

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Hamidreza Safarzadeh-Markhali
Respondent

and

**Attorney General of Canada,
British Columbia Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
John Howard Society of Canada,
West Coast Prison Justice Society and
Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc.** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SAFARZADEH-MARKHALI

2016 SCC 14

File No.: 36162.

2015: November 4; 2016: April 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and
Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Credit for pre-sentence custody — Criminal Code denying enhanced credit in certain circumstances — Whether denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of prior conviction is overbroad in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 719(3.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Hamidreza Safarzadeh-Markhali
Intimé

et

**Procureur général du Canada,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique, Criminal Lawyers'
Association (Ontario), Société John Howard
du Canada, West Coast Prison Justice Society
et Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAFARZADEH-MARKHALI

2016 CSC 14

N° du greffe : 36162.

2015 : 4 novembre; 2016 : 15 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon,
Côté et Brown.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Crédit pour détention présentencielle — Exclusion par le Code criminel de la majoration du crédit dans certaines circonstances — L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a-t-elle une portée excessive de manière à contrevenir à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 719(3.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Sentencing courts have historically given enhanced credit for time spent in pre-sentence custody, typically at a rate of two days for every day of detention. The *Truth in Sentencing Act* amended the *Criminal Code* to provide a general expectation of one day of credit for every day spent in pre-sentence custody and, if the circumstances justify it, enhanced credit to a maximum of one and a half days. Pursuant to s. 719(3.1) of the *Code*, enhanced credit is not available if the person was denied bail primarily because of a prior conviction. M was arrested, charged with several offences and consented to his detention. At his bail hearing, the bail judge concluded that s. 515(9.1) required her to make an endorsement that M's detention was warranted primarily because of M's criminal record. The endorsement made M ineligible to receive enhanced credit for pre-sentence custody. The sentencing judge found the restrictions on enhanced credit in s. 719(3.1) of the *Code* unconstitutional. The Ontario Court of Appeal agreed and concluded that the challenged portion of s. 719(3.1) is of no force and effect.

Held: The appeal should be dismissed.

The denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of a prior conviction is overbroad because it catches people in ways that have nothing to do with the legislative purpose of s. 719(3.1) of the *Code*, which is to enhance public safety and security. Section 719(3.1) thus violates s. 7 of the *Charter*.

It is clear that s. 719(3.1) limits liberty. Its effect is to require offenders who come within its ambit to serve more time in prison than they would have otherwise. Laws that curtail liberty in a way that is overbroad do not conform to the principles of fundamental justice.

The first step in the overbreadth analysis is to ascertain the purpose of the challenged law. To determine a law's purpose, courts look to statements of purpose in the legislation, if any; the text, context, and scheme of the legislation; and extrinsic evidence such as legislative history and evolution. In presenting the *Truth in Sentencing Act* to Parliament, the Minister of Justice explained that denial of enhanced credit was aimed at promoting public safety and public confidence in the justice system, by imposing longer sentences on violent and repeat offenders and increasing their exposure to rehabilitative programming. Based

Les tribunaux appelés à déterminer la peine ont, par le passé, majoré le crédit accordé pour la durée de la détention présentencielle, habituellement à raison de deux jours contre un. La *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* a modifié le *Code criminel* de sorte qu'un jour de crédit soit généralement alloué pour chaque jour de détention présentencielle et qu'un crédit majoré d'au plus un jour et demi puisse être alloué si les circonstances le justifient. Suivant le par. 719(3.1) du *Code*, un crédit majoré ne peut être accordé à une personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure. Arrêté, puis accusé de plusieurs infractions, M a consenti à demeurer sous garde. À l'enquête sur la mise en liberté sous caution, la juge a conclu que le par. 515(9.1) l'obligeait à inscrire au dossier que M demeurait détenu principalement en raison de son casier judiciaire. Cette inscription rendait M inadmissible à un crédit majoré pour détention présentencielle. Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du crédit majoré prévue au par. 719(3.1) du *Code*. La Cour d'appel de l'Ontario s'est rangée à cet avis et a déclaré inopérante la partie contestée du par. 719(3.1).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a une portée excessive parce qu'elle s'applique selon des modalités qui n'ont rien à voir avec l'objectif législatif qui sous-tend le par. 719(3.1) du *Code*, à savoir l'accroissement de la sûreté et de la sécurité publiques. Ce paragraphe contrevient donc à l'art. 7 de la *Charte*.

Le paragraphe 719(3.1) restreint manifestement la liberté. Il oblige le délinquant qui tombe sous le coup de son libellé à purger une peine d'emprisonnement plus longue que celle qu'il aurait purgée autrement. La règle de droit qui limite la liberté d'une manière excessive ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

La première mesure à prendre pour se prononcer sur la portée excessive est de circonscrire l'objectif de la règle de droit contestée. Lorsqu'il s'agit de déterminer l'objectif de la règle de droit, le tribunal considère son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, le texte, le contexte et l'économie de la loi, ainsi que des éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution. Dans sa présentation de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* au Parlement, le ministre de la Justice a expliqué que l'exclusion du crédit majoré visait à promouvoir la sûreté publique et la confiance des citoyens dans le

on the text, context and scheme of the legislation, coupled with the Minister's statements of purpose, the animating social value behind the denial of enhanced credit is enhancing public confidence in the justice system. The legislative purpose of the total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail because of a prior conviction is to enhance public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs. The means for achieving the legislative purpose is the challenged provision itself and the effect of the provision is to impose longer periods of custody on all persons who receive an endorsement under s. 515(9.1) of the *Code*.

It is a principle of fundamental justice that a law that deprives a person of life, liberty, or security of the person must not do so in a way that is overbroad. The law must not go further than reasonably necessary to achieve its legislative goals. The provision in issue captures people it was not intended to capture: offenders who do not pose a threat to public safety or security. Section 515(9.1) does not specify or even broadly identify the offences that warrant an endorsement and limited availability of judicial review means that persons wrongly tagged with an endorsement will be without recourse to have the error remedied.

The infringement of s. 7 of the *Charter* is not justified under s. 1. While the challenged provision is rationally connected to its purpose of enhancing public safety and security, it is neither minimally impairing nor proportionate. Alternative and more reasonable means of achieving its purposes were open to Parliament. The benefit to public safety by increasing access to rehabilitation programs is not trivial but the law's overbreadth means that offenders who have neither committed violent offences nor present a risk to public safety will be unnecessarily deprived of liberty.

The Court of Appeal erred in holding that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The principles

de justice par l'infliction de peines d'une durée accrue aux criminels violents et aux récidivistes, ainsi que par l'accroissement de l'accès de ces derniers à des programmes de réadaptation. Étant donné le texte, le contexte et l'économie de la loi, ainsi que les déclarations du ministre sur son objectif, la valeur sociale directrice derrière l'exclusion du crédit majoré est l'accroissement de la confiance du public dans le système de justice. L'objectif législatif de l'exclusion totale du crédit majoré dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'une condamnation antérieure est d'accroître la sûreté et la sécurité publiques grâce à un accès accru des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation. Le moyen retenu pour atteindre l'objectif législatif correspond à la disposition contestée comme telle, et la disposition a pour effet de prévoir une période de détention d'une durée accrue dans le cas de toute personne dont le dossier de l'instance renferme une inscription conformément au par. 515(9.1) du *Code*.

Il est un principe de justice fondamentale selon lequel la disposition qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas le faire de manière excessive. Elle doit s'en tenir à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre les objectifs législatifs. La disposition en cause s'applique à des personnes auxquelles elle n'est pas censée s'appliquer, à savoir des délinquants qui ne constituent pas une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Le paragraphe 515(9.1) omet de préciser, voire d'indiquer en gros, quelles infractions justifient une inscription, et l'accès restreint à la révision judiciaire fait en sorte que la personne dont le dossier renferme à tort une inscription est dépourvue de tout recours pour faire corriger l'erreur.

L'atteinte à l'art. 7 de la *Charte* n'est pas justifiée par application de l'article premier. La disposition contestée a un lien rationnel avec son objectif d'accroître la sûreté et la sécurité publiques, mais elle ne porte pas atteinte le moins possible au droit en cause et elle n'est pas proportionnée. Des moyens différents et plus raisonnables s'offraient au législateur pour atteindre ses objectifs. Les effets bénéfiques sur la sûreté publique qui découlent de l'accès accru à des programmes de réadaptation ne sont pas négligeables, mais la portée excessive de la règle de droit fait en sorte qu'un délinquant qui n'a pas commis une infraction de violence et qui ne présente pas non plus un risque pour la sûreté publique se voit inutilement privé de liberté.

La Cour d'appel a eu tort de statuer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de

and purposes for determining a fit sentence, enumerated in s. 718 of the *Code* and provisions that follow — including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1 — do not have constitutional status. The constitutional dimension of proportionality in sentencing is the prohibition of grossly disproportionate sentences in s. 12 of the *Charter*. The standard imposed by s. 7 with respect to sentencing is the same as it is under s. 12.

Cases Cited

Applied: *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; **referred to:** *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 520(1), 521(1), 524(4), (8), 718, 718.1, 718.2(b), 719(3), (3.1).
Truth in Sentencing Act, S.C. 2009, c. 29.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 144, No. 41, 2nd Sess., 40th Parl., April 20, 2009, pp. 2417-18 and 2432.
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009, pp. 11-12 and 15.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Watt and Strathy JJ.A.), 2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97, 316 C.C.C. (3d) 87, 325 O.A.C. 17, 13 C.R. (7th) 30, 319 C.R.R. (2d) 36, [2014] O.J. No. 4194 (QL), 2014 CarswellOnt 12258 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Block J., 2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32,

l'art. 7 de la *Charte*. Les principes et les objectifs de la détermination d'une peine juste, énoncés aux art. 718 et suivants du *Code*, y compris le principe fondamental de proportionnalité inscrit à l'art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. La dimension constitutionnelle de la proportionnalité de la peine réside dans le fait que l'art. 12 de la *Charte* interdit l'infliction d'une peine qui serait exagérément disproportionnée. La norme qu'impose l'art. 7 au chapitre de la détermination de la peine est la même que pour l'art. 12.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; **arrêts mentionnés :** *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 520(1), 521(1), 524(4), (8), 718, 718.1, 718.2b), 719(3), (3.1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'adéquation de la peine et du crime, L.C. 2009, c. 29.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 20, 2^e sess., 40^e lég., 6 mai 2009, p. 11-12 et 15.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 41, 2^e sess., 40^e lég., 20 avril 2009, p. 2417-2418 et 2432.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Watt et Strathy), 2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97, 316 C.C.C. (3d) 87, 325 O.A.C. 17, 13 C.R. (7th) 30, 319 C.R.R. (2d) 36, [2014] O.J. No. 4194 (QL), 2014 Carswell-Ont 12258 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Block relative à la détermination de la peine,

[2012] O.J. No. 3563 (QL), 2012 CarswellOnt 9292 (WL Can.). Appeal dismissed.

Roger A. Pinnock, for the appellant.

Jill R. Presser, Andrew Menchynski and Timothy J. Lutes, for the respondent.

Sharlene Telles-Langdon and Kathryn Hucal, for the intervener the Attorney General of Canada.

Nader R. Hasan and Justin Safayeni, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Ingrid Grant, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew S. Faith and Jeffrey Haylock, for the intervener the John Howard Society of Canada.

Greg J. Allen and Kenneth K. Leung, for the intervener the West Coast Prison Justice Society.

Jonathan Rudin and Emily Hill, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] A person charged with a crime is held in custody pending trial unless released on bail. If found guilty at trial, an issue arises: In calculating the sentence, how much credit should the person receive for the time already spent in custody? A credit of one day for every day of pre-sentence custody will almost never put the person on equal footing with offenders released on bail, because the time spent in pre-sentence custody does not count for purposes of parole eligibility, earned remission and statutory release: *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, at para. 26. A one-for-one credit, in other words, results in longer incarceration for offenders detained

2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32, [2012] O.J. No. 3563 (QL), 2012 CarswellOnt 9292 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Roger A. Pinnock, pour l'appelante.

Jill R. Presser, Andrew Menchynski et Timothy J. Lutes, pour l'intimé.

Sharlene Telles-Langdon et Kathryn Hucal, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Nader R. Hasan et Justin Safayeni, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Ingrid Grant, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew S. Faith et Jeffrey Haylock, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

Greg J. Allen et Kenneth K. Leung, pour l'intervenante West Coast Prison Justice Society.

Jonathan Rudin et Emily Hill, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La personne accusée d'un crime est détenue jusqu'à l'issue de son procès, sauf si elle est libérée sous caution. La question suivante se pose lorsqu'elle est déclarée coupable : dans le calcul de sa peine, quel crédit convient-il de lui accorder pour le temps déjà passé sous garde? L'octroi d'un crédit d'un jour pour chaque jour de détention présenticielle ne met presque jamais la personne qui n'est pas libérée sous caution sur un pied d'égalité avec celle qui l'est, car la durée de la détention présenticielle n'est pas prise en compte pour déterminer l'admissibilité à la libération conditionnelle, à la réduction méritée de peine ou à la libération d'office

in pre-sentence custody than for offenders released on bail. On account of this discrepancy and the reality that pre-sentence custody is generally more onerous than post-sentence custody, sentencing courts have historically given “enhanced” credit for time spent in pre-sentence custody.

[2] Parliament revised this regime in 2009. It did not do away with enhanced credit, but it capped that credit at one and a half days for each day of pre-sentence custody. Parliament also — which brings us to the issue in this case — removed a sentencing court’s discretion to give any enhanced credit to offenders for pre-sentence custody, if they were denied bail primarily on the basis of their criminal record. The question is whether this law violates the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] For the reasons that follow, I conclude that the provision infringes s. 7 of the *Charter*, and is not justified under s. 1 of the *Charter*.

II. Background

[4] The respondent, Hamidreza Safarzadeh-Markhali, was arrested and charged with several offences in November 2010. Because of the nature of some of the charges against him, Mr. Safarzadeh-Markhali bore the burden of justifying his release on bail. At his bail hearing, he initially sought to show cause for his release, but later made clear that he consented to his detention. Notwithstanding this consent, the bail judge concluded that s. 515(9.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, required her to make an endorsement that Mr. Safarzadeh-Markhali’s detention was warranted primarily because of his criminal record. Under s. 719(3.1) of the *Code*, this endorsement made Mr. Safarzadeh-Markhali ineligible to receive enhanced credit for the pre-sentence custody that followed.

(*R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, par. 26). Autrement dit, le délinquant qui n’obtient qu’un jour de crédit par jour de détention présentencielle passe plus de temps en prison que celui qui est libéré sous caution. Afin de combler cette différence, et parce que la détention antérieure au prononcé de la peine est généralement plus pénible que celle qui lui est postérieure, les tribunaux appelés à déterminer la peine ont de fait « majoré » le crédit accordé pour la durée de la détention présentencielle.

[2] En 2009, le législateur a soumis le régime à une révision. Il n’a pas supprimé la majoration du crédit, mais l’a plafonnée à un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle. En outre, et c’est l’objet du litige en l’espèce, le législateur a retiré au tribunal chargé de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d’accorder un crédit majoré pour détention présentencielle au délinquant qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison de son casier judiciaire. Il s’agit de savoir si la disposition législative en cause porte atteinte au droit à la liberté que garantit l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la disposition contrevient à l’art. 7 de la *Charte* et que l’atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

II. Historique

[4] En novembre 2010, l’intimé, Hamidreza Safarzadeh-Markhali, a été arrêté puis accusé de plusieurs infractions. Étant donné la nature de certaines des accusations, il lui appartenait de justifier sa libération sous caution. Lors de l’enquête sur sa mise en liberté sous caution, il a d’abord tenté de justifier son élargissement, mais il a ensuite clairement indiqué qu’il consentait à demeurer sous garde. Malgré ce consentement, la juge qui présidait l’enquête a conclu que le par. 515(9.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, l’obligeait à inscrire au dossier que M. Safarzadeh-Markhali demeurerait détenu principalement en raison de son casier judiciaire. Par application du par. 719(3.1) du *Code*, cette inscription rendait M. Safarzadeh-Markhali inadmissible à un crédit majoré pour la détention présentencielle qui a suivi.

[5] The sentencing judge and the Ontario Court of Appeal held that the removal of discretion to award enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) is unconstitutional. The Crown appeals.

[6] Mr. Safarzadeh-Markhali has been deported to Iran. While the appeal is moot as to him, counsel agree that the issue of whether the relevant portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is constitutional is of importance throughout Canada, and that we should decide it.

III. The Challenged Legislation

[7] The challenged legislation relates to the practice of granting enhanced credit for pre-sentence custody.

[8] Enhanced credit serves two purposes. First, it ensures that an offender detained in pre-sentence custody — which is not subject to parole and early release provisos — does not spend more time behind bars than an identically situated offender released on bail. Second, it compensates for factors such as overcrowding, inmate turnover, and labour disputes that make pre-sentence custody more onerous than post-sentence custody: *Summers*, at para. 28. For these reasons, sentencing courts have long followed a practice of granting offenders enhanced credit — typically at a rate of two for one, but occasionally higher or lower depending on an offender's particular circumstances — for time in pre-sentence custody.

[9] Parliament sought to change this practice by enacting the *Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29, which amended the *Criminal Code* to provide (1) a general expectation of one day of credit for every day spent in pre-sentence custody; (2) the possibility of enhanced credit, capped at one and a half days of credit for every day of pre-sentence custody,

[5] Le juge qui a prononcé la peine et la Cour d'appel de l'Ontario ont jugé inconstitutionnelle la suppression au par. 719(3.1) du pouvoir discrétionnaire permettant d'allouer un crédit majoré pour la détention présentencielle. Le ministère public interjette appel.

[6] M. Safarzadeh-Markhali a été expulsé en Iran. Le pourvoi est donc théorique à son égard, mais les avocats conviennent que la question de la constitutionnalité de la partie contestée du par. 719(3.1) du *Code criminel* revêt de l'importance à la grandeur du Canada et que notre Cour devrait la trancher.

III. La disposition législative contestée

[7] La disposition législative contestée touche à la pratique qui consiste à allouer un crédit majoré pour la détention présentencielle.

[8] Le crédit majoré permet d'atteindre deux objectifs. Premièrement, il fait en sorte que le délinquant détenu de manière préventive ne passe pas plus de temps en prison que le délinquant dans la même situation qui est libéré sous caution du fait que la durée de sa détention présentencielle n'est pas prise en compte aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée. Deuxièmement, il compense par exemple la surpopulation, le renouvellement constant des détenus et les conflits de travail qui rendent la détention antérieure au prononcé de la peine plus pénible que celle qui suit ce prononcé (*Summers*, par. 28). Voilà pourquoi les tribunaux chargés de la détermination de la peine recourent depuis longtemps à la pratique qui consiste à allouer au délinquant un crédit majoré — généralement à raison de deux jours contre un, mais parfois suivant un ratio plus ou moins élevé, selon la situation particulière du délinquant — pour la durée de la détention présentencielle.

[9] Désireux de modifier cette pratique, le législateur a édicté la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, c. 29, qui modifie le *Code criminel* de sorte (1) qu'un jour de crédit soit généralement alloué pour chaque jour de détention présentencielle, (2) qu'un crédit majoré d'au plus un jour et demi puisse être alloué pour chaque jour de

“if the circumstances justify it”; (3) *a cap of one day (i.e., no enhanced credit) if the offender was denied bail primarily on the basis of a prior conviction as certified under s. 515(9.1)*, or if the offender’s bail was revoked under s. 524(4) or (8) of the *Code*.

[10] These provisions are found in ss. 719(3) and 719(3.1) of the *Criminal Code*:

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence but the court shall limit any credit for that time to a maximum of one day for each day spent in custody.

(3.1) Despite subsection (3), if the circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody unless the reason for detaining the person in custody was stated in the record under subsection 515(9.1) or the person was detained in custody under subsection 524(4) or (8).

This appeal is concerned only with the underlined portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code*.

[11] The denial of enhanced credit in s. 719(3.1) relevant here is triggered by an endorsement made by a bail judge under s. 515(9.1) of the *Criminal Code*:

(9.1) Despite subsection (9), if the justice orders that the accused be detained in custody primarily because of a previous conviction of the accused, the justice shall state that reason, in writing, in the record.

[12] No one disputes that a s. 515(9.1) endorsement is, in some circumstances, unreviewable. The review provisions of the *Criminal Code*, ss. 520(1) and 521(1), do not refer to endorsements under s. 515(9.1). In oral argument, the Crown took the position that if a reviewing judge vacates an accused’s detention order, the endorsement is also necessarily vacated. As a matter of statutory interpretation, it is not obvious that this is so. In any event, the Crown

détention présentencielle, « si les circonstances le justifient » et (3) *que le crédit ne puisse dépasser un jour (ce qui équivaut à supprimer toute majoration) lorsque le délinquant se voit refuser sa mise en liberté sous caution principalement en raison d’une condamnation antérieure selon l’attestation prévue au par. 515(9.1)*, ou que sa mise en liberté est révoquée en application des par. 524(4) ou (8) du *Code*.

[10] Les dispositions en cause sont les par. 719(3) et (3.1) du *Code criminel* :

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l’infraction; il doit, le cas échéant, restreindre le temps alloué pour cette période à un maximum d’un jour pour chaque jour passé sous garde.

(3.1) Malgré le paragraphe (3), si les circonstances le justifient, le maximum est d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, sauf dans le cas où la personne a été détenue pour le motif inscrit au dossier de l’instance en application du paragraphe 515(9.1) ou au titre de l’ordonnance rendue en application des paragraphes 524(4) ou (8).

Le pourvoi ne vise que la partie soulignée de ce dernier paragraphe.

[11] L’exclusion du crédit majoré visée en l’espèce intervient en application du par. 719(3.1) lorsque le dossier de l’instance renferme l’inscription du juge que prévoit le par. 515(9.1) du *Code criminel* :

(9.1) Malgré le paragraphe (9), si le juge de paix ordonne la détention sous garde du prévenu en se fondant principalement sur toute condamnation antérieure, il est tenu d’inscrire ce motif au dossier de l’instance.

[12] Nul ne conteste que, dans certaines situations, l’inscription prévue au par. 515(9.1) est insusceptible de révision. Les dispositions du *Code criminel* relatives à la révision — les par. 520(1) et 521(1) — ne font pas mention de cette inscription. Dans sa plaidoirie, le ministère public a soutenu que lorsqu’un juge de révision annule l’ordonnance de détention, l’inscription est elle aussi forcément annulée. Or, selon les règles d’interprétation législative, ce n’est

concedes that a s. 515(9.1) endorsement is unreviewable where the reviewing judge determines that an accused's detention is justified, even if the reviewing judge believes that the bail judge erred in making the endorsement. Nor, it appears, would the sentencing judge have discretion to vacate an endorsement based, for example, on a clerical error, or on a conviction that was later reversed.

IV. Judicial History

[13] At his bail hearing, Mr. Safarzadeh-Markhali consented to detention pending trial and argued that the bail judge should therefore not make a s. 515(9.1) endorsement. The judge rejected this argument and concluded that an endorsement was required. This made Mr. Safarzadeh-Markhali ineligible for enhanced credit for pre-sentence custody.

[14] Mr. Safarzadeh-Markhali was tried on June 14 and 17, 2011, and convicted on July 28, 2011. His sentencing was initially scheduled for December 9, 2011, but on December 1, newly retained counsel learned of the endorsement, and brought an application asserting that s. 719(3.1) of the *Criminal Code* violates s. 7 of the *Charter*.

[15] The sentencing judge, Block J., found the restrictions on enhanced credit in s. 719(3.1) of the *Criminal Code* unconstitutional, and credited Mr. Safarzadeh-Markhali with 31 months of pre-sentence custody based on a rate of one and a half for one, to be deducted from his sentence of six years (2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32). He held that the purposes of the statute that added s. 719(3.1) to the *Code*, the *Truth in Sentencing Act*, are to repress manipulation of pre-sentence custody to achieve a lower sentence than would otherwise be served, and to provide transparency in this aspect of the sentencing process. He went on to hold that s. 719(3.1): (1) problematically binds the discretion

pas manifestement le cas. Le ministère public reconnaît de toute manière que l'inscription prévue au par. 515(9.1) est insusceptible de révision lorsque le juge de révision conclut que la détention est justifiée, et ce, même s'il est d'avis que le juge qui a présidé l'enquête sur la mise en liberté sous caution a eu tort d'inscrire un motif. Il appert en outre que le juge appelé à déterminer la peine ne possède pas non plus un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'annuler une inscription imputable, par exemple, à une erreur d'écriture ou à une déclaration de culpabilité ultérieurement infirmée.

IV. Historique judiciaire

[13] À l'enquête sur sa mise en liberté sous caution, M. Safarzadeh-Markhali a consenti à demeurer sous garde jusqu'à l'issue de son procès et a fait valoir que nulle inscription ne devait donc figurer à son dossier en application du par. 515(9.1). La juge a rejeté la prétention et conclu qu'une inscription était requise. Le motif alors inscrit au dossier a rendu M. Safarzadeh-Markhali inadmissible à un crédit majoré pour détention présentencielle.

[14] M. Safarzadeh-Markhali a subi son procès les 14 et 17 juin 2011, puis il a été déclaré coupable le 28 juillet 2011. Sa peine devait initialement être prononcée le 9 décembre 2011, mais le 1^{er} décembre, son nouvel avocat a pris connaissance de l'inscription au dossier et a présenté une demande dans laquelle il soutenait que le par. 719(3.1) du *Code criminel* violait l'art. 7 de la *Charte*.

[15] Chargé de la détermination de la peine, le juge Block conclut à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du crédit majoré prévue au par. 719(3.1) du *Code criminel* et alloue à M. Safarzadeh-Markhali 31 mois de crédit pour détention présentencielle, soit un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, à déduire de sa peine de six ans d'emprisonnement (2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32). Il statue que la loi portant adjonction du par. 719(3.1) au *Code* — la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* — a pour objectifs d'empêcher le délinquant de manipuler le crédit pour détention présentencielle afin de purger une peine moindre que celle qu'il purgerait autrement et de rendre plus transparent ce volet du

of the sentencing judge; (2) has a disproportionate effect on equally placed offenders; (3) creates arbitrariness because the deprivation of liberty effected has no rational connection to either of the statute's stated aims; (4) leads to double-counting and double penalization; (5) improperly lowers the burden of proof for sentencing; and (6) has the oblique purpose of increasing sentences outside the sentencing process.

[16] The Court of Appeal (Rosenberg, Watt and Strathy J.J.A. (now Strathy C.J.O.)) agreed that the challenged portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 of the *Charter* (2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97). While it is open to Parliament to set markers to guide judges in sentencing, Strathy J.A. concluded that restricting credit for time served to a one-for-one ratio in this manner infringes s. 7, because it deprives affected persons of liberty in a manner inconsistent with the principle of proportionality in sentencing. This principle, which Strathy J.A. identified as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, prevents Parliament from making sentencing contingent on factors unrelated to the determination of a fit sentence. The challenged provision offends that principle because it subjects identically placed offenders to periods of incarceration of varying lengths for irrelevant reasons. Increasing the custodial terms of repeat offenders may be an appropriate objective. Strathy J.A. found, however, that Parliament's attempt to give effect to that objective through ss. 515(9.1) and 719(3.1) of the *Criminal Code* misses the mark, and results in unfairness, discrimination, and unjust sentences.

[17] The Court of Appeal held that the breach of s. 7 is not justified as a reasonable measure under s. 1 of the *Charter*. It held that the objectives of the denial of enhanced credit — which, at this stage, Strathy J.A. articulated as preventing manipulation of credit for pre-sentence custody and enhancing public safety by increasing the likelihood that repeat

processus de détermination de la peine. Il conclut par ailleurs que le par. 719(3.1) (1) limite indûment le pouvoir discrétionnaire du juge appelé à déterminer la peine, (2) a un effet disproportionné sur certains délinquants comparativement à d'autres dont la situation est identique, (3) crée de l'arbitraire, l'atteinte à la liberté n'ayant aucun lien rationnel avec l'un ou l'autre des objectifs déclarés de la loi, (4) entraîne une double prise en compte et une double sanction, (5) réduit indûment la charge de la preuve pour les besoins de la détermination de la peine et (6) vise indirectement à accroître les peines en marge du processus menant à leur détermination.

[16] La Cour d'appel (les juges Rosenberg, Watt et Strathy (maintenant Juge en chef de l'Ontario)) convient que la partie contestée du par. 719(3.1) du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* (2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97). Le juge Strathy conclut que même s'il est loisible au législateur d'établir des balises pour guider le juge appelé à déterminer la peine, plafonner ainsi le crédit alloué pour le temps passé sous garde à un jour contre un viole l'art. 7 puisque c'est porter atteinte à la liberté des personnes en cause d'une manière incompatible avec le principe de proportionnalité de la peine. Ce principe, que le juge Strathy assimile à un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*, empêche le législateur de faire reposer l'infliction de la peine sur des considérations étrangères à la détermination d'une juste peine. La disposition contestée contrevient à ce principe en ce qu'elle permet de condamner des délinquants dont les situations sont identiques à des peines d'emprisonnement différentes pour des raisons non valables. Accroître la durée de la détention des récidivistes peut constituer un objectif légitime. Le juge Strathy estime toutefois que la mesure prise par le législateur pour y parvenir, soit l'édiction des par. 515(9.1) et 719(3.1) du *Code criminel*, rate la cible et entraîne iniquité, discrimination et peines injustes.

[17] La Cour d'appel statue que l'atteinte à l'art. 7 n'est pas une mesure raisonnable qui se justifie au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle tient pour urgents et réels les objectifs de l'exclusion du crédit majoré — à savoir, selon le juge Strathy, empêcher toute manipulation du crédit pour détention présentencielle et accroître la sûreté publique

offenders and those who breach their bail conditions will serve part of their sentence in post-sentence custody with access to rehabilitative programs unavailable in remand centres — are pressing and substantial. However, the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is not rationally connected to these purposes, because it draws distinctions between offenders with criminal records on arbitrary grounds — whether they seek bail and whether, if denied bail, they receive an endorsement under s. 515(9.1) of the *Criminal Code*. Nor does the provision minimally impair the right to liberty, since Parliament could have achieved its objectives through less intrusive measures. Finally, the benefit secured by the provision — keeping some offenders in jail longer and thus increasing their access to rehabilitative programs — is outweighed by the detriment flowing from an artificial distinction that undermines public confidence in the justice system. The court therefore dismissed the Crown's appeal and concluded that the challenged portion of s. 719(3.1) is unconstitutional and of no force and effect.

V. Analysis

[18] The central issue on this appeal is whether s. 719(3.1) of the *Criminal Code* infringes s. 7 of the *Charter*. If it does, we must ask whether the limitation is justified under s. 1 of the *Charter*.

[19] Section 7 of the *Charter* provides the following:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[20] It is clear that s. 719(3.1) limits liberty. Its effect is to require offenders who come within its ambit

en augmentant la probabilité que les récidivistes et ceux qui contreviennent aux conditions de leur mise en liberté sous caution purgent une partie de leur peine d'emprisonnement en ayant accès à des programmes de réadaptation qui ne sont pas offerts dans les centres de détention provisoire. Toutefois, l'exclusion du crédit majoré pour détention pré-sentencielle que prévoit le par. 719(3.1) du *Code criminel* n'a pas de lien rationnel avec ces objectifs puisque la mesure établit des distinctions arbitraires entre les délinquants qui ont un casier judiciaire, à savoir entre ceux qui demandent leur mise en liberté sous caution et ceux qui ne la demandent pas et, lorsque la mise en liberté sous caution leur est refusée, entre ceux dont le dossier renferme l'inscription prévue au par. 515(9.1) du *Code criminel* et ceux dont le dossier ne la renferme pas. La disposition ne porte pas non plus atteinte le moins possible au droit à la liberté, car le législateur aurait pu atteindre ses objectifs grâce à une mesure moins attentatoire. Enfin, l'avantage que procure la disposition, c'est-à-dire garder certains délinquants en prison plus longtemps et accroître de ce fait leur accès à des programmes de réadaptation, est supplanté par le préjudice issu d'une distinction artificielle qui mine la confiance du public dans le système de justice. La Cour d'appel rejette donc l'appel du ministère public et conclut que la partie contestée du par. 719(3.1) est inconstitutionnelle et inopérante.

V. Analyse

[18] La question principale en l'espèce est celle de savoir si le par. 719(3.1) du *Code criminel* porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'affirmative, nous devons nous demander si l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[19] L'article 7 de la *Charte* dispose :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[20] Le paragraphe 719(3.1) restreint manifestement la liberté. Il oblige le délinquant qui tombe

to serve more time in prison than they would have otherwise. The only issue under s. 7 is whether this deprivation of liberty comports with the principles of fundamental justice.

[21] The Court of Appeal based its analysis on the principle of proportionality in the sentencing process, which it found to be a principle of fundamental justice. The Crown argues that, while proportionality is an important principle of sentencing, it should not be treated as a principle of fundamental justice under s. 7. I agree with the Crown. Proportionality in the sentencing process, as distinct from the well-accepted principle of gross disproportionality under s. 7, is not a principle of fundamental justice.

[22] However, I conclude that the portion of the *Truth in Sentencing Act* challenged in this appeal — the denial of any enhanced credit for pre-sentence custody to persons to whom bail is denied primarily because of a prior conviction — violates s. 7 of the *Charter* for another reason: it is overbroad. Laws that curtail liberty in a way that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate do not conform to the principles of fundamental justice: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 105. Mr. Safarzadeh-Markhali contends that the challenged provision violates all three of these principles. For the reasons that follow, I conclude that the challenged law is unconstitutionally overbroad, because its effect is to deprive some persons of liberty for reasons unrelated to its purpose. This conclusion makes it unnecessary to address whether the law is arbitrary or grossly disproportionate.

[23] The first step in the overbreadth analysis is to ascertain the purpose of the law. I turn to that now.

sous le coup de son libellé à purger une peine d'emprisonnement plus longue que celle qu'il aurait purgée autrement. La seule chose qu'il faut se demander pour l'application de l'art. 7 est si cette atteinte à la liberté respecte les principes de justice fondamentale.

[21] La Cour d'appel appuie son analyse sur le principe de proportionnalité dans le processus de détermination de la peine, un principe qui constitue selon elle un principe de justice fondamentale. Selon le ministère public, bien que la proportionnalité soit un principe important en matière de détermination de la peine, on ne doit pas y voir un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7. Je conviens avec lui que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine, qui se distingue du principe bien établi de la disproportion exagérée pour les besoins de l'art. 7, ne constitue pas un principe de justice fondamentale.

[22] J'arrive cependant à la conclusion que la partie de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* qui est contestée en l'espèce — celle qui exclut le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas d'un accusé qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* sous un autre rapport, celui de la portée excessive. La règle de droit qui limite la liberté de manière arbitraire, trop générale ou exagérément disproportionnée ne respecte pas les principes de justice fondamentale (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 105). M. Safarzadeh-Markhali prétend que la disposition attaquée viole ces principes sous les trois rapports. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la disposition est inconstitutionnelle du fait de sa portée excessive, car elle porte atteinte à la liberté de certaines personnes pour des raisons qui sont étrangères à son objectif. Ma conclusion rend inutile l'examen du caractère éventuellement arbitraire ou exagérément disproportionné de la disposition.

[23] La première mesure à prendre pour se prononcer sur la portée excessive est de circonscrire l'objectif de la règle de droit, ce que je fais ci-après.

A. *The Purpose of Section 719(3.1)*

[24] Whether a law is overbroad within the meaning of s. 7 turns on the relationship between the law’s purpose and its effect: *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 24. It is critically important, therefore, to identify the purpose of the challenged law at the outset of the s. 7 inquiry.

[25] *Moriarity* summarizes the considerations that guide the task of properly characterizing Parliament’s purpose in a s. 7 analysis into overbreadth.

[26] First, the law’s purpose is distinct from the means used to achieve that purpose: *Moriarity*, at para. 27. A law’s means may be helpful in determining its objective, but the two must be treated separately.

[27] Second, the law’s purpose should be characterized at the appropriate level of generality, which “resides between the statement of an ‘animating social value’ — which is too general — and a narrow articulation” that amounts to a virtual repetition of the challenged provision, divorced from its context: *Moriarity*, at para. 28.

[28] Third, the statement of purpose should be both precise and succinct: *Moriarity*, at para. 29. Precision requires that courts focus on the purpose of the particular statutory provision subject to constitutional challenge: *ibid.*; see also *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144.

[29] Fourth, the analysis is not concerned with the appropriateness of the legislative purpose. The court must take the legislative objective “at face value” and assume that it is appropriate and lawful: *Moriarity*, at para. 30. The appropriateness of a legislative objective may be relevant to its constitutionality under other *Charter* provisions. But it has no place in the s. 7 analysis of overbreadth.

A. *L’objectif du par. 719(3.1)*

[24] La portée excessive au regard de l’art. 7 tient au lien entre l’objectif de la règle de droit et son effet (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 24). Il est donc crucial de déterminer l’objectif de la règle de droit attaquée au début de l’analyse effectuée en fonction de l’art. 7.

[25] L’arrêt *Moriarity* résume les considérations qui permettent de bien qualifier l’objectif du législateur pour les besoins de l’analyse relative à la portée excessive au regard de l’art. 7.

[26] Premièrement, il ne faut pas confondre l’objectif et le moyen retenu pour l’atteindre (*Moriarity*, par. 27). Le moyen choisi par le législateur peut servir à déterminer l’objectif, mais les deux doivent être considérés séparément.

[27] Deuxièmement, l’objectif de la règle de droit doit être qualifié en fonction du bon degré de généralité, lequel « se situe [. . .] entre la mention d’une “valeur sociale directrice” — énoncé trop général — et une formulation restrictive » équivalant à la quasi-répétition de la disposition contestée dissociée de son contexte (*Moriarity*, par. 28).

[28] Troisièmement, l’énoncé de l’objectif doit être à la fois succinct et précis (*Moriarity*, par. 29). La précision exige que le tribunal s’attache à l’objectif de la disposition législative particulière que vise la contestation constitutionnelle (*ibid.*; voir également *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144).

[29] Quatrièmement, l’analyse ne se soucie pas du caractère approprié de l’objectif législatif. Le tribunal doit considérer ce dernier « comme valide » et supposer qu’il est approprié et légitime (*Moriarity*, par. 30). Le caractère approprié de l’objectif législatif peut être pertinent quant à la constitutionnalité de la disposition au regard d’autres dispositions de la *Charte*. Toutefois, il n’a rien à voir avec l’analyse de la portée excessive effectuée en fonction de l’art. 7.

[30] With these propositions in mind, I turn to the task at hand: to formulate a statement of purpose for s. 719(3.1)'s denial of enhanced credit to persons denied bail primarily because of a prior conviction.

[31] To determine a law's purpose for a s. 7 overbreadth analysis, courts look to (1) statements of purpose in the legislation, if any; (2) the text, context, and scheme of the legislation; and (3) extrinsic evidence such as legislative history and evolution: *Moriarity*, at para. 31.

[32] The first source of purpose is statements of purpose in the legislation. The *Truth in Sentencing Act* does not contain explicit statements of legislative purpose. The title of the statute suggests that the evil to which it is directed is opacity in the sentencing process. Beyond this, however, the statute is silent as to its purposes. More to the point, it contains no explicit statement of the specific purpose of denying enhanced credit to offenders denied bail primarily on the basis of a prior conviction.

[33] I turn next to the text, context and scheme of the legislation. These provide the contextual matrix in which the challenged portion of s. 719(3.1)'s denial of enhanced credit is embedded.

[34] Part of the contextual matrix is this Court's decision in *Summers*, which considered, as a matter of statutory interpretation, the one-and-a-half-for-one cap on enhanced credit for pre-sentence custody. The Court there said that the broad purposes of the legislative scheme were to enhance public confidence in the justice system and make the process of granting enhanced credit more transparent: *Summers*, at paras. 52-53. *Summers* suggests a broad over-arching purpose for the 1.5:1 limit on enhanced

[30] Au vu de ces considérations, je m'attelle à la tâche qui m'incombe, soit cerner l'objectif de l'exclusion au par. 719(3.1) du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas d'une personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure.

[31] Lorsqu'il s'agit de déterminer l'objectif de la règle de droit sous le rapport de la portée excessive pour les besoins de l'art. 7, le tribunal considère (1) son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, (2) le texte, le contexte et l'économie de la loi et (3) des éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution (*Moriarity*, par. 31).

[32] Le premier élément susceptible de nous éclairer réside dans l'énoncé de l'objectif par le législateur. La *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* ne renferme aucun exposé explicite de l'objectif législatif. L'intitulé de sa version anglaise (*Truth in Sentencing Act*) donne à penser que le mal auquel on entend remédier est l'opacité du processus de détermination de la peine. Hormis cet indice, la loi demeure muette sur ses objectifs. Plus précisément, elle n'énonce pas explicitement l'objectif particulier de l'exclusion du crédit majoré dans le cas du délinquant qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure.

[33] Passons en deuxième lieu au texte, au contexte et à l'économie de la loi, des éléments qui forment le cadre contextuel dans lequel se situe la partie contestée du par. 719(3.1) portant exclusion du crédit majoré.

[34] Une partie du cadre contextuel correspond à *Summers*, un arrêt dans lequel la Cour se penche, sous l'angle de l'interprétation législative, sur le plafonnement du crédit majoré pour détention présentencielle à un jour et demi contre un. Dans cet arrêt, la Cour dit que les grands objectifs du régime législatif sont d'accroître la confiance du public dans le système de justice et la transparence du processus d'octroi d'un crédit majoré (*Summers*, par. 52-53). Elle laisse entendre que, de manière

credit for pre-sentence custody — enhancing confidence in the justice system. This purpose is pitched at a high level of generality and underlies the other objectives of the scheme and the challenged provision. In the words of *Moriarity*, enhancing confidence in the justice system is more of an “animating social value” than a statement of purpose.

[35] Turning to the text of the provision, s. 515(9.1) of the *Criminal Code* requires a bail justice to make a written endorsement if the accused is detained “primarily because of a previous conviction”. The language in this section is very broad. A lengthy record is not necessary, nor is a particular type of conviction required. Any previous conviction could theoretically lead to an endorsement. Section 515(9.1) tells justices only that they must make the endorsement if detention is ordered “primarily” for this reason. In short, the breadth of the section does not provide much guidance in determining Parliament’s purpose, beyond indicating that Parliament intended to target accused persons with criminal records.

[36] This brings us to the third source of legislative purpose — extrinsic evidence of legislative history and evolution. We have little evidence of the legislative evolution of the challenged provision. However, we do have the statements of the Minister who introduced it. Statements of purpose in the legislative record may be rhetorical and imprecise. Yet providing information and explanations of proposed legislation is an important ministerial responsibility, and courts rightly look to it in determining the purpose of a challenged provision.

[37] In presenting the *Truth in Sentencing Act* to Parliament and the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, the Minister of Justice explained that denial of enhanced

générale, le plafonnement de la majoration à un jour et demi contre un vise surtout à accroître la confiance du public dans le système de justice. Cet objectif atteint un degré élevé de généralité et sous-tend les autres objectifs du régime et de la disposition contestée. Pour reprendre les termes employés dans *Moriarity*, accroître la confiance dans le système de justice constitue davantage une « valeur sociale directrice » qu’un énoncé de l’objectif poursuivi.

[35] En ce qui concerne le texte de la disposition, le par. 515(9.1) du *Code criminel* exige du juge qui préside l’enquête sur la mise en liberté sous caution qu’il inscrive au dossier de l’instance, le cas échéant, qu’il ordonne la détention de l’accusé « en se fondant principalement sur toute condamnation antérieure ». La formulation est très générale. Nul besoin d’un lourd casier judiciaire ou d’un type de condamnation en particulier. Théoriquement, toute condamnation antérieure peut mener à l’inscription. Le paragraphe 515(9.1) dit seulement qu’il doit y avoir inscription lorsque le juge ordonne la détention « principalement » pour ce motif. En bref, la portée de la disposition ne permet pas vraiment de cerner l’objectif du législateur, si ce n’est l’intention de viser les personnes qui possèdent un casier judiciaire.

[36] Examinons en troisième lieu les éléments de preuve extrinsèques que sont l’historique législatif de la règle de droit et son évolution. Peu d’éléments attestent l’évolution législative de la disposition contestée. Nous disposons toutefois des déclarations du ministre qui est à l’origine de la présentation à la Chambre des communes. Dans un dossier législatif, l’énoncé de l’objectif peut se révéler rhétorique et imprécis. Néanmoins, la communication de données et d’explications sur une mesure législative proposée correspond à une responsabilité ministérielle importante, et les tribunaux tiennent compte à bon droit de cette information pour cerner l’objectif d’une disposition contestée.

[37] Dans sa présentation de la *Loi sur l’adéquation de la peine et du crime* au Parlement et au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, le ministre de la

credit was aimed at promoting public safety and public confidence in the justice system, by imposing longer sentences on violent and repeat offenders and increasing their exposure to rehabilitative programming. He said:

The practice of awarding generous credit erodes public confidence in the integrity of the justice system. It also undermines the commitment of the government to enhance the safety and security of Canadians by keeping violent or repeat offenders in custody for longer periods. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 144, No. 41, 2nd Sess., 40th Parl., April 20, 2009 (“*Debates*”), at p. 2418)

The Minister’s reference to “violent or repeat offenders” suggests that the challenged provision is targeted at two groups: (1) dangerous persons, who have committed crimes of violence or threatened violence; and (2) chronic offenders, whether convicted of violent crimes or not.

[38] The Minister also linked longer periods in custody to rehabilitation:

As a result of [the challenged provision], a greater number of offenders would now serve a federal sentence of two or more years, and there will be an increased number of federal offenders spending time in federal custody.

This time [in] the federal system will present the opportunity for longer-term programming that may have a positive effect on the offender. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009 (“*Evidence*”), at pp. 11-12)

[39] The Minister referred to other goals. One was the goal of adequate or fit punishment, in a retributive sense. On this, he said:

Justice explique que l’exclusion du crédit majoré vise à promouvoir la sûreté publique et la confiance des citoyens dans le système de justice par l’infliction de peines d’une durée accrue aux criminels violents et aux récidivistes et par l’accroissement de l’accès de ces derniers à des programmes de réadaptation. Voici ce qu’il dit :

La pratique des crédits généreux mine la confiance du public dans l’intégrité du système de justice. Elle porte également atteinte à l’engagement que le gouvernement a pris en faveur de l’accroissement de la sécurité des Canadiens par le maintien en détention pendant plus longtemps des criminels violents et des récidivistes. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 41, 2^e sess., 40^e lég., 20 avril 2009 (« *Débats* »), p. 2418)

L’emploi par le ministre des termes « criminels violents » et « récidivistes » donne à penser que la disposition attaquée vise deux groupes, soit (1) les personnes dangereuses, celles qui ont commis des crimes de violence ou proféré des menaces de violence, et (2) les délinquants chroniques, qu’ils aient été condamnés pour des crimes de violence ou non.

[38] Le ministre fait aussi le lien entre des peines d’emprisonnement d’une durée accrue et la réadaptation :

Par suite de [l’adoption de la disposition contestée], un plus grand nombre de délinquants devront désormais purger une peine fédérale de deux ans et plus, si bien qu’il y aura davantage de détenus purgeant une peine dans un établissement correctionnel fédéral.

À ce moment-là, le système fédéral offrira aux détenus l’occasion de profiter de programmes de plus longue durée qui peuvent avoir une incidence positive sur leur comportement. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 20, 2^e sess., 40^e lég., 6 mai 2009 (« *Témoignages* »), p. 11-12)

[39] Le ministre renvoie à d’autres objectifs, dont celui, d’ordre punitif, d’infliger une peine adéquate ou juste. Il dit ce qui suit à ce sujet :

Not only does [enhanced credit] deprive offenders of the prison programs that might help to keep them out of jail in the future, it also fails to punish them adequately for the deeds that led to their convictions in the first place. [Emphasis added.]

(*Debates*, at p. 2418)

[40] The Minister coupled the desire for adequate punishment with the idea that enhanced credit gives repeat offenders a “benefit” they do not deserve: “You shouldn’t get any benefit for being detained if there are legitimate reasons for you not to make bail” (*Evidence*, at p. 15). Although the Minister erred in characterizing enhanced credit as a “benefit” (see *Summers*, at paras. 23-27), it is clear that he wanted to ensure “adequate” periods of incarceration for repeat offenders — a “final sentence [that] reflects the seriousness of the crime”: *Evidence*, at p. 11.

[41] Do the Minister’s comments on achieving adequate sentences for repeat offenders reflect the central purpose of denying any enhanced credit for pre-sentence custody to offenders denied bail because of a prior conviction? I think not. Those comments must be considered in context. The weight of the legislative record suggests that the challenged provision was geared towards promoting public safety and security, not retribution. Achieving adequate punishment is not, in the s. 7 analysis, a purpose of the challenged provision.

[42] Finally, the Minister referred to the goals of making the system more transparent and preventing offenders from manipulating the system: see e.g. *Debates*, at p. 2417. Once again, it is difficult to see these goals as the purpose of a total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to persons denied bail primarily because of a prior conviction.

[43] The challenged provision — the denial of enhanced credit to repeat offenders who receive a s. 515(9.1) endorsement — is difficult to relate

Non seulement [l’octroi d’un crédit majoré] prive les délinquants de programmes qui pourraient les aider à éviter la prison par la suite, mais [il] ne les punit pas adéquatement pour leurs méfaits. [Je souligne.]

(*Débats*, p. 2418)

[40] Le ministre arrime la volonté d’une sanction adéquate à l’idée que le crédit majoré confère au récidiviste un « avantage » auquel il n’a pas droit : « Il ne faut pas que le fait de ne pas accorder la mise en liberté sous caution à un détenu, s’il y a des raisons légitimes de [ne pas] le faire, se transforme pour cette personne en un avantage de demeurer en détention » (*Témoignages*, p. 15). Même si le ministre a tort de qualifier le crédit majoré d’« avantage » (voir *Summers*, par. 23-27), son objectif est manifestement de faire en sorte qu’un récidiviste purge une peine d’emprisonnement « adéquate », qu’il y ait donc « adéquation de la peine infligée et de la gravité du crime » (*Témoignages*, p. 11).

[41] Les déclarations du ministre sur l’infliction de peines adéquates aux récidivistes reflètent-elles l’objectif premier d’exclure le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des récidivistes qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution à cause d’une condamnation antérieure? Je ne le crois pas. Il faut considérer les déclarations dans leur contexte. Il appert du dossier législatif que la disposition contestée a pour objet de favoriser la sûreté et la sécurité publiques, non de punir. Pour les besoins de l’art. 7, l’infliction d’une peine adéquate ne constitue pas un objectif de la disposition contestée.

[42] Enfin, le ministre mentionne l’objectif d’accroître la transparence du système et celui d’empêcher sa manipulation par les délinquants (voir p. ex. *Débats*, p. 2417). Là encore, il est difficile de voir dans ces deux objectifs celui d’exclure totalement le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des personnes qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d’une condamnation antérieure.

[43] La disposition attaquée, qui exclut la majoration du crédit dans le cas du récidiviste qui fait l’objet de l’inscription prévue au par. 515(9.1), peut

to a desire to make the system clearer or easier to understand. While requiring a bail judge to make a written notation that the primary basis for denying bail is a prior conviction may enhance transparency in the bail system, it cannot be said that the actual deprivation of liberty imposed by s. 719(3.1) seeks to further transparency.

[44] Similarly, the challenged provision, by its words and how it operates, is not directed at preventing offenders' manipulation of the system. The Minister expressed concern that under the old system, offenders were prolonging pre-sentence custody to take advantage of enhanced credit that would shorten their total time in custody. While this goal is reflected in the one-and-a-half-for-one cap on enhanced credit, which removes the incentive to extend the period of pre-sentence custody, it is not related to the challenged provision.

[45] In summary, examined in the light of *Moriarity*, the text, context and scheme of the legislation, coupled with the Minister's statements of purpose, lead me to the following conclusions.

[46] First, the *animating social value* behind the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) is enhancing public confidence in the justice system.

[47] Second, the *legislative purpose* of the total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail because of a prior conviction is *to enhance public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs*. To be sure, the Minister referred to other legislative purposes — providing adequate punishment, increasing transparency in the pre-sentence credit system, and reducing manipulation. But these are peripheral, for the reasons discussed above.

difficilement se rattacher à la volonté d'une clarté ou d'une compréhension accrues du système. Même si exiger du juge qui préside l'enquête sur la mise en liberté sous caution qu'il indique par écrit que la principale raison du refus de la mise en liberté sous caution est l'existence d'une condamnation antérieure peut accroître la transparence du système de mise en liberté sous caution, on ne saurait prétendre que l'atteinte concrète à la liberté qui résulte du par. 719(3.1) vise à favoriser la transparence.

[44] Aussi, de par son libellé et la manière dont elle s'applique, la disposition en cause n'a pas pour objet d'empêcher la manipulation du système par les délinquants. Le ministre déplore que, dans le cadre du régime antérieur, les délinquants prolongeaient leur détention présentencielle afin de tirer avantage du crédit majoré qui écourtait la durée totale de leur séjour en prison. L'objectif de colmater cette faille se concilie certes avec le plafonnement de la majoration du crédit à un jour et demi contre un, une mesure qui n'encourage plus l'allongement de la détention présentencielle, mais il est sans lien avec la disposition contestée.

[45] En résumé, au vu de l'arrêt *Moriarity*, le texte, le contexte et l'économie de la loi, de pair avec les déclarations du ministre sur son objectif, me font tirer les conclusions suivantes.

[46] Premièrement, la *valeur sociale directrice* derrière l'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle que prévoit le par. 719(3.1) est l'accroissement de la confiance du public dans le système de justice.

[47] Deuxièmement, l'*objectif législatif* de cette exclusion totale dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'une condamnation antérieure est d'*accroître la sûreté et la sécurité publiques en élargissant l'accès des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation*. Le ministre invoque certes d'autres objectifs législatifs — punir adéquatement, accroître la transparence du système de crédit pour détention présentencielle et diminuer la manipulation —, mais pour les motifs qui précèdent, ces objectifs revêtent un caractère accessoire.

[48] Third, the *means* for achieving the purpose of enhancing public safety and security is the challenged provision itself — the denial of enhanced credit for pre-sentence custody to persons refused bail primarily on the basis of their existing criminal record.

[49] Finally, the *effect* of the provision is to impose longer periods of custody on all persons who receive an endorsement indicating they were denied bail primarily on the basis of a previous conviction.

B. *Is the Law Overbroad?*

[50] It is a principle of fundamental justice that a law that deprives a person of life, liberty, or security of the person must not do so in a way that is overbroad. In other words, the law must not go further than reasonably necessary to achieve its legislative goals: *Bedford*, at para. 101.

[51] The Court explained the substance of the principle against overbreadth in *Bedford*, at paras. 112-13:

Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. . . .

Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an

[48] Troisièmement, le *moyen* retenu pour atteindre l'objectif d'accroître la sûreté et la sécurité publiques correspond à la disposition contestée comme telle, qui exclut le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas de la personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement parce qu'elle possède un casier judiciaire.

[49] Enfin, la disposition a pour *effet* de prévoir une période de détention d'une durée accrue dans le cas de toute personne dont le dossier de l'instance renferme une inscription selon laquelle la mise en liberté sous caution lui est refusée principalement en raison d'une condamnation antérieure.

B. *La règle de droit a-t-elle une portée excessive?*

[50] Il est un principe de justice fondamentale selon lequel la disposition qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas le faire de manière excessive. En d'autres termes, elle doit s'en tenir à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs législatifs (*Bedford*, par. 101).

[51] Dans *Bedford*, la Cour définit la notion de portée excessive (par. 112-113) :

Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certain*s actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous. . . .

L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur

overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*. [Underlining added.]

[52] The denial of enhanced credit for presentence custody to offenders who are denied bail primarily because of a prior conviction is overbroad because it catches people in ways that have nothing to do with enhancing public safety and security.

[53] First, the provision's ambit captures people it was not intended to capture: offenders who do not pose a threat to public safety or security. Section 515(9.1) is broadly worded. It catches any person denied bail primarily for a criminal record, without specifying or even broadly identifying the nature or number of offences that would warrant a s. 515(9.1) endorsement. The section may therefore ensnare persons whose imprisonment does not advance the purpose of the law. For example, a person with two or three convictions for failing to appear in court might be subject to a s. 515(9.1) endorsement, even though he or she did not pose any real threat to public safety or security. And even if such a person receives greater access to rehabilitative programming and benefits from it, the consequence is not necessarily to improve public safety and security. In short, a s. 515(9.1) endorsement is an inexact proxy for the danger that an offender poses to public safety and security. The Crown says the law casts the net broadly because targeting all offenders with a criminal record is a more practical option than attempting to identify only offenders who pose a risk to public safety and security. But practicality is no answer to a charge of overbreadth under s. 7: *Bedford*, at para. 113.

[54] Second, regardless of the types of offenders the challenged provision was meant to capture,

l'intéressé. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*. [Je souligne.]

[52] L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a une portée excessive parce qu'elle s'applique selon des modalités qui n'ont rien à voir avec l'accroissement de la sûreté et de la sécurité publiques.

[53] Premièrement, la disposition s'applique à des personnes auxquelles elle n'est pas censée s'appliquer, soit les délinquants qui ne constituent pas une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Le paragraphe 515(9.1) est libellé de manière générale. Il vise quiconque se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison de son casier judiciaire sans préciser ni même indiquer en gros la nature ou le nombre des infractions qui justifient l'inscription. La disposition peut donc s'appliquer à des personnes dont l'emprisonnement ne contribue pas à la réalisation de l'objectif législatif. À titre d'exemple, une personne condamnée deux ou trois fois pour omission de se présenter devant le tribunal peut faire l'objet de l'inscription prévue au par. 515(9.1) même si elle ne constitue pas vraiment une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Et même si la personne bénéficie alors d'un plus grand accès à des programmes de réadaptation et en retire des avantages, la sûreté et la sécurité publiques n'en sont pas nécessairement accrues pour autant. En résumé, l'inscription prévue au par. 515(9.1) constitue un indicateur erroné du danger que présente un délinquant pour la sûreté et la sécurité publiques. Le ministère public soutient que la disposition ratisse large parce qu'il est plus pratique de viser tous les délinquants qui possèdent un casier judiciaire que les seuls délinquants qui constituent une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Or, le caractère pratique d'une mesure ne permet pas de réfuter une allégation de portée excessive fondée sur l'art. 7 (*Bedford*, par. 113).

[54] Deuxièmement, peu importe les catégories de délinquants auxquelles elle est censée s'appliquer,

the provision suffers from overbreadth because, as the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario) notes, the limited availability of judicial review means that persons wrongly tagged with an endorsement will be without recourse to have the error remedied. There is dispute about precisely when if ever review for an endorsement is available. But the Crown concedes that if the reviewing judge finds that the detention order was properly made, he or she is powerless to vacate an endorsement and that the sentencing judge has no choice under the challenged provision but to give effect to an endorsement in computing an offender's sentence. This absence of review and discretion renders the challenged provision overbroad for at least two categories of individuals: (1) persons who erroneously received the endorsement because their detention is not warranted primarily because of their criminal record, and (2) persons who, during the period between the bail hearing and sentencing, successfully appeal the conviction that drew the endorsement. In both cases, the effect of the provision is to strip persons of liberty even though their detention does not obviously advance public safety and security.

[55] I conclude that the challenged provision seeks to advance the objective of enhancing public safety and security in a manner that is overbroad.

C. *Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

[56] The Crown contends that if the challenged provision violates s. 7 of the *Charter*, the infringement is justified under s. 1. I cannot accept this submission.

[57] It is difficult, but not impossible, to justify a s. 7 violation under s. 1. Laws that deprive individuals of liberty contrary to a principle of fundamental justice are not easily upheld. However, a law may be saved under s. 1 if the state can point to public

la disposition contestée a une portée excessive car, comme le fait observer l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario), en raison de l'accès restreint au recours en révision judiciaire, la personne dont le dossier renferme à tort une inscription est dépourvue de tout recours pour faire corriger l'erreur. On ne s'entend pas sur les cas précis dans lesquels la révision de l'inscription est possible. Le ministère public reconnaît cependant que le tribunal de révision qui conclut à la régularité de l'ordonnance de détention ne peut annuler l'inscription et que le juge qui détermine la peine n'a d'autre choix, en application de la disposition contestée, que de tenir compte de l'inscription dans le calcul de la peine. Cette absence de révision et de pouvoir discrétionnaire fait en sorte que la portée de la disposition contestée est excessive en ce qui concerne au moins deux catégories de personnes. Il y a d'abord celles qui sont victimes d'une inscription erronée en ce que leur détention n'est pas justifiée principalement par l'existence d'un casier judiciaire, puis celles qui, entre l'enquête sur leur mise en liberté sous caution et la détermination de leur peine, obtiennent en appel l'annulation de la déclaration de culpabilité qui a donné lieu à l'inscription. La disposition a pour effet de priver de leur liberté les personnes appartenant à l'une ou l'autre de ces catégories même si leur détention ne favorise pas manifestement la sûreté et la sécurité publiques.

[55] J'arrive à la conclusion que la disposition contestée vise à accroître la sûreté et la sécurité publiques d'une manière qui est excessive.

C. *L'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[56] Le ministère public soutient que si la disposition contestée contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, l'atteinte est justifiée par application de l'article premier. Je ne peux faire droit à sa prétention.

[57] Il est difficile, mais non impossible, de justifier une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Les tribunaux ne sont pas enclins à valider une disposition qui porte atteinte au droit à la liberté d'une personne au mépris d'un principe de justice

goods or competing social interests that are themselves protected by the *Charter*: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 95. Courts may accord deference to legislatures under s. 1 for breaches of s. 7 where, for example, the law represents a “complex regulatory response” to a social problem: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 37.

[58] An infringement of the *Charter* is justified under s. 1 where the law has a “pressing and substantial object and . . . the means chosen are proportional to that object”: *Carter*, at para. 94. A law is proportionate where the means adopted are rationally connected to the law’s objective, minimally impairing of the right in question, and the law’s salutary effects outweigh its deleterious effects: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[59] The main objective of the challenged provision in this case is, as noted, enhancing public safety and security with longer and more rehabilitative sentences for violent and chronic offenders. This objective is pressing and substantial.

[60] The real issue is whether the means chosen here are proportionate to this objective. For reasons much the same as those discussed in the overbreadth analysis, I conclude that this has not been established.

[61] The challenged provision is rationally connected to its purpose of enhancing public safety and security. The denial of enhanced credit gives rise to longer periods of custody. It is therefore likely to increase the opportunities of some offenders to access rehabilitative programs.

fondamentale. La disposition peut toutefois être sauvegardée par application de l’article premier lorsque l’État peut justifier l’atteinte à la liberté en invoquant l’intérêt public ou des intérêts opposés de la société qui sont eux-mêmes protégés par la *Charte* (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 95). En cas d’atteinte à l’art. 7, les tribunaux peuvent, sur le fondement de l’article premier, faire preuve de déférence vis-à-vis du législateur lorsque, par exemple, la règle de droit en cause constitue une « mesure réglementaire complexe » visant à remédier à un problème social (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 37).

[58] Une disposition attentatoire à la *Charte* est justifiée au regard de l’article premier lorsqu’elle possède un « objet [. . .] urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet » (*Carter*, par. 94). Elle est proportionnelle lorsque les moyens choisis ont un lien rationnel avec son objectif, qu’elle porte atteinte le moins possible au droit en cause et que ses effets bénéfiques l’emportent sur ses effets préjudiciables (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[59] Le principal objectif de la disposition contestée en l’espèce est, rappelons-le, d’accroître la sûreté et la sécurité publiques par l’infliction de peines d’une durée accrue susceptibles de favoriser la réadaptation des délinquants violents et chroniques. Il s’agit d’un objectif urgent et réel.

[60] Il faut en fait se demander si les moyens choisis sont proportionnés à cet objectif. Pour à peu près les mêmes raisons que celles invoquées relativement à la portée excessive de la disposition, j’estime que cette proportionnalité n’est pas établie.

[61] La disposition contestée a un lien rationnel avec son objectif d’accroître la sûreté et la sécurité publiques. En effet, l’exclusion du crédit majoré entraîne un emprisonnement d’une durée accrue. Elle augmentera donc vraisemblablement la possibilité que certains délinquants aient accès à des programmes de réadaptation.

[62] However, the law is neither minimally impairing nor proportionate in the balance it achieves between salutary and deleterious effects.

[63] To establish minimal impairment, the Crown must show the absence of less drastic means of achieving the objective in a “real and substantial manner”: *Carter*, at para. 102. The Crown has not discharged that burden. Alternative and more reasonable means of achieving its purposes were open to Parliament. Strathy J.A. provided one example — a law requiring the sentencing judge to consider whether to grant enhanced credit for pre-sentence custody based on (i) the offender’s criminal record, (ii) the availability of rehabilitative programs and the desirability of giving the offender access to those programs, and (iii) whether the offender was responsible for prolonging his or her time in pre-sentence custody. Such a regime would achieve the goal of promoting public safety and security through rehabilitation, without catching chronic or other offenders who pose no risk to public safety.

[64] The Crown argues that the provision is reasonably tailored to its objective because it “applies to a relatively narrow class of offenders, focusing on the most serious recidivists”: A.F., at para. 62. But the law plainly does the opposite: it makes any person with a criminal record, even for missed court dates, a potential target for restriction of enhanced credit. In my view, the challenged provision is not minimally impairing of the right to liberty.

[65] Finally, I agree with Court of Appeal that the Crown has failed to establish benefits that outweigh the detrimental effect of the challenged provision on the right to liberty. The benefit to public safety by increasing access to rehabilitation programs is not trivial. But the law’s overbreadth means that offenders who have neither committed violent offences nor present a risk to public safety will be

[62] Toutefois, la disposition ne porte pas atteinte le moins possible au droit en cause et elle n’est pas proportionnée quant au rapport qu’elle établit entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables.

[63] Pour établir que l’atteinte est minimale, le ministère public doit prouver l’absence de moyens moins attentatoires d’atteindre l’objectif de « façon réelle et substantielle » (*Carter*, par. 102). Il ne l’a pas fait. Des moyens différents et plus raisonnables s’offraient pourtant au législateur pour atteindre ses objectifs. Le juge Strathy mentionne, à titre d’exemple, le recours à une disposition exigeant du juge appelé à déterminer la peine qu’il se demande s’il y a lieu d’accorder un crédit majoré pour la détention présentencielle compte tenu (i) du casier judiciaire du délinquant, (ii) de l’existence de programmes de réadaptation, ainsi que de l’opportunité de permettre au délinquant d’y avoir accès, et (iii) du fait que l’allongement de la détention présentencielle est imputable ou non au délinquant. Une telle mesure permettrait d’atteindre l’objectif d’une sûreté et d’une sécurité publiques accrues grâce à la réadaptation, sans toutefois s’appliquer au délinquant chronique ou d’un autre type qui ne présente pas un risque pour la sûreté publique.

[64] Le ministère public prétend que la disposition contestée est raisonnablement adaptée à son objectif en ce qu’elle [TRADUCTION] « vise une catégorie de délinquants relativement étroite, à savoir les récidivistes les plus endurcis » (m.a., par. 62). Or, la disposition fait carrément le contraire : elle est susceptible d’emporter l’exclusion du crédit majoré dans le cas de toute personne qui possède un casier judiciaire, même lorsque c’est seulement pour avoir omis de comparaître en justice à la date prévue. Il ne s’agit pas à mon sens d’une disposition qui porte atteinte le moins possible au droit à la liberté.

[65] En dernier lieu, je conviens avec la Cour d’appel que le ministère public n’a pas fait la preuve d’effets bénéfiques de la disposition contestée qui supplantent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté. Les effets bénéfiques sur la sûreté publique qui découlent de l’accès accru des délinquants à des programmes de réadaptation ne sont pas négligeables. Cependant, la portée excessive de la règle

unnecessarily deprived of liberty. The Crown has failed to meet that high bar required to justify such a deprivation.

[66] I conclude that the challenged provision is not saved under s. 1.

D. *The Court of Appeal's Reliance on Proportionality of Process*

[67] The Court of Appeal held that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, and that the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) offends that principle. The court erred in doing so. Proportionality in the sentencing process is not a principle of fundamental justice under s. 7.

[68] The content of the principle the Court of Appeal recognized is not entirely clear. Strathy J.A. stated that the principle of proportionality already finds expression in s. 718.1 of the *Criminal Code*: “A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” He also noted that the principle of proportionality “is informed by other sentencing principles in the Code” (para. 77), including the parity principle, found at s. 718.2(b): “a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances”. These statements suggest that the Court of Appeal viewed proportionality in sentencing as a comparative concept, concerned with the relationship between the seriousness of the offence committed and the sentence imposed.

[69] At the same time, Strathy J.A. emphasized that proportionality is about the sentencing process, not its result. As he put it, proportionality in sentencing entitles an offender “to a *process* directed

de droit fait en sorte qu’un délinquant qui n’a pas commis une infraction de violence et qui ne présente pas non plus un risque pour la sûreté publique se voit inutilement privé de liberté. Le ministère public n’a pas franchi le seuil élevé qui permet de justifier l’atteinte au droit à la liberté.

[66] Je conclus que la disposition contestée n’est pas sauvegardée par application de l’article premier.

D. *L’importance accordée par la Cour d’appel à la proportionnalité dans le processus*

[67] La Cour d’appel statue que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* et que l’exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle que prévoit le par. 719(3.1) est contraire à ce principe. Elle est dans l’erreur. La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine n’équivaut pas à un principe de justice fondamentale pour l’application de l’art. 7.

[68] La teneur du principe reconnu par la Cour d’appel n’est pas parfaitement claire. Le juge Strathy affirme que le principe de proportionnalité se retrouve déjà à l’art. 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Il ajoute que le principe de proportionnalité [TRADUCTION] « s’applique en fonction d’autres principes de détermination de la peine prévus par le Code » (par. 77), dont celui d’harmonisation énoncé à l’al. 718.2b) : « l’harmonisation des peines, c’est-à-dire l’infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». La Cour d’appel paraît ainsi voir dans la proportionnalité de la peine l’idée d’une comparaison qui s’attache au rapport entre la gravité de l’infraction perpétrée et la peine infligée.

[69] En même temps, le juge Strathy précise bien que la proportionnalité s’intéresse au processus de détermination de la peine, non au résultat. Il dit que la proportionnalité confère alors au délinquant le

at crafting a just sentence” and “prevents Parliament from making sentencing contingent on factors unrelated to the determination of a fit sentence”: paras. 82 (emphasis in original) and 85. Proportionality in this sense is more concerned with what considerations properly belong in the sentencing process, and less with the magnitude of the sentence ultimately imposed.

[70] Proportionality in the sense articulated at s. 718.1 of the *Code* — that a sentence be proportionate to the gravity of an offence and an offender’s degree of responsibility — is a fundamental principle of sentencing. As LeBel J. stated for a majority of the Court in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37, proportionality is “the *sine qua non* of a just sanction”. It is grounded in elemental notions of justice and fairness, and is indispensable to the public’s confidence in the justice system. LeBel J. went so far as to opine that “proportionality in sentencing could aptly be described as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*”: para. 36 (emphasis added); see also *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 21. LeBel J. also, however, recognized that the “constitutional dimension” of proportionality in sentencing is the prohibition of grossly disproportionate sentences in s. 12 of the *Charter*: para. 36.

[71] To say that proportionality is a fundamental principle of sentencing is not to say that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice for the purpose of determining whether a deprivation of liberty violates s. 7 of the *Charter*, notwithstanding the *obiter* comment of LeBel J. in *Ipeelee*. The principles and purposes for determining a fit sentence, enumerated in s. 718 of the *Criminal Code* and provisions that follow — including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1 — do not have constitutional status. Parliament is entitled to modify and abrogate them as it sees fit, subject only to s. 12 of the *Charter*. Parliament can limit a sentencing judge’s ability to

droit [TRADUCTION] « à un *processus* qui est voué au prononcé d’une peine juste » et « empêche le Parlement de faire reposer le prononcé de la peine sur des considérations étrangères à la détermination d’une juste peine » (par. 82 (en italique dans l’original) et 85). Ainsi comprise, la proportionnalité s’intéresse beaucoup aux considérations dûment prises en compte dans le processus et peu à l’importance de la peine finalement infligée.

[70] La proportionnalité au sens entendu à l’art. 718.1 du *Code* — une peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant — constitue un principe fondamental de la détermination de la peine. Comme le dit le juge LeBel au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37, la proportionnalité représente « la condition *sine qua non* d’une sanction juste ». Elle est enracinée dans les notions élémentaires que sont la justice et l’équité et elle est indispensable à la confiance du public dans le système de justice. Le juge LeBel ajoute même qu’« on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* » (par. 36 (je souligne); voir également *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 21). Cependant, il reconnaît aussi que la « dimension constitutionnelle » de la proportionnalité de la peine réside dans le fait que l’art. 12 de la *Charte* interdit l’infliction d’une peine qui serait exagérément disproportionnée (par. 36).

[71] Malgré la remarque incidente du juge LeBel dans *Ipeelee*, affirmer que la proportionnalité constitue un principe fondamental de la détermination de la peine n’équivaut pas à affirmer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale pour décider si une atteinte à la liberté contrevient ou non à l’art. 7 la *Charte*. Les principes et les objectifs de la détermination d’une peine juste, énoncés aux art. 718 et suivants du *Code criminel*, y compris le principe fondamental de proportionnalité inscrit à l’art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Le législateur peut les modifier et les abroger à son gré, sous réserve du seul respect

impose a fit sentence, but it cannot require a sentencing judge to impose grossly disproportionate punishment. It follows, then, that the Court of Appeal erred in declaring proportionality in the sentencing process to be a principle of fundamental justice under s. 7.

[72] This conclusion accords with precedent. In *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 160, a majority of this Court squarely rejected the proposition that there is “a principle of fundamental justice embedded in s. 7 that would give rise to a constitutional remedy against a punishment that does not infringe s. 12”. The standard imposed by s. 7 with respect to sentencing is the same as it is under s. 12: *gross* disproportionality.

[73] I see no reason to depart from that holding here. Proportionality, as expressed in s. 718.1 of the *Criminal Code*, is a foundational principle of sentencing. But the constitutional standard against which punishment is measured is and remains gross disproportionality. Proportionality in the sentencing process is not a principle of fundamental justice under s. 7.

VI. Conclusion

[74] I would dismiss the Crown’s appeal. The challenged portion of s. 719(3.1) violates s. 7 of the *Charter*, and the Crown has not justified that infringement under s. 1. It is therefore declared to be of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Presser Barristers, Toronto; Timothy J. Lutes, Toronto.

de l’art. 12 de la *Charte*. Il peut restreindre le pouvoir du tribunal d’infliger une peine juste, mais il ne saurait exiger l’imposition d’une peine exagérément disproportionnée. La Cour d’appel a donc eu tort de déclarer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7.

[72] Cette conclusion se concilie avec la jurisprudence. Dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 160, les juges majoritaires de la Cour écartent sans équivoque l’existence d’un « principe de justice fondamentale consacré à l’art. 7 qui donnerait droit à une réparation constitutionnelle lorsqu’une peine ne contrevient pas à l’art. 12 ». La norme qu’impose l’art. 7 au chapitre de la détermination de la peine est la même que pour l’art. 12, c’est-à-dire que la disproportion doit être *exagérée*.

[73] Nul motif ne justifie que l’on se dissocie en l’espèce de cette décision. La proportionnalité dont il est question à l’art. 718.1 du *Code criminel* constitue un principe fondateur de la détermination de la peine. Toutefois, la norme constitutionnelle au regard de laquelle une peine est appréciée est et demeure celle de la disproportion exagérée. La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine ne constitue pas un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7.

VI. Conclusion

[74] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. La partie contestée du par. 719(3.1) contrevient à l’art. 7 de la *Charte*, et le ministère public n’a pas établi que l’atteinte est justifiée au regard de l’article premier. Elle est donc déclarée inopérante suivant l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé : Presser Barristers, Toronto; Timothy J. Lutes, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Russel Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Russel Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Polley Faith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Polley Faith, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Prison Justice Society: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante West Coast Prison Justice Society : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.