite semaine ». Ainsi, la disposition pouvait avoir pour effet de priver ce dernier d’une mise en liberté sous caution en l’absence de juste cause. En ce qui concerne l’article premier, tout en reconnaissant qu’il importait d’éviter que l’accusé récidive ou s’esquive, le juge McLachlin a conclu que l’al. 515(6)d allait au-delà de ce qui était nécessaire du fait qu’il visait à la fois le trafic sur une grande échelle et le trafic sur une petite échelle. Elle aurait donc conclu à l’inconstitutionnalité de la disposition attaquée.

#### VI. La disposition contestée — l’al. 515(10)c

Le présent pourvoi ne concerne que le dernier alinéa du par. 515(10) :

c) il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de l’infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement.

##### A. *Le contexte législatif*

Après que, dans l’arrêt *Morales*, notre Cour eut invalidé le volet « intérêt public » de l’al. 515(10)b), la détention avant le procès ne pouvait être justifiée que pour l’un des deux motifs traditionnels, à savoir assurer la présence de l’accusé au tribunal ou encore assurer la sécurité du public. Comme nous l’avons vu, le par. 515(10) a, en définitive, été modifié par l’ajout du troisième motif en cause dans le présent

79

80

81

change was the removal of the primary/secondary structure of the provision. As a result, bail can now be denied under any one of paras. (a), (b), or (c) of s. 515(10) without consideration of the other paragraphs.

82

As noted above, Parliament waited five years before reacting to *Morales* by amending s. 515(10), and it is significant that the respondent was unable to point to any evidence that during these five years the pre-trial detention scheme was lacking in any way. Indeed, the only justification for the creation of the tertiary ground that the respondent was able to suggest was that “courts should have the exceptional power to deny bail in limited circumstances not covered by the existing legislation” (respondent’s factum, at para. 21). However, in the absence of evidence of any deficiencies in the bail system during the five years after the *Morales* decision, the argument that bail judges require this residual category loses much of its force. Although the lack of an empirical foundation for the provision says nothing, in and of itself, as to its validity under s. 11(e) of the *Charter* (but it does arise in the s. 1 analysis), it is important to bear in mind the context underlying this appeal, namely, that for five years there was no indication that the bail system was in need of a tertiary ground in addition to the two traditional grounds for denying bail.

83

On a more theoretical level, in oral argument, counsel were hard pressed to raise even a convincing hypothetical scenario which called for pre-trial detention for reasons other than those listed in paras. (a) and (b). On the facts of this case, given that the accused was charged with a seemingly inexplicable and brutal murder, the bail judge might have been justified in denying bail under the second ground on the basis that, without any apparent motive for the crime, there was a substantial risk of re-offence. As pointed out by Proulx J.A. in

pourvoi. L’autre modification majeure a été la suppression du renvoi à un motif principal et à un motif secondaire dans la disposition. Ainsi, la mise en liberté sous caution peut désormais être refusée en application de l’un ou l’autre des al. a), b) et c) du par. 515(10).

Je le répète, le législateur a attendu cinq ans avant de réagir à l’arrêt *Morales* en modifiant le par. 515(10). Fait révélateur, l’intimée a été incapable d’indiquer un élément de preuve établissant que, pendant ces cinq années, le régime de détention avant le procès comportait quelque lacune. En réalité, la seule justification que l’intimée a pu offrir au sujet de l’ajout d’un troisième motif était que [TRADUCTION] « les tribunaux devraient avoir le pouvoir exceptionnel de refuser la mise en liberté sous caution dans certaines circonstances limitées non prévues par les dispositions existantes » (mémoire de l’intimée, par. 21). Toutefois, vu l’absence de preuve que, pendant les cinq années ayant suivi l’arrêt *Morales*, le système de mise en liberté sous caution comportait des lacunes, l’argument voulant que le juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution ait besoin de cette catégorie résiduelle perd beaucoup de sa force. Quoique l’absence de fondement empirique ne signifie rien, en soi, en ce qui concerne la validité de la disposition au regard de l’al. 11e) de la *Charte* (facteur qui est cependant pertinent dans l’analyse fondée sur l’article premier), il importe de se rappeler le contexte dans lequel se situe le présent pourvoi, savoir que, pendant cinq ans, rien n’indiquait que le système de mise en liberté sous caution avait besoin d’un troisième motif de refus, en plus des deux motifs traditionnels.

Sur un plan plus théorique, les avocats ont, dans leurs plaidoiries, eu du mal à énoncer ne serait-ce qu’un scénario hypothétique convaincant où la détention avant le procès s’imposerait pour d’autres motifs que ceux énumérés aux al. a) et b). Vu que, selon les faits de la présente affaire, l’accusé était inculpé d’un meurtre apparemment inexplicable et sauvage, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution aurait pu invoquer le deuxième motif pour la rejeter, étant donné le risque marqué de récidive dû à l’absence

*R. v. Rondeau* (1996), 108 C.C.C. (3d) 474, [1996] R.J.Q. 1155 (C.A.), at p. 480 C.C.C., in the context of a similarly inexplicable and brutal murder, [TRANSLATION] “[t]he more a crime like the present one is unexplained and unexplainable, the more worrisome bail becomes for society”. Counsel also referred to a hypothetical scenario where granting bail in respect of a highly publicized crime could cause public unrest or rioting. Again, however, in my view, the wording of s. 515(10)(b) is broad enough to encompass any type of threat to “the protection or safety of the public”, not just a threat from the accused. The provision states that detention is justified where it is necessary for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances. This includes, but is clearly not limited to, a consideration of the substantial likelihood that the accused will re-offend or interfere with the administration of justice.

While the cases cited by the Chief Justice in this regard focus on whether the accused is likely to commit crimes while on bail or otherwise interfere with the proper administration of justice, none of the cases foreclose the possibility of considering the “protection or safety of the public” independently of the accused’s likelihood of re-offending or interfering with the administration of justice. In fact, the Quebec Court of Appeal’s statement in *Rondeau*, *supra*, at p. 478 C.C.C., that [TRANSLATION] “[t]he serious risk of recidivism targeted by Parliament in s. 515(10) is only one of the considerations pertinent to the resolution of . . . whether or not detention is necessary for the protection or safety of the public” (emphasis added), strongly suggests that the section is not limited to an analysis of whether the accused is likely to commit crimes or interfere with the administration of justice while released on bail. The reason why the jurisprudence cited by the Chief Justice centres on an examination of factors aimed at determining whether the accused will re-offend or otherwise impede the administration of justice is obvious: in the vast majority of cases, the threat to “the protection or safety of the public” will arise directly from the pre-trial release of the accused,

apparente de mobile. Dans l’arrêt *R. c. Rondeau*, [1996] R.J.Q. 1155, p. 1159, le juge Proulx de la Cour d’appel du Québec a affirmé ceci au sujet d’un meurtre aussi inexplicable et sauvage : « Plus un crime comme celui-là est inexplicable et inexplicable, plus inquiétante pour la société s’avère la mise en liberté provisoire ». Les avocats ont également fait état d’un scénario hypothétique où accorder la mise en liberté sous caution à une personne accusée d’un crime très médiatisé pourrait engendrer des désordres ou des émeutes au sein de la population. Cependant, j’estime là encore que le libellé de l’al. 515(10)(b) est assez général pour viser tout type de menace à « la protection ou [à] la sécurité du public », et non seulement celle que présente l’accusé. Cette disposition prévoit que la détention est justifiée lorsqu’elle est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances. Il est évident que cela comprend notamment, mais non exclusivement, une prise en compte de la probabilité marquée que l’accusé récidivera ou qu’il nuira à l’administration de la justice.

Bien que la jurisprudence citée à cet égard par le Juge en chef mette l’accent sur la question de savoir s’il est probable que, s’il est mis en liberté sous caution, l’accusé commettra des crimes ou nuira par ailleurs à la bonne administration de la justice, aucun des arrêts qui la composent n’écarter la possibilité de tenir compte de « la protection ou [de] la sécurité du public » indépendamment de la probabilité que l’accusé récidivera ou qu’il nuira à l’administration de la justice. En réalité, l’affirmation de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Rondeau*, précité, p. 1158, selon laquelle « [l]e risque sérieux de récidive visé par le législateur à l’article 515(10) C.Cr. n’est que l’un des éléments pertinents [. . .] [pour] décider si la détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public » (je souligne), indique fortement que l’application de la disposition n’est pas limitée à la question de savoir s’il est probable que l’accusé commettra des crimes ou qu’il nuira à l’administration de la justice s’il est mis en liberté sous caution. La raison pour laquelle la jurisprudence citée par le Juge en chef est axée sur un examen de facteurs visant à déterminer si l’accusé récidivera ou s’il nuira par ailleurs à l’administration de la justice est évidente : dans la plupart des

rather than from more remote fears of “public unrest and vigilantism”. That is not to say, however, that s. 515(10)(b) is not sufficiently broad to cover these latter scenarios.

85 Even if it were possible to imagine rare and isolated situations where it would be justifiable to deny bail for reasons other than those set out in paras. (a) and (b), we are not here dealing with such narrow specific grounds, but instead with a broad, open-ended provision. It should also be remembered that bail is not an all-or-nothing proposition. The bail judge has the discretion to grant bail under particular terms and conditions which are tailored to meet the facts of an individual case. This flexibility goes a long way to narrow the situations where detention is required. Finally, as pointed out in *Rondeau*, where an accused is charged with murder, s. 515(10) is read in light of s. 522 such that the burden of proof is shifted onto the accused to show cause why pre-trial detention is not necessary with respect to the grounds listed under s. 515(10).

86 As a result of the above factors, in my view, the fear that a situation may arise where the bail judge is unable to provide for the protection of the public without relying on the residual ground is without reasonable foundation.

B. *Section 515(10)(c) Must be Read and Assessed as a Whole*

87 Although I agree with the view of the Chief Justice that s. 515(10)(c) must be read and assessed as a whole, I respectfully disagree that the section can be read down to sever simply the unconstitutional portion of the provision.

cas, la menace à « la protection ou [à] la sécurité du public » émane directement de la mise en liberté de l'accusé avant qu'il subisse son procès, plutôt que de vagues craintes de « désordres et [d']actes de justicier au sein de la population ». Toutefois, cela ne signifie pas que l'al. 515(10)(b) n'a pas une portée assez large pour viser ces derniers scénarios.

Même si on pouvait imaginer des cas rares et isolés où il pourrait être justifié de refuser la mise en liberté sous caution pour d'autres motifs que ceux énumérés aux al. a) et b), nous avons affaire en l'espèce non pas à de tels motifs bien précis, mais plutôt à une disposition de portée large et illimitée. Il ne faut pas oublier non plus que l'application de la disposition relative à la mise en liberté sous caution ne se limite pas à décider purement et simplement s'il y a lieu de l'accorder ou de la refuser. Le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a le pouvoir discrétionnaire d'assortir cette mise en liberté de conditions adaptées aux faits de l'espèce. Cette souplesse permet de limiter grandement les cas où la détention s'impose. Enfin, comme la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *Rondeau*, lorsqu'une accusation de meurtre pèse contre l'accusé, le par. 515(10) est interprété à la lumière de l'art. 522, de sorte qu'il y a inversion du fardeau de la preuve et qu'il incombe alors à l'accusé de démontrer que sa détention avant le procès n'est pas nécessaire au sens des motifs énumérés au par. 515(10).

Compte tenu des facteurs susmentionnés, je juge dépourvue de fondement raisonnable la crainte qu'il puisse se présenter un cas où le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution ne sera en mesure d'assurer la protection du public que s'il s'appuie sur ce motif résiduel.

B. *L'alinéa 515(10)c doit être interprété et apprécié dans son ensemble*

Je conviens avec le Juge en chef que l'al. 515(10)(c) doit être interprété et apprécié dans son ensemble, mais, en toute déférence, je ne partage pas son avis que cet alinéa peut faire l'objet d'une interprétation atténuée de manière à n'en dissocier que la partie inconstitutionnelle.

It bears repeating that the structure of the provision is one which belies a piecemeal analysis. The wording of para. (c) is clear. Bail may be denied for “any other just cause”, one example of which, “without limiting the generality of the foregoing” (emphasis added), is where detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. It is clear that the essential intent of Parliament in enacting s. 515(10)(c) was to provide for open-ended judicial discretion, and the parties in effect argued the appeal on this basis. It therefore falls on this Court to scrutinize this grant of discretion. To ignore the words that lie at the heart of this provision and focus only on the single listed example is, with respect, to disregard the required analysis.

As also noted by the Chief Justice, I observe that the constitutional questions stated by the Court refer to s. 515(10)(c) in its entirety, and that the Court has had the benefit of full written and oral submissions on both the “just cause” and “maintain confidence in the administration of justice” components of the provision. In addition, since the words “any other just cause” are deliberately open-ended and discretionary, a factual foundation would be of little assistance. It should be remembered that while it may not be appropriate for the Court to address a constitutional question neither squarely raised nor fully argued by the parties to a case, generally the Court ought not to avoid such questions when they are clearly put before the Court with adequate argument on the issues involved by the parties, as is the case here.

In this regard, I agree with the following comments of Professor Don Stuart which, although in reference to the Ontario Court of Appeal decision in this case, apply equally well here:

Surely if the issue is vagueness or overbreadth, then the whole section is to be considered, otherwise the consideration would be blinkered and distorted? On the narrow

Il vaut la peine de répéter que, de par sa structure, l’alinéa ne se prête pas à une analyse fragmentaire. La formulation de l’al. c) est claire. La mise en liberté sous caution peut être refusée pour « une autre juste cause », notamment, « sans préjudice de ce qui précède » (je souligne), lorsque la détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Il est évident qu’en adoptant l’al. 515(10)c) le législateur a essentiellement voulu permettre aux tribunaux d’exercer un pouvoir discrétionnaire illimité. En réalité, il s’agit là de la prémisse sur laquelle les parties au présent pourvoi ont fondé leur argumentation. Il incombe donc à notre Cour d’examiner attentivement cette attribution de pouvoir discrétionnaire. En toute déférence, c’est faire fi de l’analyse qui s’impose que de ne pas tenir compte des mots qui sont au cœur de cette disposition et de ne mettre l’accent que sur le seul exemple donné.

À l’instar du Juge en chef, je constate que les questions constitutionnelles formulées par notre Cour renvoient à l’ensemble de l’al. 515(10)c) et que des arguments complets ont été présentés à notre Cour, par écrit et de vive voix, sur les volets « juste cause » et « ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice ». De plus, comme l’expression « une autre juste cause » traduit une volonté de conférer un pouvoir discrétionnaire illimité, un fondement factuel ne serait pas d’un grand secours. Il faut se rappeler que, en général, même s’il peut être inapproprié qu’elle examine une question constitutionnelle que les parties n’ont pas soulevée directement ni plaidée de manière complète, notre Cour ne devrait pas se garder d’examiner une telle question dans le cas où, comme en l’espèce, elle lui est clairement soumise avec une argumentation suffisante des parties sur les questions en litige.

À ce propos, je souscris aux commentaires suivants du professeur Don Stuart qui, même s’ils se rapportent à la décision rendue en l’espèce par la Cour d’appel de l’Ontario, valent tout autant devant nous :

[TRADUCTION] Certes, si la question en litige est celle de l’imprécision ou de la portée excessive, alors la disposition doit être examinée en entier, sinon l’examen sera

88

89

90

approach of the Ontario Court, the umbrella clause will only be reviewable where a bail judge expressly rests on it. Reasons given at show cause hearings are often enigmatic and the approach in *Hall* may well insulate the section from proper review. Courts are the guardians of the constitution and should not be bending over backwards to sidestep fully developed and presented *Charter* challenges.

(D. Stuart, “*Hall: The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision*” (2000), 35 C.R. (5th) 219, at p. 220)

C. *Application of Section 11(e) of the Charter to Section 515(10)(c)*

91 Although I adhere to the view that s. 515(10)(c) must be read and considered in its entirety, for the purposes of argument I will assess the two components of the provision separately. In my opinion, even if these two parts are considered independently, neither can withstand constitutional scrutiny.

(1) “Any Other Just Cause”

92 As discussed, in *Morales*, this Court held that a restriction on the s. 11(e) right to bail will be valid if it meets the following two conditions:

(1) bail is denied only in a narrow set of circumstances; and,

(2) the denial of bail is necessary to promote the proper functioning of the bail system, and is not undertaken for any purpose extraneous to the bail system.

I will discuss the application of each of these conditions in turn as they apply to the “any other just cause” component of s. 515(10)(c).

(a) *Narrow Set of Circumstances*

93 In my view, it is impossible to hold that the words “any other just cause” provide for the denial of bail

partiel et faussé. Suivant l’interprétation restrictive qu’en a donné la Cour de l’Ontario, la disposition générale ne peut faire l’objet d’un examen que si le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution se fonde expressément sur elle pour rejeter la demande. Les motifs invoqués aux audiences de justification sont souvent nébuleux, et l’interprétation donnée dans l’arrêt *Hall* pourrait bien soustraire la disposition à l’examen qui s’impose. Les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et ils ne doivent pas s’ingénier à esquiver des contestations fondées sur la *Charte* qui ont été dûment préparées et présentées.

(D. Stuart, « *Hall : The Ontario Court of Appeal Ducks Broader Issues in Upholding the New Public Interest Bail Provision* » (2000), 35 C.R. (5th) 219, p. 220)

C. *Application de l’al. 11e) de la Charte à l’al. 515(10)c)*

Bien que je souscrive au point de vue selon lequel l’al. 515(10)c) doit être interprété et considéré en entier, pour les besoins du débat, j’analyserai ses deux volets séparément. À mon sens, même lorsque ces deux volets sont considérés indépendamment l’un de l’autre, aucun ne résiste à l’examen constitutionnel.

(1) « une autre juste cause »

Comme nous l’avons vu, dans l’arrêt *Morales*, notre Cour a statué que la restriction du droit à la mise en liberté sous caution, garanti par l’al. 11e), est valide si elle respecte les deux conditions suivantes :

(1) la mise en liberté sous caution n’est refusée que dans certains cas bien précis et

(2) le refus s’impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et n’est pas exprimé à des fins extérieures à ce système.

Je vais analyser successivement chacune de ces conditions en fonction de leur application au volet « une autre juste cause » de l’al. 515(10)c).

a) *Certains cas bien précis*

À mon avis, il est impossible de conclure que l’expression « une autre juste cause » permet de

under a narrow set of circumstances as required by *Morales*. The phrase falls considerably more afoul of the vagueness doctrine than the old “public interest” ground because it fails even to specify a particular basis upon which bail may be denied.

When one looks at the plain language of the provision, it is self-evident that the deliberate open-endedness of the phrase “on any other just cause being shown and, without limiting the generality of the foregoing” must preclude a finding that the phrase only applies in a narrow set of circumstances. How can a set be considered narrow when it is explicitly left open with no criteria to govern or limit its exercise? I agree with the Chief Justice that the phrase “any other just cause” is not sufficiently narrow to meet constitutional standards imposed by *Pearson* and *Morales*.

(b) *Proper Functioning of the Bail System*

It was argued that the phrase “any other just cause” furthers the proper functioning of the bail system by allowing courts to deal with circumstances which have not been foreseen but which make detention necessary, equipping the judiciary with the power it needs to provide for social peace and order in unforeseen circumstances.

In my view, it is an absurdity to argue that the grant of open-ended judicial discretion to deny bail promotes the proper functioning of the bail system when this entire system is premised upon s. 11(e) of the *Charter* and its accompanying requirement that bail only be denied under narrow circumstances. It must not be forgotten that the *raison d'être* of the bail system is the presumption of innocence and the general right to bail, and the broader the terms under which bail may be denied, the more this fundamental presumption is compromised.

refuser la mise en liberté sous caution dans certains cas bien précis, comme l'exige l'arrêt *Morales*. Cette expression va bien davantage à l'encontre de la règle de l'imprécision que l'ancien motif de l'« intérêt public », du fait qu'elle ne précise même pas un motif justifiant le refus d'accorder la mise en liberté sous caution.

Lorsque l'on considère le texte clair de la disposition, il va de soi que, en raison de la portée délibérément illimitée des mots « il est démontré une autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède », il est impossible de conclure qu'ils ne s'appliquent que dans certains cas bien précis. Comment pourrait-il être question de cas bien précis lorsque la disposition se veut expressément générale et qu'aucun critère n'en régit ou n'en limite l'application? Je partage l'avis du Juge en chef selon lequel l'expression « une autre juste cause » n'est pas assez précise pour satisfaire aux normes constitutionnelles établies dans les arrêts *Pearson* et *Morales*.

b) *Bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution*

L'on a fait valoir que l'expression « une autre juste cause » favorise le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution en permettant au tribunal d'examiner des cas non prévus, mais où la détention est nécessaire, le dotant ainsi du pouvoir requis pour assurer la paix et l'ordre social dans des cas non prévus.

Selon moi, il est absurde de soutenir que l'attribution au tribunal d'un pouvoir discrétionnaire illimité de refuser la mise en liberté sous caution favorise le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution, alors que tout ce système repose sur l'al. 11e) de la *Charte* et sur l'exigence qu'il comporte que cette mise en liberté ne soit refusée que dans certains cas bien précis. Il ne faut pas oublier que la raison d'être de ce système est la présomption d'innocence et le droit général à la mise en liberté sous caution, et que plus les conditions auxquelles la mise en liberté peut être refusée sont générales, plus cette présomption fondamentale est compromise.

94

95

96

(2) “Necessary in Order to Maintain Confidence in the Administration of Justice”(2) « nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice »

97 I turn now to an application of the *Pearson* and *Morales* requirements to the “confidence in the administration of justice” component of s. 515(10)(c).

Je vais maintenant appliquer les conditions établies dans les arrêts *Pearson* et *Morales* au volet « confiance du public envers l’administration de la justice » de l’al. 515(10)c).

(a) *Narrow Set of Circumstances*a) *Certains cas bien précis*

98 It is worth repeating the words of Lamer C.J. in *Morales*, *supra*, at p. 728, setting out the standard that this condition imposes:

Il vaut la peine de reproduire les propos que le juge en chef Lamer a tenus dans l’arrêt *Morales*, précité, p. 728, au sujet de la norme prescrite par cette condition :

In my view the principles of fundamental justice preclude a standardless sweep in any provision which authorizes imprisonment. This is all the more so under a constitutional guarantee not to be denied bail without just cause as set out in s. 11(e). Since pre-trial detention is extraordinary in our system of criminal justice, vagueness in defining the terms of pre-trial detention may be even more invidious than is vagueness in defining an offence.

À mon avis, les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu’une disposition autorisant l’incarcération laisse une large place à l’arbitraire. C’est d’autant plus vrai dans le contexte de la garantie constitutionnelle contre la privation de liberté sous caution sans juste cause qu’énonce l’al. 11e). Puisque la détention avant le procès est une mesure extraordinaire dans notre système de justice pénale, l’imprécision dans la définition des motifs la justifiant peut être encore plus injuste que l’imprécision dans la définition d’une infraction.

At first blush, the fact that the provision includes a list of factors to be considered suggests that the confidence in the administration of justice ground is sufficiently precise; however, upon examination, it is difficult to see how the listed factors contribute to a determination of whether confidence in the administration of justice would be promoted by denying bail. As such, in my opinion, these factors serve as little more than a facade of precision.

À première vue, le fait que la disposition énumère un certain nombre de facteurs à considérer indique que le motif de la confiance du public dans l’administration de la justice est suffisamment précis. Cependant, après examen, il est difficile de voir comment les facteurs énumérés peuvent permettre de déterminer si le refus d’accorder la mise en liberté sous caution favoriserait la confiance du public dans l’administration de la justice. À mon avis, ces facteurs contribuent tout au plus à donner une fausse apparence de précision.

99 The factors listed under s. 515(10)(c) are: “the apparent strength of the prosecution’s case, the gravity of the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission and the potential for a lengthy term of imprisonment”. On their face, these factors seem relevant to a determination of whether bail should be granted or denied; however, one must assume here that the bail decision is not being made in order to ensure the accused attends court or to protect the public, otherwise the decision would be made under either s. 515(10)(a) or (b), which deal specifically with those grounds. As such, I find it

Les facteurs énumérés à l’al. 515(10)c) sont « le fait que l’accusation paraît fondée, la gravité de l’infraction, les circonstances entourant sa perpétration et le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement. » De prime abord, ils paraissent utiles pour décider s’il y a lieu ou non d’accorder une mise en liberté sous caution. Cependant, il faut présumer en l’espèce que la décision relative à la mise en liberté sous caution ne vise pas à assurer la présence de l’accusé au tribunal ou à protéger le public, sinon elle serait fondée sur l’un ou l’autre des al. a) et b) du par. 515(10) qui se

difficult to see how these factors could promote the proper administration of justice when it has already been concluded that it is not necessary to detain the accused in order to ensure the attendance of the accused at trial or to protect the safety of the public.

Although several of these factors have long been thought relevant to bail decisions, initially they were considered as probative only of whether the accused would appear for trial; see Trotter, *supra*, at pp. 4-8. In this regard, I note that the Chief Justice states that, at common law, courts “also considered other factors such as the nature of the offence, the severity of the penalty, the evidence against the accused, and the character of the accused” (para. 14). However, the cases cited in support of this used these factors to determine only whether or not the accused was a flight risk, consistent with the general common law view. Indeed, it is logical to assume that a strong case for the prosecution and the potential for lengthy imprisonment would serve to increase the risk that the accused will not appear for trial. In addition, factors such as the gravity of the offence and the circumstances surrounding it are relevant in determining the risk to public safety that the release of the accused poses. However, once these two risks have been substantially eliminated, to what can these factors point? As discussed, counsel struggled to posit plausible grounds, aside from those already enumerated in paras. (a) and (b), which would justify pre-trial detention. In the absence of such grounds, the listed factors are probative of nothing.

Of course, the somewhat tautological argument was put forth that these factors are in fact probative of whether or not confidence in the administration of justice will be promoted by denying bail. The respondent submitted that since the expression “confidence in the administration of justice” is a well-known phrase, used by both courts and Parliament in a variety of contexts, it delineates a sufficiently

rappellent expressément à ces motifs. Il m’est donc difficile de voir comment ces facteurs pourraient favoriser la bonne administration de la justice dans le cas où l’on a déjà conclu qu’il n’est pas nécessaire de détenir l’accusé pour assurer qu’il se présentera à son procès ou pour protéger le public.

Bien que l’on considère depuis longtemps que plusieurs de ces facteurs sont utiles pour prendre une décision relative à la mise en liberté sous caution, on estimait, à l’origine, qu’ils n’étaient probants que pour déterminer si l’accusé comparait à son procès; voir Trotter, *op. cit.*, p. 4-8. À cet égard, je constate que le Juge en chef a affirmé que, en common law, les tribunaux « ont également tenu compte d’autres facteurs tels la nature de l’infraction, la sévérité de la peine, la preuve pesant contre l’accusé et la moralité de ce dernier » (par. 14). Toutefois, dans la jurisprudence citée à l’appui de cette affirmation, ces facteurs ne servent qu’à déterminer s’il existe un risque que l’accusé s’esquive, conformément au point de vue général ayant cours en common law. Il est, en effet, logique de supposer que l’existence d’une preuve à charge convaincante et le fait que l’accusé encourt une longue peine d’emprisonnement, s’il est déclaré coupable, augmentent le risque de non-comparution de l’accusé à son procès. En outre, des facteurs comme la gravité de l’infraction et les circonstances ayant entouré sa perpétration sont utiles pour déterminer le risque que la mise en liberté de l’accusé représente pour la sécurité du public. Cependant, une fois que ces deux risques sont écartés pour l’essentiel, que peuvent laisser entrevoir ces facteurs? Les avocats, je le répète, se sont employés à énoncer des motifs plausibles, autres que ceux déjà énumérés aux al. a) et b), qui justifieraient la détention avant le procès. En l’absence de tels motifs, les facteurs énumérés ne prouvent rien.

Évidemment, l’on a avancé l’argument quelque peu tautologique selon lequel ces facteurs sont, en réalité, probants pour ce qui est de savoir si le refus d’accorder la mise en liberté sous caution favorisera ou non la confiance du public dans l’administration de la justice. L’intimée a soutenu que l’expression « confiance du public envers l’administration de la justice » établit une norme assez

narrow and precise standard. Again, however, I fail to see how confidence in the administration of justice is promoted by detaining an accused who is not at risk of absconding nor a threat to public safety. On the contrary, to detain an accused in such circumstances solely on the basis that the crime is a serious one and the Crown's case is strong would serve to undermine confidence in the administration of justice when one bears in mind the importance of the presumption of innocence to the proper administration of justice.

102

Thus, with respect, the British Columbia Court of Appeal in *R. v. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38, erred in concluding that the provision provided a sufficiently precise standard. At p. 48, the court held:

In my judgment, Parliament has not left the legal profession and the judiciary without a road map to use in the interpretation of s. 515(10)(c). The provisions of the section appear to me to require the Crown at a bail hearing to establish a strong *prima facie* case of very bad conduct resulting in serious harm or the potential for serious harm. In such circumstances, there would usually exist a strong likelihood that a significant sentence would be imposed on a person found guilty of such conduct.

Although the terms of the test may appear to define a cogent standard, the problem with this type of analysis is that it allows for pre-trial detention on the basis of nothing more than a serious crime coupled with a strong *prima facie* case. Again, however, I am at a loss to comprehend how pre-trial detention in such circumstances, where there is little risk of flight or to public safety, could possibly promote confidence in the administration of justice in the mind of an informed public fully aware of the importance of the presumption of innocence and the right to bail. As I have stated, something more than simply weighing the listed factors is necessary in order to justify pre-trial detention, and no valid ground to fill this constitutional void has been put forth.

précise et restrictive, du fait qu'elle est une expression bien connue que les tribunaux et le législateur utilisent dans divers contextes. Cependant, je répète que je ne vois pas comment la détention d'un accusé qui ne risque pas de s'esquiver ou de menacer la sécurité du public peut favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice. Au contraire, compte tenu de l'importance que la présomption d'innocence revêt pour la bonne administration de la justice, détenir un accusé dans de telles circonstances uniquement parce que le crime commis est grave et que la preuve à charge est convaincante aurait pour effet de miner la confiance du public dans l'administration de la justice.

En toute déférence, dans l'arrêt *R. c. MacDougal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 38, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc eu tort de statuer que la disposition établissait une norme suffisamment précise. Voici ce qu'elle a dit, à la p. 48 :

[TRADUCTION] À mon sens, le législateur n'a pas laissé les avocats et le pouvoir judiciaire sans repères pour ce qui est d'interpréter l'al. 515(10)c). Cet alinéa me paraît exiger que, lors de l'enquête sur le cautionnement, le ministère public présente une preuve convaincante à première vue d'un comportement très répréhensible qui a causé un préjudice grave ou qui aurait pu causer un tel préjudice. En pareilles circonstances, il est généralement très probable qu'une lourde peine sera infligée à la personne reconnue coupable d'un tel comportement.

Même si les éléments de ce critère peuvent paraître définir une norme pertinente, le problème que pose ce genre d'analyse est qu'il permet la détention avant le procès sur le seul fondement d'un crime grave doublé d'une preuve convaincante à première vue. Là encore, j'ai du mal à comprendre comment, dans l'esprit de citoyens informés qui sont parfaitement conscients de l'importance de la présomption d'innocence et du droit à la mise en liberté sous caution, la détention avant le procès pourrait éventuellement favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice dans un cas où il y a peu de risques que l'accusé s'esquive ou qu'il menace la sécurité du public. Je le répète, il ne suffit pas de soupeser les facteurs énumérés pour justifier la détention avant le procès, et aucun motif valable n'a été présenté pour combler cette lacune constitutionnelle.

Consequently, I am of the view that this Court's holding in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 ("CBC"), namely that the phrase "proper administration of justice" provided an intelligible standard by which a presiding judge could exclude members of the public from criminal proceedings, cannot be used to support a similar conclusion in the case at bar. The Court's holding in *CBC* was based on its conclusion that, in the context of s. 486(1) of the *Criminal Code*, the phrase "proper administration of justice" engaged specific fundamental values such as the ability of courts to control their own process in furtherance of the rule of law, and the power of courts to regulate the publicity of their proceedings in order to protect the innocent and safeguard privacy interests: see *CBC, supra*, at paras. 36-43. By engaging these specific values, the phrase "proper administration of justice", in the context of s. 486(1), provided an "intelligible standard . . . according to which the judiciary [could] exercise the discretion conferred": *CBC*, at para. 59. In contrast, as I have stated, I can find no parallel values engaged by the phrase "maintain confidence in the administration of justice", as it is found in s. 515(10)(c). The mere fact that this phrase is well known does not serve to endow it with an intrinsic legitimacy. On the contrary, the proper approach is to examine the phrase in its statutory context and in light of the specific values engaged: *CBC*, at para. 36. In the context of s. 515(10)(c), the phrase "maintain confidence in the administration of justice" fails to engage any legitimate specific values and thus does not provide the judiciary with an "intelligible standard".

By enacting s. 515(10)(c), Parliament has essentially revived, albeit with more elaborate wording, the old "public interest" ground that this Court struck down in *Morales*. In *Re Powers and The Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533 (Ont. H.C.), at

En conséquence, j'estime que la décision de notre Cour dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, selon laquelle l'expression « bonne administration de la justice » énonce une norme intelligible permettant au juge qui préside des procédures criminelles d'exclure les membres du public de la salle d'audience, ne saurait servir à appuyer une conclusion semblable en l'espèce. La décision de la Cour, dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, était fondée sur sa conclusion que, dans le contexte du par. 486(1) du *Code criminel*, l'expression « bonne administration de la justice » faisait intervenir des valeurs fondamentales particulières telles que la capacité des tribunaux de contrôler leur propre procédure afin d'assurer la primauté du droit, et le pouvoir qu'ils ont de régir la publicité de leurs audiences afin de protéger l'innocent et de sauvegarder la vie privée : voir l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, par. 36-43. En faisant intervenir ces valeurs particulières, l'expression « bonne administration de la justice », dans le contexte du par. 486(1), énonçait une « norme intelligible [. . .] suivant laquelle le pouvoir judiciaire [pouvait] exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui [était] conféré » : *Société Radio-Canada*, par. 59. Par contre, je répète que, selon moi, les mots « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » figurant à l'al. 515(10)(c), ne font intervenir aucune valeur équivalente. Le simple fait que ces mots soient bien connus ne leur confère pas une légitimité intrinsèque. Au contraire, il faut les examiner dans leur contexte législatif et à la lumière des valeurs particulières en jeu : *Société Radio-Canada*, par. 36. Dans le contexte de l'al. 515(10)(c), les mots « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice » ne font intervenir aucune valeur légitime particulière et ne constituent donc pas une « norme intelligible » pour le pouvoir judiciaire.

En adoptant l'al. 515(10)(c), le législateur a essentiellement fait renaître, quoique sous une forme plus détaillée, l'ancien motif de l'« intérêt public » que notre Cour avait invalidé dans l'arrêt *Morales*. Aux pages 544-545 de la décision *Re Powers and The*

pp. 544-45, the “public interest” ground was defined to include:

... the “public image” of the *Criminal Code*, the *Bail Reform Act* amendments, the apprehension and conviction of criminals, the attempts at deterrence of crime, and ultimately the protection of that overwhelming percentage of citizens of Canada who are not only socially conscious but law-abiding.

In *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL) (C.A.), the same term was described as including “the public’s perception of, and confidence in, the administration of justice”. In *Morales*, Lamer C.J. rejected these expressions of “public interest” as relying “on an imprecise notion that the public interest justifies denying bail whenever the public image of the criminal justice system would be compromised by granting bail” (p. 731). In my view, s. 515(10)(c) invokes similarly vague notions of the public image of the criminal justice system, the only difference being that in s. 515(10)(c) the public image standard is expressed by the phrase “maintain confidence in the administration of justice” as opposed to the term “public interest”.

105 In *R. v. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, McEachern C.J.B.C. (in Chambers) specifically referred to s. 515(10)(c) as the “new definition of public interest” (para. 6) and “the ‘public interest’ requirement” (para. 15). Professor Trotter, one of the leading experts in this area, comes to a similar conclusion, *supra*, at pp. 145-46:

Section 515(10)(c) is more detailed and refined than its predecessor [the “public interest” ground]. However, it achieves the same objective — it permits the detention of an accused person based upon the anticipated reaction of the public to the decision, free of any concern about the accused person absconding or re-offending.

106 Given this underpinning in public perceptions, s. 515(10)(c) is ripe for misuse, allowing for

*Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533 (H.C. Ont.), le tribunal a statué que le motif de l’« intérêt public » englobait :

[TRADUCTION] . . . l’« image » du *Code criminel* auprès du public, les modifications apportées par la *Loi sur la réforme du cautionnement*, l’arrestation et la condamnation des criminels, les efforts visant à la dissuasion et, en dernier lieu, la protection de la vaste majorité des Canadiens qui non seulement ont une conscience sociale, mais encore sont respectueux des lois.

Dans l’arrêt *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL), la Cour d’appel de l’Ontario a statué que l’« intérêt public » s’entendait notamment de [TRADUCTION] « la perception qu’a le public de l’administration de la justice et [de] la confiance qu’il a dans celle-ci ». Dans l’arrêt *Morales*, le juge en chef Lamer a rejeté ces définitions de l’« intérêt public » pour le motif qu’elles reposaient « sur une notion imprécise selon laquelle l’intérêt public justifie le refus de mise en liberté sous caution dans tous les cas où la mise en liberté risquerait de nuire à l’image du système de justice pénale auprès du public » (p. 731). Selon moi, l’al. 515(10)(c) s’appuie sur des notions tout aussi imprécises de l’image du système de justice criminelle auprès du public, à cette différence près qu’il recourt à l’expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » au lieu de l’expression « intérêt public » pour décrire la norme de l’image auprès du public.

Dans l’arrêt *R. c. Nguyen* (1997), 119 C.C.C. (3d) 269, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique (en chambre) a précisé que l’al. 515(10)(c) établit la [TRADUCTION] « nouvelle définition de l’intérêt public » (par. 6) et « la nouvelle condition de l’“intérêt public” » (par. 15). L’un des plus grand experts en la matière, le professeur Trotter, *op. cit.*, p. 145-146, arrive à la même conclusion :

[TRADUCTION] L’alinéa 515(10)(c) est plus détaillé et plus subtil que la disposition antérieure [le motif de l’« intérêt public »]. Il permet cependant d’atteindre le même objectif, du fait qu’il autorise la détention de l’accusé sur le fondement de la réaction prévisible du public et indépendamment de toute crainte qu’il s’esquive ou qu’il récidive.

En raison de la perception du public qui le sous-tend, l’al. 515(10)(c) se prête aux abus et permet

irrational public fears to be elevated above the *Charter* rights of the accused. In the face of a highly publicized serious crime and a strong *prima facie* case, the importance of the presumption of innocence or the right to bail will not be at the forefront of the minds of most members of the public. Many individuals will instead accept the factors listed in the provision to be a proxy for the accused's guilt, and the release of the accused may very well provoke outrage among certain members of the community. However, this outrage cannot be used by the bail judge as a justification for denying bail, whether or not it is dressed up in administration of justice language. Indeed, the case at bar aptly illustrates this very pitfall. Bolan J. said:

This City, like any other small cities, looks to its courts for protection. The feelings of the community have been expressed by certain witnesses. Some people are afraid, and some people have voiced their concerns. This is a factor which I will accordingly take into consideration when I assess the third ground.

With respect, the bail judge erred in considering the subjective fears of members of the public when he had already determined that the accused should not be denied bail for fear of flight or threat to the public. Although it may well be that the reaction of the public can play a role in determining the threat posed by the accused's release under the public safety ground, that is not what the bail judge decided in this case. It is the role of courts to guard the *Charter* rights of the accused when they conflict with irrational and subjective public views, even when sincerely held. The problem with s. 515(10)(c) is that, stripped to its essence, its very purpose is to allow these subjective fears to form the sole basis by which bail is denied.

que les craintes irrationnelles du public l'emportent sur les droits que la *Charte* garantit à l'accusé. En présence d'un crime grave très médiatisé et d'une preuve convaincante à première vue, l'importance de la présomption d'innocence ou du droit à la mise en liberté sous caution n'est pas au premier plan dans l'esprit de la plupart des membres du public. Bon nombre d'entre eux verront plutôt dans les facteurs énumérés dans cette disposition des indices de la culpabilité de l'accusé, et la mise en liberté de ce dernier pourra fort bien susciter l'indignation de certains membres de la collectivité. Cependant, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution ne saurait invoquer cette indignation, sous prétexte ou non qu'il en va de la bonne administration de la justice, pour refuser la mise en liberté sous caution. En réalité, la présente affaire illustre bien ce piège. Pour reprendre les propos du juge Bolan :

[TRADUCTION] Cette ville, à l'instar de toute autre petite ville, compte sur les tribunaux pour sa protection. Certains témoins ont fait part des sentiments de la collectivité. Certaines personnes ont peur et d'autres ont exprimé leurs inquiétudes. Par conséquent, c'est un facteur dont je vais tenir compte dans mon examen du troisième motif.

En toute déférence, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution a eu tort de prendre en considération les craintes subjectives de certains membres du public, après avoir décidé qu'il n'y avait pas lieu de la rejeter de crainte que l'accusé s'esquive ou qu'il constitue une menace pour le public. Bien que la réaction du public puisse fort bien entrer en ligne de compte dans l'évaluation de la menace que l'accusé pourra présenter pour la sécurité du public s'il est mis en liberté, le juge appelé à se prononcer sur la demande de liberté sous caution n'a pas tenu compte de ce facteur en l'espèce. Il incombe aux tribunaux de veiller à ce que les droits que la *Charte* garantit à l'accusé soient respectés lorsqu'ils entrent en conflit avec un point de vue irrationnel et subjectif du public, même dans le cas où ce point de vue est sincère. Le problème que pose l'al. 515(10)c) est qu'il vise essentiellement à permettre que ces craintes subjectives justifient à elles seules le refus d'accorder la mise en liberté sous caution.

(b) *Proper Functioning of the Bail System*

b) *Bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution*

108 It follows from the above discussion that the listed factors in s. 515(10)(c), taken by themselves, do not promote the proper functioning of the bail system. Obviously, if the factors lead to a denial of bail which is contrary to the proper administration of justice, which is the view I take, the result cannot be one which promotes the proper functioning of the bail system. It does not further our pre-trial release scheme to allow irrational fears and inclinations to distort the proper application of bail requirements. No authority is needed for the proposition that ill-informed emotional impulses are extraneous to our system of bail.

L'analyse qui précède permet de constater que les facteurs énumérés à l'al. 515(10)c ne favorisent pas en soi le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. De toute évidence, si, comme je le crois, leur application mène à un refus qui va à l'encontre de la bonne administration de la justice, ce résultat ne saurait favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. Il n'est pas dans l'intérêt de notre système de mise en liberté avant le procès que l'on permette que des craintes et des propensions irrationnelles faussent l'application légitime des conditions établies en la matière. Il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur la jurisprudence ou la doctrine pour affirmer que les réactions émotives de gens mal informés sont extérieures à notre système de mise en liberté sous caution.

109 As discussed above, the respondent suggested several specific grounds for denying bail which could fall under the "administration of justice" rubric. Although some of these suggestions may be seen to promote the proper functioning of the bail system (for example, denying bail in order to protect the accused), the ability to identify one or two isolated examples where the denial of bail may be justified for reasons other than those listed under either (a) or (b) cannot be used as a justification for the broad language of s. 515(10)(c). It is open to Parliament to legislate to cover these narrow grounds if it deems this to be necessary; however, this is not what this section is aimed at.

Comme nous l'avons vu, l'intimée a énoncé plusieurs motifs particuliers de refuser la mise en liberté sous caution qui pourraient relever de l'« administration de la justice ». Bien qu'il soit possible de considérer que certains de ces motifs favorisent le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution (comme, par exemple, refuser la mise en liberté sous caution pour protéger l'accusé lui-même), la capacité de donner un ou deux exemples isolés de cas où le refus d'accorder la mise en liberté sous caution peut être justifié pour d'autres motifs que ceux énumérés à l'al. a) ou à l'al. b) ne saurait justifier le libellé général de l'al. 515(10)c). Le législateur peut légiférer de manière à inclure ces motifs précis s'il le juge nécessaire, mais tel n'est pas l'objet de la disposition en cause dans la présente affaire.

110 In summary, although in other circumstances the factors listed in s. 515(10)(c) could be viewed as circumscribing a fairly narrow range of circumstances, the lack of a valid ground or purpose to which the factors are aimed at qualifying negates the effect that such factors would otherwise have in narrowing the scope of the section. As a result, whether or not the phrase "maintain confidence in the administration of justice" has been given a workable standard

En résumé, même si, dans d'autres circonstances, l'on pourrait considérer que les facteurs énumérés à l'al. 515(10)c délimitent des cas relativement bien précis, l'absence de motif ou d'objectif valide que ces facteurs viseraient à nuancer annule l'effet que ces facteurs auraient, par ailleurs, en restreignant la portée de la disposition en cause. En conséquence, peu importe que les tribunaux ou le législateur, ou les deux à la fois, aient considéré,

by courts and/or Parliament in other contexts, in the context of s. 515(10)(c) it is impermissibly vague because of the failure to establish a plausible and valid ground for denying bail that would serve the proper administration of the bail system and that is not already covered under the more specific grounds in s. 515(10)(a) and (b). Without such an independent ground, the listed factors, by themselves, point to a denial of bail on the mere two-fold basis of a serious crime and a strong *prima facie* case; however, it does not promote the proper functioning of the bail system to detain an accused on this basis alone, when the accused is not a flight risk and does not pose a threat to public safety.

As a result, I conclude that s. 515(10)(c) fails both the conditions set out by Lamer C.J. in *Morales* and thus breaches s. 11(e) of the *Charter*. It is thus necessary to determine whether this breach can be justified under s. 1.

#### D. *Section 1 of the Charter*

##### (1) Pressing and Substantial Objective

Pursuant to the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and its progeny, in order for a law that infringes a provision of the *Charter* to be justified under s. 1, the onus is on the Crown to identify some pressing and substantial concern that the provision is meant to address. As an initial matter, I find it difficult to justify as “pressing and substantial” a provision which denies bail under circumstances which cannot be articulated more precisely than “to maintain confidence in the administration of justice”, and certainly not for “any other just cause”. This is especially so given the failure, discussed above, to identify particular circumstances where s. 515(10)(c) would validly operate.

dans d’autres contextes, que l’expression « pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » établissait une norme pratique, cette expression est, dans le contexte de l’al. 515(10)(c), d’une imprécision inacceptable du fait qu’elle n’établit pas un motif de refus plausible et valide qui favoriserait la bonne administration du système de mise en liberté sous caution et qui n’est pas déjà visé par les motifs plus précis énumérés aux al. 515(10)(a) et (b). En l’absence d’un tel motif indépendant, les facteurs énumérés indiquent en soi que la mise en liberté sous caution sera refusée simplement en raison du double motif de la gravité de l’infraction et de l’existence d’une preuve convaincante à première vue. Toutefois, la détention, pour ce seul motif, d’un accusé qui ne risque pas de s’esquiver ou qui ne constitue pas une menace pour la sécurité du public ne favorise en rien le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution.

Je conclus donc que l’al. 515(10)(c) ne satisfait à aucune des deux conditions énoncées par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Morales* et qu’il viole, de ce fait, l’al. 11(e) de la *Charte*. Il est donc maintenant nécessaire de décider si cette violation peut être justifiée au regard de l’article premier.

#### D. *L’article premier de la Charte*

##### (1) Objectif urgent et réel

Selon le critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et les arrêts qui l’ont suivi, pour démontrer qu’une mesure législative qui viole une disposition de la *Charte* est justifiée au regard de l’article premier, il incombe au ministère public d’établir que l’objectif de cette mesure législative se rapporte à une préoccupation urgente et réelle. Tout d’abord, j’estime qu’il est difficile de justifier comme se rapportant à une préoccupation « urgente et réelle » une disposition qui permet de refuser la mise en liberté sous caution dans le but on ne peut plus précis de « ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice » et, sûrement pas pour « une autre juste cause ». Cela est d’autant plus vrai en raison du défaut susmentionné d’énoncer des circonstances particulières où l’application de l’al. 515(10)(c) serait valide.

111

112

113 The respondent argued that the objective of s. 515(10)(c) was that of s. 515 as a whole which is “to create a liberal system for the granting of bail, and to limit pre-trial detention as much as possible, consistent with the needs of the wider administration of justice” (respondent’s factum, at para. 73). Although this may indeed be a pressing and substantial objective, it still must be shown how a part of s. 515 which breaches the *Charter* addresses some pressing concern within the wider context of the bail system.

114 The respondent stated that “the objective of allowing courts to respond to unforeseen circumstances . . . addresses concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society” (respondent’s factum, at para. 75). Again, however, since the respondent failed to posit a hypothetical let alone actual scenario where s. 515(10)(c) would be necessary, this hardly qualifies as a pressing and substantial objective. In addition, in enacting s. 515(10)(c) Parliament did not appear to have been motivated by any evidence of deficiencies in the bail system during the five years post-*Morales*.

115 Aside from this lack of an empirical foundation for the section, our attention was not drawn to any provision similar to s. 515(10)(c) in comparable legal systems. The only enactment in the same vein as s. 515(10)(c) is the South African provision allowing for bail to be denied “where in exceptional circumstances there is the likelihood that the release of the accused will disturb the public order or undermine the public peace or security”. This provision was challenged in *S v. Dlamini*, 1999 (4) SA 623 (CC), as being contrary to the constitutional right to be released from detention if the interests of justice permit, subject to reasonable conditions. The Constitutional Court of South Africa upheld the provision under the analogue to s. 1 (at pp. 659-60):

L’intimée soutient que l’objectif de l’al. 515(10)c) correspond à celui de l’ensemble de l’art. 515, à savoir [TRADUCTION] « établir un généreux système de mise en liberté sous caution et limiter le plus possible la détention avant le procès, conformément aux besoins de l’administration générale de la justice » (mémoire de l’intimée, par. 73). Quoiqu’il puisse effectivement s’agir là d’un objectif urgent et réel, il reste à démontrer en quoi une partie de l’art. 515 qui viole la *Charte* se rapporte à une préoccupation urgente dans le contexte général du système de mise en liberté sous caution.

L’intimée affirme que [TRADUCTION] « l’objectif de permettre aux tribunaux de réagir à des circonstances imprévues [. . .] se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique » (mémoire de l’intimée, par. 75). Là encore, cependant, étant donné que l’intimée n’a pas énoncé un scénario hypothétique, et encore moins un scénario réel, où il serait nécessaire d’appliquer l’al. 515(10)c), on ne saurait guère qualifier d’urgent et de réel cet objectif. De plus, l’adoption de l’al. 515(10)c) par le législateur ne paraît pas avoir été motivée par une preuve que le système de mise en liberté sous caution comportait des lacunes pendant les cinq années ayant suivi l’arrêt *Morales*.

Outre le fait que la disposition en cause n’a aucun fondement empirique, on ne nous a signalé l’existence d’aucune disposition semblable à l’al. 515(10)c) dans des systèmes juridiques comparables. La seule disposition adoptée dans le même ordre d’idées est la disposition sud-africaine qui permet de refuser la mise en liberté sous caution [TRADUCTION] « dans des cas exceptionnels où il est probable que la mise en liberté de l’accusé perturbera l’ordre public ou compromettra la paix ou la sécurité publiques ». Cette disposition a été contestée dans *S c. Dlamini*, 1999 (4) SA 623 (CC), pour le motif qu’elle allait à l’encontre du droit constitutionnel à la mise en liberté lorsque les intérêts de la justice le permettent, sous réserve de conditions raisonnables. La Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud a confirmé la validité de la disposition au regard d’une disposition analogue à l’article premier (aux p. 659-660) :

It would be irresponsible to ignore the harsh reality of the society in which the Constitution is to operate. Crime is a serious national concern, and a worrying feature for some time has been public eruptions of violence related to court proceedings. In the present context we are not so much concerned with violent public reaction to unpopular verdicts or sentences, but with such reactions to unpopular grants of bail. There is widespread misunderstanding regarding the purpose and effect of bail. . . . The ugly fact remains, however, that public peace and security are at times endangered by the release of persons charged with offences that incite public outrage. . . . Experience has shown that organised community violence, be it instigated by quasi-political motives or by territorial battles for control of communities for commercial purposes, does subside while ringleaders are in custody. Their arrest and detention on serious charges does instil confidence in the criminal justice system and does tend to settle disquiet, whether the arrestees are warlords or druglords.

It is obvious that in Canada no comparable social conditions exist, either currently or in the foreseeable future, which would justify s. 515(10)(c) under s. 1. Moreover, the provision in question in *Dlamini* is more narrowly drawn than the provision under appeal here, and indeed seems more akin to the “public safety” ground under s. 515(10)(b). As a result, in my opinion, the respondent has failed to identify a sufficiently pressing and substantial objective that is furthered by s. 515(10)(c).

## (2) Proportionality

Even if one were to assume that a pressing and substantial objective exists, I find that s. 515(10)(c) also fails the proportionality stage of the *Oakes* test. First, it follows from my finding that s. 515(10)(c) is aimed at authorizing pre-trial detention for reasons which are not in furtherance of the proper functioning of the bail system, that there is no rational connection between this provision and the objective identified by the government, which relates to the proper functioning of the bail system.

[TRADUCTION] Il serait irresponsable de ne pas tenir compte de la dure réalité de la société dans laquelle s’applique la Constitution. La criminalité est un grave problème national et, depuis un certain temps, les accès de violence publique suscités par certaines procédures judiciaires constituent un phénomène inquiétant. Dans le présent contexte, nous nous soucions des réactions violentes du public non pas à l’égard d’un verdict ou d’une sentence impopulaire, mais plutôt à l’égard d’une mise en liberté sous caution impopulaire. Il existe une incompréhension générale de l’objectif et de l’effet de la mise en liberté sous caution. [. . .] Il reste, malheureusement, que la paix et la sécurité publiques sont parfois compromises par la mise en liberté d’une personne accusée d’une infraction suscitant l’indignation du public. [. . .] L’expérience révèle que la violence collective organisée, qu’elle résulte d’un mobile quasi politique ou de luttes territoriales menées pour contrôler des collectivités à des fins commerciales, s’apaise lorsque les meneurs sont sous garde. Leur arrestation et leur détention à la suite d’accusations graves portées contre eux inspirent confiance dans le système de justice criminelle et tendent à calmer l’inquiétude, peu importe que les personnes arrêtées soient des chefs de guerre ou des barons de la drogue.

Il est évident que, dans le contexte social canadien actuel, l’al. 515(10)c) n’est pas justifié au regard de l’article premier et qu’il ne saurait l’être dans un avenir prévisible. De plus, la disposition en cause dans l’affaire *Dlamini* est plus précise que celle faisant l’objet du présent pourvoi. En fait, elle s’apparente davantage au motif de la « sécurité publique » prévu à l’al. 515(10)b). J’estime donc que l’intimée n’a énoncé aucun objectif suffisamment urgent et réel dont l’al. 515(10)c) favoriserait la réalisation.

## (2) Proportionnalité

Je conclus que, même en supposant l’existence d’un objectif urgent et réel, l’al. 515(10)c) ne satisfait pas non plus au critère de proportionnalité dégagé dans l’arrêt *Oakes*. Premièrement, il s’ensuit de ma conclusion, selon laquelle l’al. 515(10)c) vise à permettre la détention avant le procès pour des motifs extérieurs au bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution, qu’il n’y a pas de lien rationnel entre cette disposition et l’objectif énoncé par le gouvernement, qui a trait au bon fonctionnement de ce système.

117 Secondly, s. 515(10)(c) cannot satisfy the minimal impairment branch of the proportionality stage of the *Oakes* test. I fail to see how the broad discretion that s. 515(10)(c) grants to bail judges could be viewed as minimally impairing of the s. 11(e) rights of an accused. Aside from the fact that paras. (a) and (b) appear to sufficiently address most, if not all, situations where bail ought to be denied, the bail judge also has an infinite array of conditions of release available which can be imposed on the accused in order to restrict the accused's actions and monitor his or her whereabouts. Section 515(10)(c), by granting open-ended discretion to the bail judge, authorizes pre-trial detention in a much broader array of circumstances than necessary, and thus is not minimally impairing of the s. 11(e) right to bail. In order to satisfy the minimal impairment stage of the *Oakes* test in this context, Parliament must, at a minimum, restrict the denial of bail to a discrete set of grounds.

118 Finally, there is no proportionality between the deleterious effects of pre-trial detention and the salutary effects of s. 515(10)(c). Given that there appears to be no pressing and substantial concern that this provision addresses, I question whether the section can produce much in the way of salutary effects. However, even aside from this, as discussed above, pre-trial detention has concrete and profound deleterious effects on the accused. Not only does pre-trial detention present a serious imposition on the liberty of the accused and his or her right to be presumed innocent, but also there are demonstrated and troubling correlations between pre-trial detention and both the ability to present a defence and the eventual outcome of the trial. Moreover, an accused placed on remand is often subjected to the worst aspects of our correctional system by being detained in dilapidated overcrowded cells without access to recreational or educational programs. The

Deuxièmement, l'al. 515(10)c ne peut pas satisfaire au volet de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes*. Je ne vois pas comment l'on pourrait considérer que le vaste pouvoir discrétionnaire que cet alinéa confère au juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution porte une atteinte minimale aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11e). Outre le fait que les al. a) et b) semblent prévoir suffisamment la plupart, voire la totalité, des cas où le refus d'accorder la mise en liberté sous caution s'imposerait, le juge appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution peut assortir cette mise en liberté d'une gamme illimitée de conditions afin de restreindre la liberté d'action de l'accusé et de surveiller ses allées et venues. Du fait qu'il confère un pouvoir discrétionnaire illimité au juge appelé à se prononcer sur une demande de mise en liberté sous caution, l'al. 515(10)c autorise la détention avant le procès dans beaucoup plus de cas que ce qui est nécessaire, et il ne porte donc pas une atteinte minimale au droit à la mise en liberté sous caution garanti par l'al. 11e). Dans ce contexte, pour satisfaire au volet « atteinte minimale » du critère de l'arrêt *Oakes*, le législateur ne doit, à tout le moins, autoriser le refus d'accorder la mise en liberté sous caution que pour un ensemble de motifs bien précis.

Enfin, il n'y a aucune proportionnalité entre les effets pernicieux de la détention avant le procès et les effets bénéfiques de l'al. 515(10)c. Étant donné qu'elle ne semble se rapporter à aucune préoccupation urgente et réelle, je doute que cette disposition puisse avoir quelque effet bénéfique. Cependant, je le répète, même abstraction faite de cette considération, la détention avant le procès a sur l'accusé des effets pernicieux tangibles et profonds. Non seulement la détention avant le procès porte-t-elle gravement atteinte à la liberté de l'accusé et à son droit à la présomption d'innocence, mais encore il est prouvé qu'il existe des corrélations troublantes entre cette détention, d'une part, et la capacité de présenter une défense ainsi que l'issue éventuelle du procès, d'autre part. De plus, l'accusé mis en détention provisoire est souvent soumis aux pires aspects de notre système correctionnel, en étant détenu dans une cellule délabrée et surpeuplée sans avoir accès

seriousness of this deprivation is recognized by sentencing judges who frequently grant double credit for pre-trial custody: see *R. v. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.); Trotter, *supra*, at pp. 36-39. Such serious prejudicial effects would obviously outweigh the potential salutary effects of this provision if any had been shown.

As a result of the foregoing, I find that s. 515(10)(c) breaches s. 11(e) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. As such, it is necessary to address the remedies available under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

#### E. Remedies

By enacting s. 515(10)(c), the clear intention of Parliament was to provide for an open-ended residual provision allowing for bail to be denied at the discretion of the bail judge, subject to the broad requirement that there be “just cause” to do so. The fact that this breadth is intentional is made plainly apparent by use of the phrase “without limiting the generality of the foregoing”.

In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, this Court set out the guidelines for the constitutional remedies of reading in or reading down, noting that courts must refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary (p. 707). In the context of reading down, the Court noted that an illegitimate intrusion is one which has the effect of substantially changing the significance of the remaining part when the offending part is excised (p. 710).

In this case, the only available remedy is to strike s. 515(10)(c) down in its entirety. Although the section may encompass instances where bail could be denied without offending s. 11(e), there is no way for this Court to narrow the scope of the section sufficiently without seriously intruding into the legislative sphere. In this regard, even if the

à des programmes de loisir et d'éducation. Le juge appelé à déterminer la peine reconnaît souvent la gravité de cette privation en déduisant de la peine qu'il inflige le double de la période pendant laquelle l'accusé a été sous garde avant de subir son procès : voir *R. c. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); Trotter, *op. cit.*, p. 36-39. Des effets préjudiciables aussi graves l'emporteraient manifestement sur tout effet bénéfique de la disposition, dont l'existence aurait pu être démontrée.

Compte tenu de ce précède, j'arrive à la conclusion que l'al. 515(10)(c) viole l'al. 11(e) de la *Charte* et qu'il ne peut pas être sauvegardé au regard de l'article premier. Il est donc nécessaire d'examiner les réparations qui peuvent être accordées en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

#### E. Réparations

En adoptant l'al. 515(10)(c), le législateur a nettement voulu créer une disposition résiduelle de portée illimitée qui permettrait au juge du procès de refuser, à son gré, d'accorder la mise en liberté sous caution, sous réserve de la condition générale de l'existence d'une « juste cause » de le faire. L'emploi de l'expression « sans préjudice de ce qui précède » confirme la volonté du législateur de conférer une telle portée à la disposition.

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a établi les lignes directrices applicables aux réparations constitutionnelles que sont l'interprétation large et l'interprétation atténuée, signalant que les tribunaux ne doivent pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire (p. 707). En ce qui concerne l'interprétation atténuée, notre Cour a fait observer que l'empiètement illégitime est celui qui a pour effet de modifier grandement le sens du texte qui reste lorsqu'on en retranche la partie fautive (p. 710).

En l'espèce, la seule réparation possible est l'invalidation de l'al. 515(10)(c) au complet. Bien que cet alinéa puisse s'appliquer à des cas où la mise en liberté sous caution pourrait être refusée sans qu'il en résulte une violation de l'al. 11(e), notre Cour ne dispose d'aucun moyen d'en limiter suffisamment la portée sans empiéter gravement sur le domaine

119

120

121

122

administration of justice portion of the provision were constitutional, as the Chief Justice finds, the section cannot be read down to include only this portion and remain consistent with this Court's jurisprudence on this point. The structure of the provision is such that this second component is but a single example of where bail can be denied under the general "any other just cause" rubric. To take this single example of the explicitly open-ended rule and convert it into the rule itself would be to substantially change the significance of this portion of the provision, and would expressly contravene Parliament's clear intention not to limit the generality of "any other just cause". This would amount to a re-drafting of the section, an exercise which cannot be undertaken by this Court.

#### VII. The Relationship Between the Courts and Legislatures

123 In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the interaction between the various branches of government was described as a dialogue, with the result, at para. 139, that

. . . each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

124 A good example of how this process plays out is found in the cases of *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. In *O'Connor*, this Court outlined the common law procedure to be followed by an accused seeking production of therapeutic records in the hands of third parties by setting out a two-step process by which production of such records could be ordered. The first stage dealt with whether the document sought by the accused ought to be produced to the judge; at the second stage, the trial judge determined whether the record ought to be produced to the accused. Parliament responded to the *O'Connor* decision by enacting a legislative production regime. Although

législatif. À cet égard, même si, comme le conclut le Juge en chef, la partie relative à l'administration de la justice était constitutionnelle, l'alinéa ne saurait être considéré comme n'incluant que cette partie et, en même temps, demeurer conforme à la jurisprudence de notre Cour en la matière. De par la structure de l'alinéa, ce second élément n'est qu'un exemple de cas où la mise en liberté sous caution peut être refusée sur le fondement général d'« une autre juste cause ». Prendre ce seul exemple de l'application de la règle dont la portée est explicitement illimitée et en faire la règle elle-même reviendrait à modifier grandement le sens de cette partie de la disposition et irait clairement à l'encontre de l'intention manifeste du législateur de ne pas restreindre le caractère général de l'expression « une autre juste cause ». Cela équivaldrait à réécrire l'alinéa, ce que notre Cour n'a pas le pouvoir de faire.

#### VII. Le lien entre les tribunaux et le législateur

Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 139, l'interaction entre les divers organes du gouvernement a été qualifiée de dialogue obligeant

. . . en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

Les arrêts *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, illustrent bien cette dynamique. Dans l'arrêt *O'Connor*, notre Cour a énoncé la procédure de common law que doit suivre l'accusé qui demande la communication de dossiers thérapeutiques se trouvant en la possession de tiers. Cette procédure comporte deux étapes, dont la première consiste à déterminer si le document requis devrait être communiqué au juge. À la seconde étape, le juge du procès décide si le document devrait être communiqué à l'accusé. Le législateur a réagi à l'arrêt *O'Connor* en adoptant un régime législatif de communication de tels documents. Bien qu'elle ait maintenu la procédure en

the legislation maintained the basic two-stage structure of the common law regime, it diverged in several major respects.

In *Mills*, *supra*, the constitutionality of this legislation was challenged under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In response to the argument that the legislation was unconstitutional to the extent that it did not conform to the *O'Connor* regime, the majority of this Court held (at para. 55) that

. . . it does not follow from the fact that a law passed by Parliament differs from a regime envisaged by the Court in the absence of a statutory scheme, that Parliament's law is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it remains constitutional. Just as Parliament must respect the Court's rulings, so the Court must respect Parliament's determination that the judicial scheme can be improved. To insist on slavish conformity would belie the mutual respect that underpins the relationship between the courts and legislature that is so essential to our constitutional democracy: *Vriend*, *supra*.

*Mills* demonstrates the mutual respect between the courts and legislatures that is so fundamental to the concept of constitutional dialogue between these institutions. In the legislation under consideration in *Mills*, Parliament duly considered the constitutional standards set out in *O'Connor* and responded by enacting a production regime which broadly conformed to these standards. In response, this Court examined this legislative scheme in light of the particular societal concerns faced by Parliament and, with due regard for Parliament's considered view of how the production regime should be structured, upheld the legislation as constitutional.

In my view, s. 515(10)(c) demonstrates how this constitutional dialogue can break down. Although Parliament has responded to this Court's decision in *Morales*, it has not done so with due regard for the constitutional standards set out in that case. On the contrary, Parliament has essentially revitalized the

deux étapes du régime de common law, la mesure législative différait à plusieurs égards importants.

Dans l'arrêt *Mills*, précité, la constitutionnalité de cette mesure législative était contestée en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Pour répondre à l'argument selon lequel la mesure législative était inconstitutionnelle pour autant qu'elle n'était pas conforme au régime établi dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires de notre Cour ont affirmé ce qui suit (au par. 55) :

. . . Le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut [. . .] pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle : *Vriend*, précité.

L'arrêt *Mills* illustre le respect que se vouent mutuellement les tribunaux et le législateur et qui est si fondamental à la notion de dialogue constitutionnel entre ces institutions. En ce qui concerne la mesure législative en cause dans l'arrêt *Mills*, le législateur a dûment examiné les normes constitutionnelles établies dans l'arrêt *O'Connor* et a réagi en édictant un régime de communication généralement conforme à ces normes. À son tour, notre Cour a étudié ce régime législatif à la lumière des préoccupations sociales particulières auxquelles devait répondre le législateur et, après avoir dûment tenu compte de l'opinion réfléchie du législateur quant à la manière dont ce régime devait être structuré, elle a conclu à la constitutionnalité de la mesure législative.

À mon avis, l'al. 515(10)c) montre comment ce dialogue constitutionnel peut être rompu. Le législateur a réagi à l'arrêt *Morales* de notre Cour, mais il ne l'a pas fait en tenant dûment compte des normes constitutionnelles qui y avaient été établies. Au contraire, il a essentiellement fait renaître le motif de

125

126

127

“public interest” ground struck down in that case. In my respectful view, by upholding the impugned provision, at least in part, my colleague has transformed dialogue into abdication. The mere fact that Parliament has responded to a constitutional decision of this Court is no reason to defer to that response where it does not demonstrate a proper recognition of the constitutional requirements imposed by that decision.

128

Finally, I emphasize that the role of this Court, and indeed of every court in our country, to staunchly uphold constitutional standards is of particular importance when the public mood is one which encourages increased punishment of those accused of criminal acts and where mounting pressure is placed on the liberty interest of these individuals. Courts must be bulwarks against the tides of public opinion that threaten to invade these cherished values. Although this may well cost courts popularity in some quarters, that can hardly justify a failure to uphold fundamental freedoms and liberty.

### VIII. Conclusion

129

For the foregoing reasons, I would allow the appeal. I note the disposition of the Chief Justice that the application of s. 515(10)(c) in this case is moot, since the appellant has already been convicted. However, for the purposes of determining the constitutionality of the provision, I would set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 515(10)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If Question 1 is answered affirmatively, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

l'« intérêt public » que notre Cour avait invalidé dans cette affaire. En toute déférence, j'estime que, en confirmant la validité de la disposition attaquée, ma collègue a, en partie tout au moins, remplacé le dialogue par l'abdication. Le simple fait que le législateur ait réagi à un arrêt constitutionnel de notre Cour ne justifie pas de s'en remettre à cette réponse lorsqu'elle ne traduit pas une juste reconnaissance des conditions constitutionnelles établies dans cet arrêt.

Enfin, je souligne que le rôle joué par notre Cour, voire par tous les tribunaux du pays, en matière de respect strict des normes constitutionnelles est d'autant plus important lorsque la population est en faveur d'une plus grande sévérité des peines infligées aux personnes accusées d'avoir commis un acte criminel et que le droit à la liberté de ces dernières fait l'objet de pressions de plus en plus fortes. Les tribunaux doivent résister à toute pression populaire qui risque de compromettre ces valeurs qui nous sont chères. Au risque de perdre la faveur de certains milieux, les tribunaux se doivent absolument d'assurer le respect des libertés fondamentales et du droit à la liberté.

### VIII. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais le pourvoi. Je constate que, d'après le Juge en chef, l'application de l'al. 515(10)(c) est théorique en l'espèce étant donné que l'appelant a déjà été reconnu coupable. Toutefois, aux fins de statuer sur la constitutionnalité de la disposition, j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'alinéa 515(10)(c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

*Appeal dismissed, IACOBUCCI, MAJOR, ARBOUR and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): J. L. Bloomenfeld, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Turcotte, Marchand, Massicotte, Montréal.*

*Pourvoi rejeté, les juges IACOBUCCI, MAJOR, ARBOUR et LEBEL sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : J. L. Bloomenfeld, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Turcotte, Marchand, Massicotte, Montréal.*