

Dennis James Oland *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta and
Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. OLAND

2017 SCC 17

File No.: 36986.

2016: October 31; 2017: March 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Criminal law — Interim release — Appeals — Appeal judge dismissing application for release pending appeal because applicant failed to establish that detention “not necessary in the public interest” under s. 679(3)(c) of Criminal Code — Principles and policy considerations by which appellate courts should be guided in deciding whether someone convicted of serious crime and sentenced to lengthy term of imprisonment should be released on bail pending determination of appeal — Proper interpretation and application of s. 679(3)(c) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 679(3)(c).

Criminal law — Interim release — Review hearing — Standard of review — Appeal judge dismissing application for release pending appeal — Chief Justice of Court of Appeal directing review of dismissal decision by three-judge panel under s. 680(1) of Criminal Code — Test to be applied by Chief Justice in deciding whether to direct panel review — Standard of review to be applied by

Dennis James Oland *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général de l'Alberta
et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. OLAND

2017 CSC 17

N° du greffe : 36986.

2016 : 31 octobre; 2017 : 23 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Appeals — Rejet par le juge d'appel d'une demande de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel au motif que le demandeur n'a pas établi que sa détention n'est « pas nécessaire dans l'intérêt public » suivant l'art. 679(3)c) du Code criminel — Considérations de politique générale et principes qui devraient guider les cours d'appel lorsqu'elles sont appelées à décider si une personne qui a été déclarée coupable d'un crime grave et condamnée à une longue peine d'emprisonnement devrait être mise en liberté sous caution en attendant qu'il soit statué sur son appel — Interprétation et application appropriées de l'art. 679(3)c) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 679(3)c).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Audience de révision — Norme de contrôle — Rejet par le juge d'appel d'une demande de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel — Juge en chef de la Cour d'appel ordonnant la révision de cette décision par une formation de trois juges conformément à l'art. 680(1) du Code criminel — Critère applicable par le juge en chef lorsqu'il

reviewing panel — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 680(1).

Appeals — Mootness — Application for release pending appeal dismissed — Appeal against conviction subsequently allowed and new trial ordered — Accused released pending re-trial — Appeal from decision refusing bail pending determination of appeal rendered moot — Whether Court should exercise discretion to hear appeal.

O applied for release pending the determination of his appeal against conviction on a charge of second degree murder involving the death of his father. His application was denied under the third criterion set out in s. 679(3)(c) of the *Criminal Code*, which requires the applicant to establish that “his detention is not necessary in the public interest”. While public safety was not in issue in this case, the appeal judge was not persuaded that public confidence would be maintained if O were to be released. Accordingly, he dismissed O’s application. A review of that decision by a three-judge panel, as directed by the Chief Justice of the Court of Appeal under s. 680(1) of the *Criminal Code*, was unsuccessful. The Court of Appeal later allowed O’s appeal from conviction and ordered a new trial. Because he was then released pending his re-trial, O’s appeal of the review panel’s decision to this Court was rendered moot. However, in accordance with *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the Court determined that it would proceed to hear the appeal on its merits because of the unanimous position taken by the parties and interveners that guidance was needed to resolve conflicting jurisprudence on the issue of bail pending appeal, which is otherwise evasive of appellate review.

Held: The appeal should be allowed.

Following *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32, the public interest criterion of s. 679(3)(c) of the *Criminal Code* consists of two components: public safety and public confidence in the administration of justice. The public confidence component involves the weighing of two competing interests: enforceability and reviewability. While the *Farinacci* framework has withstood the

est appelé à décider s’il convient ou non d’ordonner une révision par une formation — Norme de contrôle applicable par la formation de révision — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 680(1).

Appels — Caractère théorique — Rejet d’une demande de mise en liberté en attendant l’issue de l’appel — Appel de la déclaration de culpabilité subséquemment accueilli et nouveau procès ordonné — Accusé mis en liberté en attendant l’issue de son nouveau procès — Pourvoi formé contre la décision refusant une mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel devenu théorique — La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre le pourvoi?

O a présenté une demande de mise en liberté en attendant qu’il soit statué sur l’appel qu’il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité pour le meurtre au deuxième degré de son père. Sa demande a été rejetée en raison du troisième critère énoncé à l’al. 679(3)c) du *Code criminel*, qui oblige le demandeur à établir que « sa détention n’est pas nécessaire dans l’intérêt public ». Bien que la sécurité du public n’ait pas été en cause en l’espèce, le juge d’appel n’était pas convaincu que la confiance du public serait préservée si O était libéré. Il a par conséquent rejeté la demande de O. La révision de cette décision, effectuée par une formation de trois juges sur l’ordre du Juge en chef de la Cour d’appel en application du par. 680(1) du *Code criminel*, n’a pas été favorable à O. La Cour d’appel a subséquemment accueilli l’appel de la déclaration de culpabilité de O, et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Comme O a ensuite été libéré en attendant l’issue de son nouveau procès, le présent pourvoi qu’il a formé devant la Cour contre la décision de la formation de révision est devenu théorique. Cependant, conformément à l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, la Cour a décidé d’entendre le pourvoi sur le fond en raison de la position unanime des parties et des intervenants selon laquelle celle-ci se devait de fournir des indications qui permettent de résoudre les contradictions de la jurisprudence sur la question de la mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel, question par ailleurs non susceptible de révision en appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Suivant l’arrêt *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32, le critère de l’intérêt public énoncé à l’al. 679(3)c) du *Code criminel* comporte deux volets : la sécurité publique et la confiance du public envers l’administration de la justice. Le volet relatif à la confiance du public suppose la mise en balance de deux intérêts opposés : la force exécutoire des jugements et le caractère révisable

test of time and remains good law, appellate judges continue to have difficulty resolving the tension between enforceability and reviewability, especially in cases like the present one, where they are faced with a serious crime on the one hand, and a strong candidate for bail pending appeal on the other.

In section 679(3)(c) of the *Criminal Code*, Parliament has not provided appellate judges with any direction as to how a bail pending appeal order is likely to affect public confidence in the administration of justice. Fortunately, it has done so in s. 515(10)(c) for the admittedly different but related context of bail pending trial. With appropriate modifications, the s. 515(10)(c) factors are also instructive in the appellate context.

In assessing public confidence under s. 515(10)(c) in the pre-trial context, the seriousness of the crime for which a person has been convicted plays an important role and is determined by three factors: the gravity of the offence; the circumstances surrounding the commission of the offence; and the potential length of imprisonment. In considering the public confidence component under s. 679(3)(c), the seriousness of the crime should play an equal role in assessing the enforceability interest. The remaining factor that Parliament has identified as informing public confidence under s. 515(10)(c) is the strength of the prosecution's case. In the appellate context, this translates into the strength of the grounds of appeal, which informs the reviewability interest. For this assessment, appellate judges should examine the grounds of appeal for their general legal plausibility and their foundation in the record to determine whether they clearly surpass the minimal standard required to meet the "not frivolous" criterion.

When conducting the final balancing of the factors that inform public confidence, including the strength of the grounds of appeal, the seriousness of the offence, public safety and flight risks, appellate judges should keep in mind that public confidence is to be measured through the eyes of a reasonable member of the public. This person is someone who is thoughtful, dispassionate,

de ceux-ci. Bien que le cadre établi par l'arrêt *Farinacci* ait résisté à l'épreuve du temps et demeure valable en droit, les juges d'appel continuent d'éprouver de la difficulté à résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui de leur caractère révisable, particulièrement dans des affaires comme celle en l'espèce où ils sont en présence, d'une part, d'un crime grave et, d'autre part, d'un bon candidat à une mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel.

À l'alinéa 679(3)c) du *Code criminel*, le législateur n'a donné aux juges d'appel aucune indication sur la manière dont une ordonnance de mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel pourrait porter atteinte à la confiance du public envers l'administration de la justice. Heureusement, il l'a toutefois fait à l'al. 515(10)c) dans le contexte, certes différent mais connexe, de la mise en liberté sous caution en attendant l'issue du procès. Avec les adaptations qui s'imposent, les facteurs énumérés à l'al. 515(10)c) sont également utiles dans le contexte d'un appel.

La gravité du crime pour lequel une personne a été reconnue coupable joue un rôle important lorsqu'il s'agit d'apprécier, en vertu de l'al. 515(10)c), la confiance du public dans le contexte antérieur au procès. La gravité du crime est déterminée au moyen de trois facteurs : la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et la durée possible de l'emprisonnement. En ce qui concerne le volet de l'al. 679(3)c) relatif à la confiance du public, la gravité du crime devrait jouer un rôle équivalent dans l'appréciation de l'intérêt relatif à la force exécutoire des jugements. Le dernier facteur que le législateur reconnaît, à l'al. 515(10)c), comme facteur qui sous-tend la confiance du public est la solidité du dossier du poursuivant. Dans le contexte d'un appel, cela correspond à l'existence de moyens d'appel solides, lesquels jouent un rôle dans l'appréciation de l'intérêt relatif au caractère révisable des jugements. Lors de cette appréciation, les juges d'appel devraient examiner les moyens d'appel en tenant compte de leur plausibilité générale en droit et des éléments au dossier sur lesquels ils reposent afin de déterminer s'ils vont clairement au delà des exigences minimales requises pour qu'il soit satisfait au critère de « non-futilité ».

Lorsqu'ils effectuent la mise en balance finale des facteurs qui sous-tendent la confiance du public, notamment la solidité des moyens d'appel, la gravité de l'infraction, la sécurité du public et les risques que l'accusé s'enfuit, les juges d'appel devraient garder à l'esprit que la confiance du public doit être mesurée du point de vue d'un membre raisonnable du public. Il s'agit d'une

informed of the circumstances of the case and respectful of society's fundamental values. There is no precise formula that can be applied to resolve the balance between enforceability and reviewability. A qualitative and contextual approach is required. Where the applicant has been convicted of murder or some other very serious crime, the public interest in enforceability will be high and will often outweigh the reviewability interest, particularly where there are lingering public safety or flight concerns and/or the grounds of appeal appear to be weak. On the other hand, where public safety or flight concerns are negligible, and where the grounds of appeal clearly surpass the "not frivolous" criterion, the public interest in reviewability may well overshadow the enforceability interest, even in the case of murder or other very serious offences.

A panel review under s. 680(1) of the *Criminal Code* should be guided by the following three principles. First, absent palpable and overriding error, the panel must show deference to the judge's findings of fact. Second, the panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it is satisfied that the judge erred in law or in principle, and the error was material to the outcome. Third, in the absence of legal error, the panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it concludes that the decision was clearly unwarranted. It follows that the Chief Justice should consider directing a review under s. 680(1) where it is arguable that the judge committed material errors of fact or law in arriving at the impugned decision, or that the decision was clearly unwarranted in the circumstances.

In this case, the appeal judge was satisfied that there were no appreciable public safety or flight risk concerns and the grounds of appeal were "clearly arguable" — meaning that they clearly surpassed the "not frivolous" criterion. In addition, as found by the trial judge, O's crime gravitated more toward the offence of manslaughter than to first degree murder, which attenuated the seriousness of the crime and hence the enforceability interest. The cumulative effect of these considerations made O's detention clearly unwarranted. The appeal judge erred in law by looking for grounds of appeal that

personne réfléchie, impartiale, bien informée sur les circonstances de l'affaire et respectueuse des valeurs fondamentales de la société. Il n'existe pas de formule précise qui puisse être appliquée pour résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui du caractère révisable de ceux-ci. L'application d'une approche qualitative et contextuelle est requise. Lorsque le demandeur a été déclaré coupable de meurtre ou d'un autre crime très grave, l'intérêt du public relatif à la force exécutoire des jugements sera élevé et l'emportera souvent sur l'intérêt lié au caractère révisable de ceux-ci, particulièrement dans les cas où il existe des préoccupations persistantes en matière de sécurité publique ou de risques de fuite, où les moyens d'appel semblent faibles, ou les deux. En revanche, lorsque les préoccupations en matière de sécurité publique ou de risques de fuite sont négligeables, et que les moyens d'appel vont clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité », l'intérêt du public lié au caractère révisable des jugements peut très bien l'emporter sur l'intérêt lié à la force exécutoire de ceux-ci, même en cas de meurtre ou d'une autre infraction très grave.

La révision effectuée par une formation en vertu du par. 680(1) du *Code criminel* devrait être guidée par les trois principes suivants. Premièrement, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, la formation doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge. Deuxièmement, elle peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge lorsqu'elle est convaincue que celui-ci a commis une erreur de droit ou de principe, et que cette erreur était importante quant à l'issue de l'affaire. Troisièmement, en l'absence d'une erreur de droit, la formation peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge dans les cas où elle conclut que celle-ci était clairement injustifiée. Il s'ensuit que le juge en chef devrait envisager d'ordonner une révision fondée sur le par. 680(1) dans les cas où il est possible de soutenir que le juge a commis des erreurs importantes de fait ou de droit lorsqu'il a rendu la décision contestée, ou que celle-ci était clairement injustifiée dans les circonstances.

En l'espèce, le juge d'appel était convaincu qu'il n'existait aucune préoccupation importante en matière de sécurité publique ou de risques de fuite et que les moyens d'appel pouvaient « nettement être soutenus », ce qui signifie qu'ils allaient clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité ». En outre, comme l'a conclu le juge du procès, le crime commis par O se rapprochait davantage de l'infraction d'homicide involontaire coupable que de celle de meurtre au premier degré, ce qui atténuait la gravité du crime et, partant, l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements. Cumulativement, ces considérations

would have virtually assured a new trial or an acquittal. The review panel erred in failing to intervene.

Cases Cited

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; **referred to:** *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316; *R. v. Iyer*, 2016 ABCA 407; *R. v. D’Amico*, 2016 QCCA 183; *R. v. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253; *R. v. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809; *R. v. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132; *R. v. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444; *R. v. Matteo*, 2016 QCCA 2046; *R. v. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395; *R. v. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100; *R. v. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46; *R. v. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Delisle*, 2012 QCCA 1250; *R. v. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174; *R. v. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62; *R. v. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308; *R. v. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761; *R. v. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(e).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 469, 515(1), (10)(c), 520, 521, 679(3), (4)(a), (10), 680(1).

Authors Cited

Trotter, Gary T. “Bail Pending Appeal: The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion” (2001), 45 C.R. (5th) 267.
Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau C.J. and Larlee and Quigg J.J.A.), 2016 NBCA 15, 446 N.B.R. (2d) 325, 1168 A.P.R. 325, [2016] N.B.J. No. 70 (QL), 2016 CarswellNB 126 (WL Can.), affirming the decision of Richard J.A. denying bail to the appellant pending the determination of his appeal against conviction,

rendaient la détention de O clairement injustifiée. Le juge d’appel a commis une erreur de droit en recherchant des moyens d’appel qui auraient garanti pour ainsi dire la tenue d’un nouveau procès ou un acquittement. La formation de révision a commis une erreur en n’intervenant pas.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; **arrêts mentionnés :** *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316; *R. c. Iyer*, 2016 ABCA 407; *R. c. D’Amico*, 2016 QCCA 183; *R. c. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253; *R. c. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809; *R. c. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132; *R. c. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444; *R. c. Matteo*, 2016 QCCA 2046; *R. c. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395; *R. c. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100; *R. c. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46; *R. c. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Delisle*, 2012 QCCA 1250; *R. c. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174; *R. c. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62; *R. c. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308; *R. c. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761; *R. c. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11e).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 469, 515(1), (10)(c), 520, 521, 679(3), (4)(a), (10), 680(1).

Doctrine et autres documents cités

Trotter, Gary T. « Bail Pending Appeal : The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion » (2001), 45 C.R. (5th) 267.
Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (le juge en chef Drapeau et les juges Larlee et Quigg), 2016 NBCA 15, 446 R.N.-B. (2^e) 325, 1168 A.P.R. 325, [2016] A.N.-B. n° 70 (QL), 2016 CarswellNB 127 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Richard refusant à l’appelant une mise en liberté sous caution en attendant

2016 CanLII 7428, [2016] N.B.J. No. 25 (QL), 2016 CarswellNB 42 (WL Can.). Appeal allowed.

Alan D. Gold, Gary A. Miller, Q.C., and James R. McConnell, for the appellant.

Kathryn A. Gregory and Derek Weaver, for the respondent.

Gavin MacDonald and Leslie Paine, for the intervener the Attorney General of Ontario.

John M. Gordon, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Christine Rideout, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Michael W. Lacy, Susan M. Chapman and Andrew Menchynski, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] This appeal provides the Court with an opportunity to consider and clarify the statutory regime in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which governs bail pending appeal. In particular, we are concerned with the principles and policy considerations by which appellate courts should be guided in deciding whether a person, like the appellant Dennis James Oland, who has been convicted of a serious crime and sentenced to a lengthy term of imprisonment, should be released on bail pending the determination of his appeal against conviction.

[2] The debate in this appeal focuses on the interpretation and application of two relatively brief

la décision sur l'appel de sa déclaration de culpabilité, 2016 CanLII 7428, [2016] A.N.-B. n° 25 (QL), 2016 CarswellNB 42 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Alan D. Gold, Gary A. Miller, c.r., et James R. McConnell, pour l'appellant.

Kathryn A. Gregory et Derek Weaver, pour l'intimée.

Gavin MacDonald et Leslie Paine, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

John M. Gordon, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Christine Rideout, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Michael W. Lacy, Susan M. Chapman et Andrew Menchynski, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi donne à la Cour l'occasion d'examiner et de clarifier le régime légal établi par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, à l'égard de la mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel. Nous nous intéresserons en particulier aux considérations de politique générale et aux principes qui devraient guider les cours d'appel lorsqu'elles sont appelées à décider si une personne qui, comme l'appelant Dennis James Oland, a été déclarée coupable d'un crime grave et condamnée à une longue peine d'emprisonnement devrait être mise en liberté sous caution en attendant qu'il soit statué sur l'appel qu'elle a interjeté contre sa déclaration de culpabilité.

[2] Dans le présent pourvoi, le litige porte principalement sur l'interprétation et l'application de

provisions of the *Code* — s. 679(3) and s. 680(1). They read as follows:

679 . . .

(3) In the case of an appeal [against conviction], the judge of the court of appeal may order that the appellant be released pending the determination of his appeal if the appellant establishes that

- (a) the appeal . . . is not frivolous;
- (b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and
- (c) his detention is not necessary in the public interest.

680 (1) A decision made by a judge under section . . . 679 may, on the direction of the chief justice or acting chief justice of the court of appeal, be reviewed by that court and that court may, if it does not confirm the decision,

- (a) vary the decision; or
- (b) substitute such other decision as, in its opinion, should have been made.

[3] In the present case, Mr. Oland applied for bail pending appeal following his conviction on a charge of second degree murder involving the death of his father. His application was denied under the public interest criterion set out in s. 679(3)(c). While public safety was not in issue, the appeal judge was not persuaded that public confidence in the administration of justice would be maintained if Mr. Oland were to be released. A review of that order directed by the Chief Justice of New Brunswick under s. 680(1) proved unsuccessful. In the opinion of the three-judge review panel, the decision of the appeal judge to detain Mr. Oland was “neither unreasonable nor the product of any material error of fact, law or mixed law and fact” (2016 NBCA 15, 446 N.B.R. (2d) 325, at para. 15).

deux dispositions relativement brèves du *Code*, les par. 679(3) et 680(1), qui sont rédigées ainsi :

679 . . .

(3) Dans le cas d'un appel [d'une déclaration de culpabilité], le juge de la cour d'appel peut ordonner que l'appellant soit mis en liberté en attendant la décision de son appel, si l'appellant établit à la fois :

- a) que l'appel [. . .] n'est pas futile;
- b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance;
- c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public.

680 (1) Une décision rendue par un juge en vertu de l'article [. . .] 679 peut, sur l'ordre du juge en chef ou du juge en chef suppléant de la cour d'appel, faire l'objet d'une révision par ce tribunal et celui-ci peut, s'il ne confirme pas la décision :

- a) ou bien modifier la décision;
- b) ou bien substituer à cette décision telle autre décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[3] En l'espèce, après avoir été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de son père, M. Oland a présenté une demande de mise en liberté sous caution en attendant qu'il soit statué sur l'appel. Sa demande a été rejetée en raison du critère de l'intérêt public énoncé à l'al. 679(3)c). Bien que la sécurité du public n'ait pas été en cause, le juge d'appel n'était pas convaincu que la confiance du public envers l'administration de la justice serait préservée si M. Oland était libéré. La révision de cette ordonnance effectuée sur l'ordre du Juge en chef du Nouveau-Brunswick en application du par. 680(1) n'a pas été favorable à M. Oland. Selon la formation de trois juges qui a siégé en révision, la décision du juge d'appel de garder M. Oland en détention n'était « ni déraisonnable, ni le produit d'une erreur importante de fait, de droit, ou mixte de droit et de fait » (2016 NBCA 15, 446 R.N.-B. (2^e) 325, par. 15).

[4] For the reasons that follow, I am respectfully of the view that detaining Mr. Oland on the public interest criterion was clearly unwarranted in the circumstances. Moreover, in his reasons, the learned appeal judge made a material legal error that affected the outcome. It follows, in my respectful view, that the review panel erred in failing to intervene.

[5] As it turns out, prior to Mr. Oland's appeal being argued in this Court, the Court of Appeal of New Brunswick heard and allowed his appeal from conviction and ordered a new trial. In consequence, Mr. Oland was released on bail pending his re-trial. Accordingly, his appeal to this Court from the order of the review panel upholding his detention order was rendered moot. However, for reasons which I will explain, we chose to hear the appeal on its merits — and having done so, we would allow the appeal but make no further order.

II. Factual Background

[6] On July 7, 2011, Mr. Oland's father, Richard Oland, was found bludgeoned to death at his office in Saint John, New Brunswick. During the ensuing police investigation, Mr. Oland became the primary suspect. He was eventually arrested and charged with second degree murder on November 12, 2013.

[7] On November 18, 2013, following a contested hearing, Mr. Oland was released on bail pending trial upon entering into a surety recognizance in the amount of \$50,000, with conditions. On December 19, 2015, after a three-month trial by judge and jury, he was convicted of second degree murder. On February 11, 2016, the trial judge sentenced him to life imprisonment with no chance of parole for 10 years.

[4] Pour les motifs qui suivent et, soit dit en tout respect, j'estime que le fait de fonder la détention de M. Oland sur le critère de l'intérêt public était clairement injustifié dans les circonstances. De plus, dans ses motifs, le juge d'appel a commis une erreur importante de droit qui a eu une incidence sur l'issue de l'affaire. Il s'ensuit, à mon avis, que la formation de révision a commis une erreur en n'intervenant pas.

[5] Il s'avère qu'avant même que le pourvoi de M. Oland ne soit débattu devant notre Cour, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a entendu et accueilli l'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. M. Oland a donc été mis en liberté sous caution en attendant l'issue de son nouveau procès. Par conséquent, le pourvoi qu'il a formé devant notre Cour contre la décision de la formation de révision de confirmer son ordonnance de détention est devenu théorique. Toutefois, pour des raisons que j'expliquerai plus loin, nous avons décidé d'entendre l'appel sur le fond et, après l'avoir fait, nous sommes d'avis de l'accueillir, mais de ne rendre aucune autre ordonnance.

II. Contexte factuel

[6] Le 7 juillet 2011, le père de M. Oland, Richard Oland, a été trouvé battu à mort dans son bureau à Saint John, au Nouveau-Brunswick. Lors de l'enquête policière qui a suivi, M. Oland est devenu le suspect principal. Le 12 novembre 2013, il a finalement été arrêté et accusé de meurtre au deuxième degré.

[7] Le 18 novembre 2013, à l'issue d'une audience contestée et après avoir contracté un engagement de caution de 50 000 \$ assorti de conditions, M. Oland a été mis en liberté sous caution en attendant l'issue de son procès. Au terme d'un procès de trois mois devant juge et jury, il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 19 décembre 2015. Le 11 février 2016, le juge du procès l'a condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans.

[8] In his sentencing reasons, the trial judge found that apart from the offence for which he now stood convicted, Mr. Oland was “a well-educated 47 year old husband and devoted father without a criminal past”, and “a loving/caring man; a man at the heart of his family and a contributing member of his community” (2016 NBQB 43, 447 N.B.R. (2d) 7, at paras. 14 and 18). In the opinion of the trial judge, Mr. Oland posed no realistic risk of future dangerousness and his prospect of successfully re-integrating into society after serving his sentence was excellent. As for the offence, the trial judge characterized it as “brutal”, noting approximately 40 blunt and sharp force injuries inflicted to the deceased’s head. On the other hand, the crime involved a spontaneous outburst that was the product of a long-standing dysfunctional family dynamic and immense stress. For this reason, the trial judge found that it fell at the “lower end” on the continuum of moral culpability for second degree murder, closer to manslaughter than to first degree murder.

[9] On January 20, 2016, Mr. Oland filed a notice of appeal from conviction with the Court of Appeal of New Brunswick. He advanced numerous grounds of appeal relating to three principal areas: errors in the jury charge; errors in admitting certain evidence; and the reasonableness of the verdict. At the same time, he applied under s. 679(3) of the *Code* for bail pending the determination of his appeal. The outcome of that application is the focus of this appeal.

III. Decisions Below

A. *Decision of the Appeal Judge, 2016 CanLII 7428 (Richard J.A.)*

[10] Mr. Oland’s application for release pending appeal proceeded before a single judge of the Court of Appeal. In support of his application, Mr. Oland filed numerous affidavits attesting to his good character, past compliance with release conditions, and

[8] Dans ses motifs de détermination de la peine, le juge du procès a conclu que, mis à part l’infraction dont il venait d’être reconnu coupable, M. Oland était [TRADUCTION] « un époux et un père de 47 ans dévoué, instruit et sans antécédents judiciaires », ainsi « [qu’]un homme aimant et attentionné; une figure centrale au sein de sa famille et une personne active au sein de sa collectivité » (2016 NBQB 43, 447 R.N.-B. (2^e) 7, par. 14 et 18). À son avis, M. Oland ne présentait aucun risque réaliste de dangerosité future et avait d’excellentes chances de réussir sa réintégration dans la société après avoir purgé sa peine. Quant à l’infraction, le juge du procès l’a qualifiée de « brutale », faisant remarquer que quelque 40 blessures contondantes et pénétrantes avaient été infligées à la tête de la victime. Il a toutefois souligné que le crime avait été commis lors d’un emportement spontané qui découlait d’une dynamique familiale dysfonctionnelle de longue date et d’un stress énorme. Pour cette raison, le juge du procès a conclu que le crime se situait à « [l’]extrémité inférieure » du continuum de la culpabilité morale pour un meurtre au deuxième degré, et qu’il s’apparentait davantage à un homicide involontaire coupable qu’à un meurtre au premier degré.

[9] Le 20 janvier 2016, M. Oland a déposé un avis d’appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick. Il a invoqué de nombreux moyens d’appel portant sur trois points principaux : erreurs dans l’exposé au jury, erreurs liées à l’admission de certains éléments de preuve et caractère raisonnable du verdict. Parallèlement, il a demandé, en vertu du par. 679(3) du *Code*, sa mise en liberté sous caution en attendant qu’il soit statué sur son appel. Le présent pourvoi porte sur l’issue de cette demande.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Décision du juge d’appel, 2016 CanLII 7428 (le juge Richard)*

[10] La demande de mise en liberté en attendant la décision sur l’appel présentée par M. Oland a été entendue devant un juge de la Cour d’appel siégeant seul. À l’appui de sa demande, M. Oland a déposé de nombreux affidavits témoignant de sa

his roots in the community. In addition, he filed affidavits from two family members who were prepared to act as sureties and risk substantial sums of money should he breach the terms of his release order. Finally, he submitted excerpts from the trial transcripts pertinent to his grounds of appeal.

[11] In ruling on the application, the appeal judge found that Mr. Oland had discharged his onus on the first two criteria for release under s. 679(3)(a) and (b) of the *Code*, namely: his appeal was not frivolous and he would surrender into custody as required. The appeal judge then considered the public interest criterion under s. 679(3)(c), dividing it into two parts — public safety and public confidence in the administration of justice.

[12] Commencing with public safety, the appeal judge was satisfied that Mr. Oland posed “no danger to the public at large” (para. 15). In this regard, he adopted the findings of the sentencing judge that Mr. Oland was a man of prior good behaviour, without criminal record, and that the offence was largely the product of unique relational and situation-specific difficulties existing between him and his father.

[13] Turning to public confidence, the appeal judge found that the gravity and brutality of the offence weighed in favour of Mr. Oland’s detention. And while the grounds of appeal put forward by him were “clearly arguable”, they were not of such unique strength as to “virtually assure a new trial or an acquittal” (paras. 30 and 32). On balance, the appeal judge was not persuaded that public confidence in the administration of justice would be maintained if Mr. Oland were to be released. Accordingly, he dismissed the application for release pending appeal.

bonne moralité, de son respect antérieur des conditions de sa mise en liberté et de son enracinement dans la collectivité. Il a en outre déposé des affidavits de deux membres de sa famille qui étaient disposés à se porter caution et à risquer de perdre des sommes importantes d’argent en cas de manquement aux conditions de l’ordonnance de mise en liberté. Enfin, il a présenté des extraits de la transcription du procès qu’il estimait pertinents pour étayer ses moyens d’appel.

[11] Dans sa décision sur la demande, le juge d’appel a conclu que M. Oland s’était acquitté de son fardeau relativement aux deux premiers critères de la mise en liberté prévus aux al. 679(3)a) et b) du *Code* : son appel n’était pas futile et il se livrerait au besoin. Le juge d’appel a ensuite examiné le critère de l’intérêt public énoncé à l’al. 679(3)c), et l’a divisé en deux volets : la sécurité du public et la confiance du public envers l’administration de la justice.

[12] Tout d’abord, en ce qui concerne la sécurité publique, le juge d’appel a estimé que M. Oland ne présentait pas de « danger pour le public » (par. 15). À cet égard, il a souscrit aux conclusions du juge ayant statué sur la peine, à savoir que M. Oland avait eu jusque-là une bonne conduite, qu’il n’avait pas d’antécédents judiciaires et que l’infraction était en grande partie le fruit de difficultés singulières existant entre lui et son père, difficultés imputables à leurs relations et à la situation.

[13] Pour ce qui est de la confiance du public, le juge d’appel a conclu que la gravité et la brutalité de l’infraction militaient en faveur de la détention de M. Oland. En outre, même si les moyens d’appel qu’il avait présentés pouvaient « nettement être soutenus », ils n’étaient pas à ce point solides qu’ils « garanti[ssaient] » pour ainsi dire « un acquittement ou la tenue d’un nouveau procès » (par. 30 et 32). Tout bien considéré, le juge d’appel n’était pas convaincu que la confiance du public envers l’administration de la justice serait préservée si M. Oland était libéré. Il a par conséquent rejeté la demande de mise en liberté en attendant la décision sur l’appel.

B. *Decision of the Review Panel, 2016 NBCA 15, 446 N.B.R. (2d) 325 (Drapeau C.J. and Larlee and Quigg J.J.A.)*

[14] On application by Mr. Oland under s. 680(1) of the *Code*, the Chief Justice of New Brunswick directed a review of his detention order before a three-judge panel of the court.

[15] In arriving at its decision, the panel adopted a deferential approach to the review, characterizing the appeal judge's decision to detain Mr. Oland as a "judgment call". While the panel recognized that the grounds of appeal put forward by Mr. Oland were "serious", he nonetheless stood convicted of a brutal murder for which he had received a mandatory life sentence. In the circumstances, denying him bail would not render his appeal pointless. Of primary significance, Mr. Oland had failed to show any error in the reasons of the appeal judge that would warrant interference; nor had he persuaded the panel that his detention in the circumstances was clearly unreasonable. Accordingly, the application for review was dismissed.

IV. Analysis

A. *Mootness*

[16] On October 24, 2016, the Court of Appeal of New Brunswick allowed Mr. Oland's appeal from conviction and ordered a new trial. On October 25, 2016, he was granted bail pending his re-trial. In view of these events, the parties were alerted that they should be prepared to address the issue of mootness.

[17] At the commencement of the hearing, the Court raised the issue of mootness and we were urged by the parties and interveners to hear the appeal on its merits. Mr. Oland and the respondent

B. *Décision de la formation de révision, 2016 NBCA 15, 446 R.N.-B. (2^e) 325 (le juge en chef Drapeau et les juges Larlee et Quigg)*

[14] À la suite d'une demande présentée par M. Oland en vertu du par. 680(1) du *Code*, le Juge en chef du Nouveau-Brunswick a ordonné la révision de son ordonnance de détention devant une formation de trois juges de la cour.

[15] La formation a pris sa décision en appliquant une approche empreinte de déférence, considérant que la décision du juge d'appel de détenir M. Oland découlait d'un « jugement personnel », autrement dit qu'il s'agissait d'une question d'appréciation. Bien qu'elle ait reconnu que les moyens d'appel présentés par M. Oland étaient « sérieux », elle a rappelé que M. Oland avait néanmoins été reconnu coupable d'un meurtre brutal pour lequel il s'était vu imposer une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité. Dans les circonstances, le fait de lui refuser une mise en liberté sous caution ne rendrait pas son appel vain. Une importance primordiale a été accordée au fait que M. Oland n'avait pas su démontrer l'existence, dans les motifs du juge d'appel, d'erreurs justifiant une intervention, et qu'il n'avait pas non plus convaincu la formation que sa détention était clairement déraisonnable dans les circonstances. Par conséquent, la demande de révision a été rejetée.

IV. Analyse

A. *Caractère théorique*

[16] Le 24 octobre 2016, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accueilli l'appel de la déclaration de culpabilité de M. Oland, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le 25 octobre 2016, M. Oland a obtenu une mise en liberté sous caution en attendant l'issue de son nouveau procès. Dans ces circonstances, les parties ont été averties qu'elles devraient être prêtes à débattre de la question du caractère théorique.

[17] Au début de l'audience, notre Cour a soulevé la question du caractère théorique, et les parties comme les intervenants nous ont demandé instamment d'entendre le pourvoi sur le fond. M. Oland et

Crown submitted that this Court's decision was potentially of significance to them, as Mr. Oland might find himself in the same situation following his re-trial. In addition, all concerned submitted that guidance was needed from this Court to resolve inconsistent approaches to bail taken by appellate courts across the country. And as bail pending appeal was, by its temporary nature, evasive of appellate review, this was an appropriate case to resolve the conflicting jurisprudence: see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 2.

[18] In view of the unanimous position taken by the parties and interveners, and considering that the appeal meets the criteria established in *Borowski*, the Court determined that it would proceed to hear the appeal on its merits.

B. *Bail Pending Appeal Under Section 679(3) of the Criminal Code*

(1) The Three Statutory Criteria

[19] The three statutory criteria for bail pending appeal are found in s. 679(3) of the *Code*:

679 . . .

(3) In the case of an appeal [against conviction], the judge of the court of appeal may order that the appellant be released pending the determination of his appeal if the appellant establishes that

- (a) the appeal . . . is not frivolous;
- (b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and
- (c) his detention is not necessary in the public interest.

The applicant seeking bail bears the burden of establishing that each criterion is met on a balance

le ministère public intimé ont fait valoir que la décision que nous rendrions pourrait revêtir une certaine importance pour eux, car M. Oland risquait de se retrouver dans la même situation à l'issue de son nouveau procès. De plus, tous les intéressés ont soutenu que notre Cour se devait de fournir des indications qui permettent de trancher parmi les approches contradictoires adoptées par des cours d'appel dans les diverses régions du pays à l'égard de la mise en liberté sous caution. En outre, étant donné que, du fait de sa nature temporaire, la mise en liberté sous caution en attendant la décision sur l'appel ne peut être révisée en appel, la présente affaire constituait une occasion propice pour résoudre les contradictions de la jurisprudence (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 2).

[18] Vu la position unanime des parties et des intervenants, et étant donné que le pourvoi satisfait aux critères établis dans l'arrêt *Borowski*, notre Cour a décidé d'entendre le pourvoi sur le fond.

B. *Mise en liberté sous caution en attendant la décision sur l'appel prévue au par. 679(3) du Code criminel*

(1) Les trois critères établis par la loi

[19] Les trois critères pour la mise en liberté sous caution en attendant la décision sur l'appel sont énoncés au par. 679(3) du *Code* :

679 . . .

(3) Dans le cas d'un appel [d'une déclaration de culpabilité], le juge de la cour d'appel peut ordonner que l'appelant soit mis en liberté en attendant la décision de son appel, si l'appelant établit à la fois :

- a) que l'appel [. . .] n'est pas futile;
- b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance;
- c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public.

Il incombe au demandeur qui sollicite une mise en liberté sous caution d'établir, selon la prépondérance

of probabilities: *R. v. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316 (B.C.C.A.), at pp. 317-18; *R. v. Iyer*, 2016 ABCA 407, at para. 7 (CanLII); *R. v. D’Amico*, 2016 QCCA 183, at para. 10 (CanLII); *R. v. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253, at para. 14.

[20] The first criterion requires the appeal judge to examine the grounds of appeal with a view to ensuring that they are not “not frivolous” (s. 679(3)(a)). Courts have used different language to describe this standard. While not in issue on this appeal, the “not frivolous” test is widely recognized as being a very low bar: see *R. v. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809, at paras. 4-7 (CanLII); *R. v. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132, at para. 38; *R. v. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444, at paras. 6-8; G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at pp. 10-13 to 10-15.

[21] The second criterion requires the applicant to show that “he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the [release] order” (s. 679(3)(b)). The appeal judge must be satisfied that the applicant will not flee the jurisdiction and will surrender into custody as required.

[22] The third criterion requires the applicant to establish that “his detention is not necessary in the public interest” (s. 679(3)(c)). It is upon this criterion that Mr. Oland’s bid for bail pending appeal failed — and it is on this criterion that guidance from the Court is sought. In particular, the parties ask this Court for guidance on how the strength of the grounds of appeal from a conviction should be considered in determining whether detention is necessary in the public interest.

(2) The Farinacci Approach to the Public Interest Criterion

[23] In *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), Arbour J.A. (as she then was) considered the meaning of the words “public interest” in

des probabilités, que chacun de ces critères est respecté (*R. c. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316 (C.A. C.-B.), p. 317-318; *R. c. Iyer*, 2016 ABCA 407, par. 7 (CanLII); *R. c. D’Amico*, 2016 QCCA 183, par. 10 (CanLII); *R. c. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253, par. 14).

[20] Le premier critère requiert du juge d’appel qu’il examine les moyens d’appel en vue de s’assurer qu’ils ne sont « pas futile[s] » (al. 679(3)a)). Les tribunaux ont utilisé des termes différents pour décrire ce critère. Bien que cette question ne soit pas en litige dans le présent pourvoi, il est largement reconnu que le critère exigeant que l’appel ne soit « pas futile » (ci-après le critère de « non-futilité ») est très peu exigeant (voir *R. c. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809, par. 4-7 (CanLII); *R. c. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132, par. 38; *R. c. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444, par. 6-8; G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), p. 10-13 à 10-15).

[21] Suivant le deuxième critère, le demandeur doit démontrer « qu’il se livrera en conformité avec les termes de l’ordonnance [de mise en liberté] » (al. 679(3)b)). Le juge d’appel doit être convaincu que le demandeur ne fuira pas le ressort du tribunal et qu’il se livrera au besoin.

[22] Le troisième critère oblige le demandeur à établir que « sa détention n’est pas nécessaire dans l’intérêt public » (al. 679(3)c)). C’est le critère sur lequel se fonde le rejet de la demande de mise en liberté sous caution de M. Oland en attendant la décision sur l’appel, et le critère à l’égard duquel on a demandé à notre Cour de fournir des précisions. En particulier, les parties demandent à la Cour de donner des indications sur la façon dont il convient d’examiner la solidité des moyens invoqués pour interjeter appel d’une déclaration de culpabilité lorsqu’il s’agit de déterminer si la détention est nécessaire dans l’intérêt public.

(2) Le critère de l’intérêt public selon l’arrêt Farinacci

[23] Dans *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), la juge Arbour, qui siégeait alors à la Cour d’appel, a examiné la signification des mots

the context of s. 679(3)(c). In the course of her careful analysis, she determined that the public interest criterion consisted of two components: public safety and public confidence in the administration of justice (pp. 47-48).

[24] Justice Arbour did not delve into the public safety component. She found that it related to the protection and safety of the public and essentially tracked the familiar requirements of the so-called “secondary ground” governing an accused’s release pending trial (pp. 45 and 47-48). The public confidence component, on the other hand, was more nuanced and required elaboration. It involved the weighing of two competing interests: enforceability and reviewability.

[25] According to Arbour J.A., the enforceability interest reflected the need to respect the general rule of the immediate enforceability of judgments. Reviewability, on the other hand, reflected society’s acknowledgement that our justice system is not infallible and that persons who challenge the legality of their convictions should be entitled to a meaningful review process — one which did not require them to serve all or a significant part of a custodial sentence only to find out on appeal that the conviction upon which it was based was unlawful (pp. 47-49).

[26] Almost a quarter of a century has passed since *Farinacci* was decided. The public interest framework which it established has withstood the test of time. It has been universally endorsed by appellate courts across the country: see, e.g., *R. v. Matteo*, 2016 QCCA 2046, at para. 20 (CanLII); *R. v. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395, at paras. 5-6; *R. v. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100, at paras. 8 and 14-15; *R. v. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69 (C.A.), at paras. 30-34. Moreover, all of the parties and interveners in this appeal are content with the *Farinacci* framework. None has spoken against it; none has asked us to revisit it — and I see no reason to do so. *Farinacci* remains good law in my view.

« intérêt public » dans le contexte de l’al. 679(3)c). Dans sa minutieuse analyse, elle a statué que le critère de l’intérêt public comportait deux volets : la sécurité publique et la confiance du public envers l’administration de la justice (p. 47-48).

[24] La juge Arbour ne s’est pas attardée au volet de la sécurité publique. Elle a conclu qu’il avait trait à la protection et à la sécurité du public et reprenait essentiellement les exigences bien connues de ce qu’on appelle le « motif secondaire » qui régit la mise en liberté d’un accusé en attendant l’issue de son procès (p. 45 et 47-48). Le volet relatif à la confiance du public était quant à lui plus nuancé et requérait des précisions. Il supposait la mise en balance de deux intérêts opposés : la force exécutoire des jugements et le caractère révisable de ceux-ci.

[25] Selon la juge Arbour, l’intérêt basé sur la force exécutoire des jugements reflétait la nécessité de respecter la règle générale du caractère exécutoire immédiat des jugements. L’intérêt fondé sur le caractère révisable des jugements traduisait quant à lui la reconnaissance par la société que notre système de justice n’est pas infaillible et que les personnes qui contestent la légalité de leurs déclarations de culpabilité devraient avoir droit à un processus véritable de révision, à savoir à un processus qui ne les oblige pas à purger l’ensemble ou une partie appréciable de leur peine d’emprisonnement, pour se rendre compte au terme de l’appel que la déclaration de culpabilité sur laquelle cette peine reposait était illégale (p. 47-49).

[26] Presque un quart de siècle s’est écoulé depuis l’arrêt *Farinacci*. Le cadre qu’il a établi relativement à l’intérêt public a résisté à l’épreuve du temps. Il a été universellement adopté par des cours d’appel de diverses régions du pays (voir, p. ex., *R. c. Matteo*, 2016 QCCA 2046, par. 20 (CanLII); *R. c. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395, par. 5-6; *R. c. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100, par. 8 et 14-15; *R. c. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69 (C.A.), par. 30-34). De plus, toutes les parties et tous les intervenants au présent pourvoi sont satisfaits du cadre établi dans *Farinacci*. Personne ne l’a contesté ni ne nous a demandé de le revoir, et je ne vois aucune raison de le faire. Cet arrêt continue d’exposer valablement le droit selon moi.

[27] In so concluding, I should not be taken to mean — nor do I understand *Farinacci* to have said — that the public safety component and the public confidence component are to be treated as silos. To be sure, there will be cases where public safety considerations alone are sufficient to warrant a detention order in the public interest. However, as I will explain, where the public safety threshold has been met by an applicant seeking bail pending appeal, residual public safety concerns or the absence of any public safety concerns remain relevant and should be considered in the public confidence analysis.

[28] The challenge with *Farinacci* arises not from its framework, but from its application in cases where the public confidence component is raised. Appellate judges continue to have difficulty resolving the tension between enforceability and reviewability, especially in cases like the present one, where they are faced with a serious crime on the one hand, and a strong candidate for bail pending appeal on the other.

[29] Fortunately, cases like this tend to be more the exception than the rule. Appellate judges across the country deal with applications for bail pending appeal on a regular basis. Of those, only a fraction are likely to involve the public confidence component. Rarely does this component play a role, much less a central role, in the decision to grant or deny bail pending appeal. As Donald J.A. observed in *Porisky*, at para. 47:

Not every offence is serious enough to engage an assessment of the merits. There is no need to go beyond the frivolous threshold in cases unlikely to arouse a concern about public confidence. . . . [W]e should expect Crown counsel to recognize that the continuum runs from petty theft to first degree murder and to exercise good judgment

[27] En concluant ainsi, je ne veux pas dire — et je ne considère pas non plus qu’il ressort de l’arrêt *Farinacci* — que le volet de la sécurité publique et celui de la confiance du public doivent être considérés isolément. Il y aura assurément des cas où des considérations de sécurité publique seront à elles seules suffisantes pour justifier une ordonnance de détention dans l’intérêt public. Toutefois, comme je vais l’expliquer plus loin, lorsque la personne qui sollicite sa mise en liberté en attendant la décision sur l’appel satisfait au critère préliminaire de la sécurité publique, l’existence de préoccupations résiduelles en matière de sécurité du public ou l’absence de telles préoccupations demeurent des considérations pertinentes, dont il convient de tenir compte dans l’analyse relative à la confiance du public.

[28] Le problème que pose *Farinacci* ne tient pas à son cadre, mais à son application dans des affaires où la confiance du public est invoquée. Les juges d’appel continuent d’éprouver de la difficulté à résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui de leur caractère révisable, particulièrement dans des affaires comme celle qui nous occupe où ils sont en présence, d’une part, d’un crime grave et, d’autre part, d’un bon candidat à une mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel.

[29] Heureusement, les affaires de cette nature relèvent davantage de l’exception que de la règle. Même si des juges d’appel de partout au pays entendent régulièrement des demandes de mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel, une fraction seulement de celles-ci est susceptible de mettre en cause la confiance du public. Cette question joue rarement un rôle — et encore moins un rôle central — dans la décision d’accorder ou de refuser une telle demande. Comme l’a fait remarquer le juge d’appel Donald dans l’arrêt *Porisky*, par. 47 :

[TRADUCTION] Les infractions ne sont pas toutes suffisamment graves pour justifier un examen au fond. Dans les affaires qui ne sont pas susceptibles de soulever une préoccupation relative à la confiance du public, il n’est pas nécessaire d’aller au delà du critère préliminaire de non-futilité. [. . .] [I] est permis de penser que les avocats

in raising public confidence only in those cases where the offence is at the serious end of the scale.

[30] That said, difficult cases do occasionally arise in which the public confidence component is raised. In the hope of assisting appellate judges, I propose to elaborate somewhat on the competing interests of enforceability and reviewability identified in *Farinacci*. In particular, I will point out some of the key factors that inform these interests and provide appellate judges with guidance as to how to weigh them in any given case.

(3) Section 515(10)(c) of the *Criminal Code* Identifies Factors That Inform the Public Confidence Analysis

(a) *The Rationales for Considering Section 515(10)(c)*

[31] In section 679(3)(c) of the *Code*, Parliament has not provided appellate judges with any direction as to how a release pending appeal order is likely to affect public confidence in the administration of justice. Fortunately, it has done so in the admittedly different but related context of bail pending trial. Under s. 515(10)(c), Parliament has identified four factors that judges may consider in assessing whether a detention order is necessary to maintain public confidence in the administration of justice:

515 ...

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

. . . .

(c) if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including

du ministère public sont conscients que le continuum va du menu larcin au meurtre au premier degré et font preuve de jugement en ne soulevant la question de la confiance du public que dans le cas des infractions les plus graves.

[30] Cela dit, il survient effectivement à l'occasion des cas difficiles où se pose la question de la confiance du public. Dans l'espoir d'aider les juges d'appel, je propose d'apporter quelques précisions sur les intérêts opposés mentionnés dans *Farinacci*, à savoir la force exécutoire des jugements et le caractère révisable de ceux-ci. Je soulignerai en particulier certains des facteurs clés qui sous-tendent ces intérêts et qui fournissent aux juges d'appel des indications sur la façon de les soupeser dans un cas donné.

(3) L'alinéa 515(10)c du *Code criminel* fait état de facteurs susceptibles de guider l'analyse relative à la confiance du public

a) *Les raisons d'examiner l'al. 515(10)c*

[31] À l'alinéa 679(3)c du *Code*, le législateur n'a donné aux juges d'appel aucune indication sur la manière dont une ordonnance de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel pourrait porter atteinte à la confiance du public envers l'administration de la justice. Heureusement, il l'a toutefois fait dans le contexte, certes différent mais connexe, de la mise en liberté sous caution en attendant l'issue du procès. À l'alinéa 515(10)c, le législateur a énuméré quatre facteurs dont les juges peuvent tenir compte lorsqu'ils décident si une ordonnance de détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice :

515 ...

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

. . . .

c) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :

- (i) the apparent strength of the prosecution’s case,
- (ii) the gravity of the offence,
- (iii) the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used, and
- (iv) the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more.

[32] While these factors are tailored to the pre-trial context, a corollary form of the interest underlying each exists in the appellate context. In my view, these same factors — with appropriate modifications to reflect the post-conviction context — should be accounted for in considering how, if at all, a release pending appeal order is likely to affect public confidence in the administration of justice.

[33] Approaching the matter this way advances an important policy consideration. It has the virtue of promoting consistency and harmony between the trial and appellate contexts so that, together, they may be seen as providing a cohesive and comprehensive statement of the law governing bail in Canada. Importantly, it accords with the basic principle that, in general, bail should not be more readily accessible for someone who has been convicted of a crime than for someone who is awaiting trial and is presumed innocent. Approaching the two contexts in that fashion can only serve to foster the goals of fairness and coherence and enhance society’s confidence in the administration of justice.

[34] Greater accessibility to bail pending trial is rooted in the presumption of innocence. Accused persons charged with an offence in Canada are presumed to be innocent, and they remain so unless and until their guilt is proved beyond a reasonable doubt. With this in mind, the framers of the *Canadian*

- (i) le fait que l’accusation paraît fondée,
- (ii) la gravité de l’infraction,
- (iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l’usage d’une arme à feu,
- (iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d’emprisonnement ou, s’agissant d’une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d’emprisonnement d’au moins trois ans.

[32] Bien que ces facteurs soient adaptés au contexte qui précède le procès, l’intérêt qui sous-tend chacun d’eux a son corollaire dans le contexte de l’appel. À mon avis, ces mêmes facteurs doivent être pris en considération — avec les adaptations qui s’imposent pour tenir compte du contexte postérieur à la déclaration de culpabilité — afin de déterminer de quelle manière, si tant est qu’elle ait un tel effet, une ordonnance de mise en liberté en attendant l’issue de l’appel pourrait porter atteinte à la confiance du public envers l’administration de la justice.

[33] Le fait d’examiner la question de cette façon favorise une considération de politique générale importante. Cette approche a en effet l’avantage de promouvoir l’uniformité et l’harmonie des règles applicables dans le contexte du procès et dans celui de l’appel, afin qu’il soit possible de considérer que, conjointement, elles énoncent de façon cohérente et exhaustive le droit régissant la mise en liberté sous caution au Canada. Facteur important, cette façon de faire est compatible avec le principe fondamental selon lequel, en règle générale, la mise en liberté sous caution ne devrait pas être plus facile à obtenir par une personne qui a été déclarée coupable d’un crime que par une personne qui attend son procès et qui est présumée innocente. Envisager les deux contextes de cette manière ne peut que favoriser les objectifs d’équité et de cohérence, et accroître la confiance de la société envers l’administration de la justice.

[34] La possibilité accrue d’obtenir une mise en liberté sous caution en attendant l’issue du procès repose sur la présomption d’innocence. Les personnes accusées d’une infraction au Canada sont présumées innocentes et elles le demeurent tant et aussi longtemps que leur culpabilité n’a pas été prouvée hors

Charter of Rights and Freedoms saw fit to include in s. 11(e) the right of every person charged with an offence “not to be denied reasonable bail without just cause”: *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 13.

[35] By contrast, once a conviction is entered, the presumption of innocence is displaced and s. 11(e) of the *Charter* no longer applies. This is reflected in the shift in onus which occurs when a person who has been convicted and sentenced applies for bail pending appeal. Unlike the pre-trial context, where by and large the onus rests on the Crown to establish that an accused should be detained in custody, for appeal purposes, Parliament has seen fit to reverse the onus onto the applicant in all cases.¹

[36] With these thoughts in mind, I turn to the enforceability and reviewability interests to explain how, with appropriate modifications, the public confidence factors listed in s. 515(10)(c) are instructive in identifying the factors that make up the public confidence component in s. 679(3)(c).

(b) *The Enforceability Interest*

[37] In assessing whether public confidence concerns support a pre-trial detention order under s. 515(10)(c), the seriousness of the crime plays an important role. The more serious the crime, the greater the risk that public confidence in the administration of justice will be undermined if the accused is released on bail pending trial. So too for bail pending appeal. In considering the public confidence

¹ Whereas s. 679(3) requires an applicant “to establish” that the three statutory criteria have been met, s. 515(1) generally places the onus on the Crown to “sho[w] cause . . . why the detention of the accused in custody is justified”.

de tout doute raisonnable. Dans cette optique, les auteurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont jugé bon de prévoir, à l’al. 11e) de ce texte, que tout inculpé a le droit « de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable » (*R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 13).

[35] En revanche, une fois la déclaration de culpabilité inscrite, la présomption d’innocence est écartée et l’al. 11e) de la *Charte* cesse de s’appliquer. C’est ce qui ressort du déplacement du fardeau de la preuve qui se produit lorsqu’une personne ayant été déclarée coupable et condamnée à une peine sollicite sa mise en liberté sous caution en attendant l’issue de son appel. Contrairement à ce qu’il a fait dans le contexte antérieur au procès — étape où il incombe généralement au ministère public de démontrer que l’accusé devrait être détenu sous garde —, le législateur a jugé bon, dans le cas des appels, de faire porter ce fardeau au demandeur dans tous les cas¹.

[36] C’est avec ces considérations à l’esprit que je vais maintenant examiner les intérêts liés à la force exécutoire des jugements et au caractère révisable de ceux-ci afin d’expliquer comment, avec les adaptations qui s’imposent, les facteurs relatifs à la confiance du public énumérés à l’al. 515(10)c) sont utiles dans la détermination des facteurs qui composent le volet de l’al. 679(3)c) relatif à la confiance du public.

b) *L’intérêt lié à la force exécutoire des jugements*

[37] La gravité du crime joue un rôle important lorsqu’il s’agit de déterminer si les préoccupations relatives à la confiance du public justifient une ordonnance de détention avant le procès en vertu de l’al. 515(10)c). Plus grave est le crime, plus grand est le risque que la confiance du public envers l’administration de la justice soit minée par la mise en liberté sous caution de l’accusé en attendant l’issue de

¹ Alors que le par. 679(3) oblige le demandeur à « établi[r] » que les trois critères prévus par la loi sont remplis, le par. 515(1) impose généralement au ministère public le fardeau de « fa[ir]e valoir [. . .] des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde ».

component under s. 679(3)(c), I see no reason why the seriousness of the crime for which a person has been convicted should not play an equal role in assessing the enforceability interest.

[38] With that in mind, I return to s. 515(10)(c), where Parliament has set out three factors by which the seriousness of a crime may be determined: the gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence, and the potential length of imprisonment (s. 515(10)(c)(ii), (iii) and (iv)). In my view, these factors are readily transferable to s. 679(3)(c) — the only difference being that, unlike the pre-trial context, an appeal judge will generally have the trial judge's reasons for sentence in which the three factors going to the seriousness of the crime will have been addressed. As a rule, the appeal judge need not repeat this exercise.

[39] I pause here to note that while the seriousness of the crime for which the offender has been convicted will play an important role in assessing the enforceability interest, other factors should also be taken into account where appropriate. For example, public safety concerns that fall short of the substantial risk mark — which would preclude a release order — will remain relevant under the public confidence component and can, in some cases, tip the scale in favour of detention: *R. v. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193, at para. 15; *R. v. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46, at para. 34. The same holds true for lingering flight risks that do not rise to the substantial risk level under s. 679(3)(b). By the same token, the absence of flight or public safety risks will attenuate the enforceability interest.

son procès. Il en va de même pour la mise en liberté sous caution jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel. En ce qui concerne le volet de l'al. 679(3)c relatif à la confiance du public, je ne vois pas pourquoi la gravité du crime pour lequel une personne a été reconnue coupable ne devrait pas jouer un rôle équivalent dans l'appréciation de l'intérêt relatif à la force exécutoire des jugements.

[38] Gardant cela à l'esprit, je reviens à l'al. 515(10)c), où le législateur a énoncé trois facteurs qui permettent de déterminer la gravité d'un crime : la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et la durée possible de l'emprisonnement (sous-al. 515(10)c)(ii), (iii) et (iv)). À mon avis, ces facteurs sont facilement transposables à l'al. 679(3)c), à la seule différence que, contrairement à ce qui se passe dans le contexte antérieur au procès, le juge d'appel bénéficiera généralement des motifs exposés par le juge du procès lors de la détermination de la peine, motifs dans lesquels ce dernier aura examiné les trois facteurs relatifs à la gravité du crime. En règle générale, le juge d'appel n'a pas besoin de refaire cet exercice.

[39] Je m'arrête ici pour souligner que, bien que la gravité du crime pour lequel le délinquant a été reconnu coupable joue un rôle important dans l'appréciation de l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements, d'autres facteurs devraient aussi être pris en considération lorsque cela est indiqué. Par exemple, des préoccupations relatives à la sécurité du public ne constituant pas un risque important — risque qui ferait obstacle à une ordonnance de mise en liberté — demeureront pertinentes à l'égard du volet de la confiance du public et pourront, dans certains cas, faire pencher la balance en faveur de la détention (*R. c. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193, par. 15; *R. c. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46, par. 34). Il en va de même pour les risques de fuite persistants qui ne correspondent pas au risque important visé à l'al. 679(3)b). Dans le même ordre d'idées, l'absence de risques de fuite ou de risques pour la sécurité du public atténuera l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements.

(c) *The Reviewability Interest*

[40] The remaining factor that Parliament has identified as informing public confidence under s. 515(10)(c) is the strength of the prosecution’s case (s. 515(10)(c)(i)). In the appellate context, this translates into the strength of the grounds of appeal — and, as I will explain, in assessing the reviewability interest, the strength of an appeal plays a central role. I say this mindful of the fact that some authorities have expressed concerns about assessing the merits of an appeal beyond the s. 679(3)(a) “not frivolous” criterion: see *R. v. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225, at paras. 31-52; *Parsons*, at paras. 55-59. With respect, I do not see this as a problem.

[41] In my view, allowing a more pointed consideration of the strength of an appeal for purposes of assessing the reviewability interest does not render the “not frivolous” criterion in s. 679(3)(a) meaningless. On the contrary, the “not frivolous” criterion operates as an initial hurdle that produces a categorical “yes” or “no” answer, allowing for the immediate rejection of a release order in the face of a baseless appeal.²

[42] Justice Donald put the matter succinctly, and in my view correctly, in *Porisky*, at para. 37:

² While it is not before us, a similar function may be fulfilled by the “sufficient merit” requirement for bail pending a sentence appeal under s. 679(4)(a) of the *Code*. That provision reads:

679 ...

(4) In the case of an appeal [from sentence], the judge of the court of appeal may order that the appellant be released pending the determination of his appeal or until otherwise ordered by a judge of the court of appeal if the appellant establishes that

(a) the appeal has sufficient merit that, in the circumstances, it would cause unnecessary hardship if he were detained in custody;

c) *L’intérêt lié au caractère révisable des jugements*

[40] Le dernier facteur que le législateur reconnaît, à l’al. 515(10)c), comme facteur qui sous-tend la confiance du public est la solidité du dossier du poursuivant (« le fait que l’accusation paraît fondée »; sous-al. 515(10)c)(i)). Dans le contexte d’un appel, cela correspond à l’existence de moyens d’appel solides et, comme je l’expliquerai plus loin, la solidité de l’appel joue un rôle central dans l’appréciation de l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements. Je dis cela en étant conscient que, dans certains jugements, des réserves ont été exprimées en ce qui concerne une appréciation du mérite de l’appel qui serait plus exigeante que le critère de « non-futilité » énoncé à l’al. 679(3)a) (voir *R. c. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225, par. 31-52; *Parsons*, par. 55-59). En toute déférence, je ne vois aucun problème à de telles appréciations.

[41] À mon avis, le fait de permettre un examen plus poussé de la solidité de l’appel pour l’appréciation de l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements ne vide pas de son sens le critère de « non-futilité » énoncé à l’al. 679(3)a). Au contraire, ce critère constitue une première étape qui aboutit à un « oui » ou à un « non » catégorique, ce qui permet de refuser immédiatement une ordonnance de mise en liberté lorsque l’appel est dénué de fondement².

[42] Le juge d’appel Donald a présenté la question de manière succincte et à mon avis correcte dans l’arrêt *Porisky*, par. 37 :

² Bien que nous ne soyons pas saisis de cette question, il convient de noter que l’exigence prévue à l’al. 679(4)a) du *Code* — selon laquelle, pour pouvoir obtenir une mise en liberté sous caution en attendant qu’il soit statué sur l’appel d’une sentence, l’appel doit être « suffisamment justifié » — pourrait jouer un rôle semblable. Cette disposition est libellée comme suit :

679 ...

(4) Dans le cas d’un appel [d’une sentence], le juge de la cour d’appel peut ordonner que l’appelant soit mis en liberté en attendant la décision de son appel ou jusqu’à ce qu’il en soit autrement ordonné par un juge de la cour d’appel, si l’appelant établit à la fois :

(a) que l’appel est suffisamment justifié pour que, dans les circonstances, sa détention sous garde constitue une épreuve non nécessaire;

The express mention of “not frivolous” in s. 679(3)(a) and “sufficient merit” in s. 679(4)(a) does not, in my view, foreclose consideration of the merits for a purpose other than a threshold test. Once over the threshold, the applicant faces the question of the public interest, a phrase not defined in the legislation but which had to be given some limits if it was to survive constitutional scrutiny. That is what *Farinacci* did. In setting boundaries for the public interest criterion, in particular the public confidence element, *Farinacci* employed the merits assessment for a purpose different from the threshold test. So I see no redundancy; nor do I doubt our authority to consider the merits as part of the public confidence question.

See also: *R. v. Delisle*, 2012 QCCA 1250, at paras. 4 and 52 (CanLII).

[43] Gary T. Trotter, now a Justice of the Court of Appeal for Ontario, reached a similar conclusion in his article “Bail Pending Appeal: The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion” (2001), 45 C.R. (5th) 267, where he explained:

... realistically, most cases do not raise strong claims regarding the public interest, at least not beyond the general concern that all criminal judgments ought to be enforced. . . . However, when an offence is serious, as with murder cases, such that public concern about enforceability is ignited, there should be a more probing inquiry into the chances of success on appeal. It is in this context that the balancing required by *Farinacci* requires some assessment of the merits, separate from the question of whether the appeal is frivolous or not. [Footnotes omitted; p. 270.]

[44] In conducting a more pointed assessment of the strength of an appeal, appellate judges will examine the grounds identified in the notice of appeal with an eye to their general legal plausibility and their foundation in the record. For purposes of this assessment, they will look to see if the grounds of appeal clearly surpass the minimal standard required to meet the “not frivolous” criterion. In my view,

[TRANSLATION] L’utilisation expresse des termes « pas futile » à l’al. 679(3)a) et « suffisamment justifié » à l’al. 679(4)a) n’empêche pas selon moi de considérer le mérite de l’appel dans un autre but que l’application du critère préliminaire. Une fois qu’il a satisfait à ce critère, le demandeur doit répondre à la question de l’intérêt public, expression non définie dans la loi, mais que l’on doit circonscrire si l’on veut qu’elle résiste à un examen constitutionnel. C’est ce qui a été fait dans l’arrêt *Farinacci*. En assortissant de limites le critère de l’intérêt public — en particulier l’élément relatif à la confiance du public — dans cet arrêt, le tribunal a apprécié le mérite de l’appel dans un but différent de l’application du critère préliminaire. Il n’y a donc à mon avis aucune redondance, et je ne doute pas non plus que nous ayons compétence pour considérer le mérite de l’appel dans l’examen de la question de la confiance du public.

Voir aussi : *R. c. Delisle*, 2012 QCCA 1250, par. 4 et 52 (CanLII).

[43] Gary T. Trotter, maintenant juge à la Cour d’appel de l’Ontario, est parvenu à une conclusion analogue dans son article « Bail Pending Appeal : The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion » (2001), 45 C.R. (5th) 267, dans lequel il a donné les explications suivantes :

[TRANSLATION] . . . de façon réaliste, la plupart des affaires ne donnent pas lieu à la présentation d’arguments solides basés sur l’intérêt public, à tout le moins d’arguments qui débordent le souci général que tous les jugements en matière criminelle soient exécutés. [. . .] Toutefois, en présence d’une infraction grave, par exemple dans une affaire de meurtre, qui fait naître chez le public des préoccupations en ce qui a trait à l’exécution du jugement, il devrait y avoir un examen plus poussé des chances de succès de l’appel. C’est dans ce contexte que la mise en balance requise par *Farinacci* exige qu’on apprécie dans une certaine mesure le mérite de l’appel, indépendamment de la question de savoir si l’appel est futile ou non. [Notes en bas de page omises; p. 270.]

[44] En effectuant une appréciation plus poussée de la solidité de l’appel, les juges d’appel examineront les moyens mentionnés dans l’avis d’appel en tenant compte de leur plausibilité générale en droit et des éléments au dossier sur lesquels ils reposent. Lors de cette appréciation, ils se demanderont si les moyens d’appel vont clairement au delà des exigences minimales requises pour qu’il soit satisfait

categories and grading schemes should be avoided. Phrases such as “a prospect of success”, “a moderate prospect of success”, or “a realistic prospect of success” are generally not helpful. Often, they amount to little more than wordsmithing. Worse yet, they are liable to devolve into a set of complex rules that appellate judges will be obliged to apply in assessing the category into which a particular appeal falls.

[45] In the end, appellate judges can be counted on to form their own “preliminary assessment” of the strength of an appeal based upon their knowledge and experience. This assessment, it should be emphasized, is not a matter of guesswork. It will generally be based on material that counsel have provided, including aspects of the record that are pertinent to the grounds of appeal raised, along with relevant authorities. In undertaking this exercise, appellate judges will of course remain mindful that our justice system is not infallible and that a meaningful review process is essential to maintain public confidence in the administration of justice. Thus, there is a broader public interest in reviewability that transcends an individual’s interest in any given case.

[46] As a final matter, I note that the remedy sought on appeal may also inform the reviewability interest. For example, if a successful appeal can result only in a murder conviction being reduced to manslaughter, this will lessen the interest in reviewability, even if the grounds of appeal appear to be strong: *R. v. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174 (B.C.C.A.); *R. v. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62, at para. 5; *R. v. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308, at para. 14; *R. v. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280, at paras. 4-5.

au critère de « non-futilité ». À mon avis, il faut éviter de créer des catégories et des systèmes de classification. Des expressions comme « des chances de succès », « des chances modérées de succès » ou « des chances réelles de succès » ne sont généralement pas utiles. Elles ne constituent souvent guère plus qu’un exercice sémantique. Pire encore, elles risquent d’évoluer en une série de règles complexes que les juges d’appel seront obligés d’appliquer pour déterminer la catégorie à laquelle appartient un appel donné.

[45] En fin de compte, on peut s’en remettre aux juges d’appel pour qu’ils effectuent leur propre « appréciation préliminaire » de la solidité d’un appel sur la base de leurs connaissances et de leur expérience. Cette appréciation, il convient de le souligner, n’est pas le fruit de conjectures. Elle se fonde généralement sur les documents que les avocats ont fournis, notamment des éléments du dossier qui sont pertinents relativement aux moyens d’appel soulevés, ainsi que sur la jurisprudence et d’autres sources pertinentes. En procédant à cet exercice, les juges d’appel garderont bien sûr à l’esprit que notre système de justice n’est pas infallible et qu’un processus véritable de révision est essentiel pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice. Il existe donc un intérêt public plus large en faveur du caractère révisable des jugements qui transcende l’intérêt de l’individu concerné à cet égard dans un cas donné.

[46] Pour terminer, je tiens à souligner que la réparation sollicitée en appel peut aussi jouer un rôle dans l’appréciation de l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements. Si, par exemple, un appel fructueux aura uniquement pour effet de réduire la déclaration de culpabilité pour meurtre à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable, ce facteur amoindrira l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements, et ce, même si les moyens d’appel paraissent solides (*R. c. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174 (C.A. C.-B.); *R. c. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62, par. 5; *R. c. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308, par. 14; *R. c. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280, par. 4-5).

(d) *The Final Balancing*

[47] Appellate judges are undoubtedly required to draw on their legal expertise and experience in evaluating the factors that inform public confidence, including the strength of the grounds of appeal, the seriousness of the offence, public safety and flight risks. However, when conducting the final balancing of these factors, appellate judges should keep in mind that public confidence is to be measured through the eyes of a reasonable member of the public. This person is someone who is thoughtful, dispassionate, informed of the circumstances of the case and respectful of society's fundamental values: *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at paras. 74-80. In that sense, public confidence in the administration of justice must be distinguished from uninformed public opinion about the case, which has no role to play in the decision to grant bail or not.

[48] In balancing the tension between enforceability and reviewability, appellate judges should also be mindful of the anticipated delay in deciding an appeal, relative to the length of the sentence: *R. v. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761 (C.A.), at paras. 41-42. Where it appears that all, or a significant portion, of a sentence will be served before the appeal can be heard and decided, bail takes on greater significance if the reviewability interest is to remain meaningful. In such circumstances, however, where a bail order is out of the question, appellate judges should consider ordering the appeal expedited under s. 679(10) of the *Code*. While this may not be a perfect solution, it provides a means of preserving the reviewability interest at least to some extent.

[49] In the final analysis, there is no precise formula that can be applied to resolve the balance between enforceability and reviewability. A qualitative and contextual assessment is required. In

d) *La mise en balance finale*

[47] Les juges d'appel sont indubitablement tenus de se fonder sur leur expertise et leur expérience en droit pour apprécier les facteurs qui sous-tendent la confiance du public, notamment la solidité des moyens d'appel, la gravité de l'infraction, la sécurité du public et les risques que l'accusé s'enfuie. Toutefois, lorsqu'ils effectuent la mise en balance finale de ces facteurs, les juges d'appel devraient garder à l'esprit que la confiance du public doit être mesurée du point de vue d'un membre raisonnable du public. Il s'agit d'une personne réfléchie, impartiale, bien informée sur les circonstances de l'affaire et respectueuse des valeurs fondamentales de la société (*R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 74-80). En ce sens, la confiance du public envers l'administration de la justice ne saurait être mesurée à l'aune d'une opinion publique mal informée à l'égard du dossier, une telle opinion publique n'ayant aucun rôle à jouer dans la décision d'accorder ou non une mise en liberté sous caution.

[48] Pour résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui de leur caractère révisable, les juges d'appels doivent aussi garder à l'esprit le délai prévu pour que soit tranché l'appel par rapport à la durée de la peine (*R. c. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761 (C.A.), par. 41-42). Lorsqu'il appert que la totalité de la peine, ou une partie appréciable de celle-ci, sera purgée avant que l'appel soit entendu et tranché, la mise en liberté sous caution revêt une plus grande importance si l'on veut que l'intérêt lié au caractère révisable des jugements ait une signification. Toutefois, dans de telles circonstances, lorsqu'il est hors de question d'ordonner une mise en liberté sous caution, les juges d'appel doivent envisager la possibilité de rendre, en vertu du par. 679(10) du *Code*, une ordonnance visant à hâter l'appel. Cette solution n'est peut-être pas parfaite, mais elle permet de préserver, du moins dans une certaine mesure, l'intérêt relatif au caractère révisable des jugements.

[49] En dernière analyse, il n'existe pas de formule précise qui puisse être appliquée pour résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui du caractère révisable de ceux-ci.

this regard, I would reject a categorical approach to murder or other serious offences, as proposed by certain interveners. Instead, the principles that I have discussed should be applied uniformly.

[50] That said, where the applicant has been convicted of murder or some other very serious crime, the public interest in enforceability will be high and will often outweigh the reviewability interest, particularly where there are lingering public safety or flight concerns and/or the grounds of appeal appear to be weak: *R. v. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312, at para. 38; *Baltovich*, at para. 20; *Parsons*, at para. 44.

[51] On the other hand, where public safety or flight concerns are negligible, and where the grounds of appeal clearly surpass the “not frivolous” criterion, the public interest in reviewability may well overshadow the enforceability interest, even in the case of murder or other very serious offences.

[52] Before applying these principles to the case at hand, I propose to address the principles that govern a review hearing under s. 680(1) of the *Code*.

C. *The Review Hearing Under Section 680(1) of the Criminal Code*

[53] In this case, s. 680(1) of the *Code* operates as a review mechanism for an order of a single judge of the Court of Appeal made under s. 679(3). I note, however, that the provision applies as well to certain pre-trial bail orders made by superior court judges for various offences, including murder. For convenience, s. 680(1) is reproduced below:

Une appréciation qualitative et contextuelle est requise. Sur cette question, je rejetterais l’application d’une approche par catégories à l’égard des meurtres ou d’autres infractions graves, approche que proposent certains intervenants. Au contraire, j’estime que les principes que j’ai examinés précédemment devraient être appliqués uniformément.

[50] Cela dit, lorsque le demandeur a été déclaré coupable de meurtre ou d’un autre crime très grave, l’intérêt du public relatif à la force exécutoire des jugements sera élevé et l’emportera souvent sur l’intérêt lié au caractère révisable de ceux-ci, particulièrement dans les cas où il existe des préoccupations persistantes en matière de sécurité publique ou de risques de fuite, où les moyens d’appel semblent faibles, ou les deux (*R. c. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312, par. 38; *Baltovich*, par. 20; *Parsons*, par. 44).

[51] En revanche, lorsque les préoccupations en matière de sécurité publique ou de risques de fuite sont négligeables, et que les moyens d’appel vont clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité », l’intérêt du public lié au caractère révisable des jugements peut très bien l’emporter sur l’intérêt lié à la force exécutoire de ceux-ci, même en cas de meurtre ou d’une autre infraction très grave.

[52] Avant d’appliquer ces principes à l’affaire qui nous occupe, je propose d’examiner les principes qui régissent l’audience de révision prévue au par. 680(1) du *Code*.

C. *L’audience de révision prévue au par. 680(1) du Code criminel*

[53] En l’espèce, le par. 680(1) du *Code* prévoit un mécanisme de révision pour les ordonnances rendues en vertu du par. 679(3) par un juge de la Cour d’appel siégeant seul. Je note toutefois que la disposition s’applique également à certaines ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution rendues avant le procès par un juge d’une cour supérieure pour diverses infractions, dont le meurtre. Pour plus de commodité, je reproduis ci-après le par. 680(1) :

680 (1) A decision made by a judge under section 522 or subsection 524(4) or (5) or a decision made by a judge of the court of appeal under section 261 or 679 may, on the direction of the chief justice or acting chief justice of the court of appeal, be reviewed by that court and that court may, if it does not confirm the decision,

- (a) vary the decision; or
- (b) substitute such other decision as, in its opinion, should have been made.

[54] As the provision makes clear, the review process consists of two stages: first, an initial vetting by the chief justice; and second, a review by the court, if directed by the chief justice. In practice, the review will generally be conducted by a panel of three judges, as it was in this case.

[55] The nature of the review and the standard to be applied by the panel in deciding whether to interfere with the impugned order are factors that the chief justice is likely to take into account in carrying out his or her initial screening function. Accordingly, I find it useful to address the review panel's mandate before addressing the chief justice's screening function.

(1) Panel Review

[56] The parties disagree on the principles governing a s. 680(1) panel review. Mr. Oland and the intervenor Criminal Lawyers' Association (Ontario) ("CLA") submit that a standard of correctness should apply, meaning that the panel should engage in a robust review of the record and come to its own independent determination, irrespective of whether the single judge's decision was tainted by legal error. The respondent Crown and the Attorneys General of Ontario and Alberta submit that a more deferential standard is appropriate — one in which an error of law or principle must be found before intervention will be warranted.

680 (1) Une décision rendue par un juge en vertu de l'article 522 ou des paragraphes 524(4) ou (5) ou une décision rendue par un juge de la cour d'appel en vertu des articles 261 ou 679 peut, sur l'ordre du juge en chef ou du juge en chef suppléant de la cour d'appel, faire l'objet d'une révision par ce tribunal et celui-ci peut, s'il ne confirme pas la décision :

- a) ou bien modifier la décision;
- b) ou bien substituer à cette décision telle autre décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[54] Comme l'indique clairement cette disposition, le processus de révision comporte deux étapes : premièrement, un filtrage initial par le juge en chef, et, deuxièmement, une révision par la cour, si le juge en chef en donne l'ordre. En pratique, la révision sera généralement effectuée par une formation de trois juges, comme cela a été le cas en l'espèce.

[55] La nature de la révision et la norme qui doit être appliquée par la formation pour décider s'il convient ou non de modifier l'ordonnance contestée sont des facteurs que le juge en chef est susceptible de prendre en compte dans l'exercice de sa fonction de filtrage initial. Par conséquent, il est utile à mon avis d'examiner le mandat de la formation de révision avant de se pencher sur la fonction de filtrage du juge en chef.

(1) Révision par la formation

[56] Les parties ne s'entendent pas sur les principes qui régissent la révision effectuée par la formation en vertu du par. 680(1). M. Oland et l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) (« CLA ») soutiennent que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, à savoir que la formation devrait procéder à un examen rigoureux du dossier et parvenir à sa propre décision de façon indépendante, que la décision rendue par le juge siégeant seul soit ou non viciée par une erreur de droit. Le ministère public intimé et les procureurs généraux de l'Ontario et de l'Alberta affirment pour leur part qu'il convient d'appliquer une norme plus déférente — une norme selon laquelle l'intervention n'est justifiée qu'en présence d'une erreur de droit ou de principe.

[57] In support of their position, Mr. Oland and the CLA make two main submissions. First, they point to ss. 520 and 521 of the *Code* — the bail review provisions that apply at the trial stage. Unlike s. 680(1), those provisions require the applicant to “show cause” to succeed on a bail review. In *St-Cloud*, this Court observed that the words “show cause” signal a less interventionist, more deferential approach to bail reviews at the trial stage. In doing so, the Court noted the absence of similar language in s. 680(1) (paras. 97-104). Hence, it is argued that s. 680(1) should be interpreted as invoking a less deferential standard than the standard applicable at trial.

[58] I would not give effect to this argument. While the words “show cause” are not found in s. 680(1), I am not convinced that their absence is as significant as Mr. Oland and the CLA suggest. In the context of a review provision, I would have expected more explicit language than the language used in s. 680(1), if Parliament intended the review to be a process in which the panel could, without more, simply substitute its opinion for that of the judge. In so concluding, I note that in *St-Cloud*, at para. 104, Wagner J. for the Court stated that his comments were not determinative of the type of review contemplated by s. 680(1).

[59] Second, Mr. Oland and the CLA submit that the constitutionality of s. 679(3)(c) hinges on the existence of a robust correctness review. They base this submission on an excerpt from *Farinacci*, where Arbour J.A. stated, at p. 47:

[57] À l’appui de leur thèse, M. Oland et la CLA présentent deux arguments principaux. Premièrement, ils renvoient aux art. 520 et 521 du *Code*, les dispositions qui s’appliquent, à l’étape du procès, à la révision des ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution. Contrairement au par. 680(1), ces dispositions obligent la personne qui demande à un juge de réviser une telle ordonnance à « fai[re] valoir des motifs justifiant de le faire » pour que sa demande soit accueillie. Dans l’arrêt *St-Cloud*, notre Cour a souligné que les mots « fait valoir des motifs justifiant de le faire » traduisent la volonté que l’approche soit moins interventionniste et plus déférente pour la révision des ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution au stade du procès. Ce faisant, elle a fait remarquer que le libellé du par. 680(1) ne renfermait pas de termes semblables (par. 97-104). Par conséquent, il faudrait, plaident-ils, considérer que le par. 680(1) requiert l’application d’une norme moins déférente que celle applicable à l’étape du procès.

[58] Je ne puis accepter cet argument. Bien que les mots « fait valoir des motifs justifiant de le faire » ne figurent pas au par. 680(1), je ne suis pas convaincu que leur absence soit aussi importante que M. Oland et la CLA le prétendent. Dans le contexte d’une disposition en matière de révision, je me serais attendu à un texte plus explicite que celui figurant au par. 680(1) si le législateur avait voulu établir un processus de révision dans lequel la formation pourrait, sans plus, simplement substituer son opinion à celle du juge. En concluant ainsi, je souligne que, dans l’arrêt *St-Cloud*, le juge Wagner, qui s’exprimait alors au nom de la Cour, a précisé au par. 104 que ses observations n’étaient pas déterminantes quant au type de révision que prévoit le par. 680(1).

[59] Deuxièmement, M. Oland et la CLA font valoir que la constitutionnalité de l’al. 679(3)c) tient à l’existence d’un examen rigoureux fondé sur la norme de la décision correcte. Ils fondent cet argument sur un extrait de l’arrêt *Farinacci*, où la juge Arbour a écrit ceci à la p. 47 :

Although its application is often not free from difficulty, and although judges may differ in its application, it is a standard against which the correctness of individual decisions can be assessed. In contrast, a standardless sweep would preclude any debate regarding the correctness of a decision made under its authority as it would authorize judges to pursue their own personal predilections. [Emphasis added.]

[60] I do not find this reference to be persuasive. In *Farinacci*, the Court of Appeal was focused on the constitutionality of s. 679(3)(c), a matter that does not concern us in this appeal. Moreover, the argument assumes that correctness is the only form of meaningful review which can protect against vagueness. While the availability of review may have been important to the Court of Appeal in considering the constitutionality of s. 679(3)(c), it does not follow that the nature of that review must invoke a correctness standard along the lines suggested by Mr. Oland and the CLA. In any event, in the absence of a constitutional challenge, I do not consider it necessary to decide this issue beyond concluding that the comments of the Court of Appeal are not dispositive in settling the nature of review contemplated under s. 680(1).

[61] Ultimately, in my view, a panel reviewing a decision of a single judge under s. 680(1) should be guided by the following three principles. First, absent palpable and overriding error, the review panel must show deference to the judge's findings of fact. Second, the review panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it is satisfied that the judge erred in law or in principle, and the error was material to the outcome. Third, in the absence of legal error, the review panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it concludes that the decision was clearly unwarranted.

[62] This approach allows for meaningful review while extending a measure of deference to the judge's decision. It also achieves symmetry with the review

[TRANSLATION] Bien que son application ne soit souvent pas exempte de difficultés et qu'elle puisse différer en fonction du juge, cette norme permet d'évaluer le caractère correct de décisions individuelles. En revanche, si le contrôle s'effectuait sans recours à une norme, il ne pourrait y avoir de débat sur le caractère correct d'une décision prise sous le régime de cette norme, puisque les juges se verraient autorisés à faire prévaloir leurs préférences personnelles. [Je souligne.]

[60] Je ne trouve pas cet extrait convaincant. Dans *Farinacci*, la Cour d'appel s'est attachée à la constitutionnalité de l'al. 679(3)c), une question qui ne nous intéresse pas en l'espèce. De plus, l'argument suppose qu'une révision selon la norme de la décision correcte est la seule forme d'examen valable pour contrer l'imprécision. Bien que l'existence d'un recours en révision ait pu être un facteur important pour la Cour d'appel dans son examen de la constitutionnalité de l'al. 679(3)c), il ne s'ensuit pas que la nature de cette révision exige l'application d'une norme de la décision correcte conforme à celle que suggèrent M. Oland et la CLA. Quoiqu'il en soit, en l'absence de contestation constitutionnelle, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de se prononcer sur cette question, si ce n'est pour conclure que les observations de la Cour d'appel ne permettent pas de trancher la question de la nature de la révision visée au par. 680(1).

[61] En dernière analyse, je suis d'avis que les trois principes suivants devraient guider la formation chargée de réviser, en vertu du par. 680(1), la décision rendue par un juge siégeant seul. Premièrement, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, la formation de révision doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge. Deuxièmement, elle peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge lorsqu'elle est convaincue que celui-ci a commis une erreur de droit ou de principe, et que cette erreur était importante quant à l'issue de l'affaire. Troisièmement, en l'absence d'une erreur de droit, la formation de révision peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge dans les cas où elle conclut que celle-ci était clairement injustifiée.

[62] Cette approche permet une véritable révision tout en prévoyant qu'une certaine déférence s'impose à l'égard de la décision du juge. Elle assure aussi

process at the trial stage, save for those offences identified in s. 469 of the *Code*, for which the review process is governed by s. 680(1). This symmetry is important because, as Gary T. Trotter explains in *The Law of Bail in Canada*, it avoids an anomaly that would otherwise result:

Focusing on the review of pre-trial bail orders, endorsing a correctness standard in the application of s. 680 creates differential standards of review for s. 469 vs. non-469 offences. It will allow a more generous scope of review in respect of the most serious offences in the *Criminal Code*. . . . There is no principled reason that supports a situation where someone detained on a murder charge enjoys a broader scope of review under s. 680 when compared to a person charged with manslaughter or attempted murder (both non-s. 469 offences) who is dealt with under the narrower s. 520. [p. 8-31]

(2) The Chief Justice's Discretion to Direct a Review

[63] There is no formal procedure in the *Code* governing the chief justice's decision to direct a panel review. We are told that courts of appeal have adopted different approaches and levels of formality. The procedural aspects of the gatekeeping function are not before us and I do not propose to address them. Some guidance can, however, be given as to the test a chief justice should apply in deciding whether to direct a panel review.

[64] The test, as I see it, should be relatively straightforward in its application. It flows from the principles the panel is required to apply when conducting a review. In short, the chief justice should consider directing a review where it is arguable that the judge committed material errors of fact or law in arriving at the impugned decision, or that the

une symétrie avec le processus de révision applicable au stade du procès, sauf en ce qui concerne les infractions mentionnées à l'art. 469 du *Code*, pour lesquelles ce processus est régi par le par. 680(1). Cette symétrie est importante parce que, comme Gary T. Trotter l'explique dans son ouvrage intitulé *The Law of Bail in Canada*, elle permet d'éviter une anomalie :

[TRADUCTION] Si l'on s'attache à la révision des ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution rendues avant le procès, le fait d'adopter la norme de la décision correcte pour les besoins de l'art. 680 se traduit par l'application de normes de révision différentes pour les infractions visées à l'art. 469 et pour celles qui ne le sont pas. Cela aura pour effet d'autoriser une révision de portée plus large à l'égard des infractions les plus graves du *Code criminel*. [. . .] Aucune raison logique ne justifie une situation où une personne détenue par suite d'une accusation de meurtre jouirait d'une révision de portée plus large en vertu de l'art. 680 qu'une personne accusée d'homicide involontaire coupable ou de tentative de meurtre (deux infractions non visées à l'art. 469), personne relevant du régime plus étroit de l'art. 520. [p. 8-31]

(2) Le pouvoir discrétionnaire du juge en chef d'ordonner une révision

[63] Le *Code* ne prévoit aucune procédure précise en ce qui concerne la décision du juge en chef d'ordonner une révision par une formation. On nous rapporte que les cours d'appel ont adopté différentes approches et différents degrés de formalisme. On ne nous a pas demandé de nous prononcer sur les aspects procéduraux de la fonction de gardien du processus judiciaire qu'exerce le juge en chef, et je n'entends pas le faire. Il est cependant possible de donner certaines précisions sur le critère que ce dernier devrait appliquer pour décider s'il convient ou non d'ordonner une révision par une formation.

[64] À mon sens, ce critère devrait être relativement simple à appliquer. Il découle des principes que la formation doit appliquer pour effectuer une révision. En résumé, le juge en chef devrait envisager d'ordonner une révision dans les cas où il est possible de soutenir que le juge a commis des erreurs importantes de fait ou de droit lorsqu'il a rendu la

impugned decision was clearly unwarranted in the circumstances.

V. Application to This Case

[65] By all accounts, aside from the seriousness of the offence for which Mr. Oland was convicted, he presented as an ideal candidate for bail. The notoriety of this case, which stemmed largely from his prominence in the community, and any uninformed public opinion about it, were rightly ignored by the appeal judge. Mr. Oland, I emphasize, was entitled to the same treatment as someone less prominent.

[66] In the circumstances, there is considerable merit to Mr. Oland's submission that if *he* did not qualify for release, no one convicted of a similarly serious offence would ever be released, absent a showing of unique or exceptionally strong grounds of appeal. That cannot be right. Parliament did not restrict the availability of bail pending appeal for persons convicted of murder or any other serious crime and courts should respect this. Thus, for the purposes of s. 679(3)(c), even in the case of very serious offences, where there are no public safety or flight concerns and the grounds of appeal clearly surpass the "not frivolous" criterion, a court may well conclude that the reviewability interest overshadows the enforceability interest such that detention will not be necessary in the public interest.

[67] Every case is different and there may be operative factors in other cases, such as a prior criminal record, public safety and flight risk concerns, or a weaker release plan, which could raise concerns warranting detention. Emphatically, a contextual

décision contestée, ou que celle-ci était clairement injustifiée dans les circonstances.

V. Application à l'espèce

[65] Mis à part la gravité de l'infraction pour laquelle il a été déclaré coupable, M. Oland paraissait, de l'avis général, un candidat idéal pour une mise en liberté sous caution. C'est à juste titre que le juge d'appel a fait abstraction de la notoriété de l'affaire — laquelle découlait en grande partie du fait que M. Oland était une personne bien en vue dans la collectivité — et de toute opinion publique mal informée au sujet de celle-ci. Je tiens à souligner que M. Oland avait le droit d'être traité de la même manière qu'une personne moins connue que lui.

[66] Dans les circonstances, un mérite considérable doit être accordé à l'argument de M. Oland selon lequel si *lui* ne satisfait pas aux critères de la mise en liberté sous caution, aucune personne déclarée coupable d'une infraction d'une gravité semblable ne sera jamais libérée sous caution en l'absence de moyens d'appel hors du commun ou exceptionnellement solides. Une telle situation ne serait pas acceptable. Le législateur n'a pas restreint la possibilité pour les personnes reconnues coupables de meurtre ou de tout autre crime grave d'obtenir une mise en liberté sous caution en attendant l'issue de leur appel, et les tribunaux devraient respecter cela. En conséquence, pour l'application de l'al. 679(3)c) et même dans le cas d'infractions très graves, lorsqu'il n'existe pas de préoccupations en matière de sécurité publique ou de risques de fuite et que les moyens d'appel vont clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité », un tribunal peut fort bien conclure que l'intérêt relatif au caractère révisable des jugements l'emporte sur l'intérêt lié à la force exécutoire de ceux-ci et que, pour cette raison, la détention ne sera pas nécessaire dans l'intérêt public.

[67] Chaque cas est différent et il pourrait y avoir des facteurs clés dans d'autres affaires, par exemple l'existence d'antécédents judiciaires, des préoccupations en matière de sécurité publique et de risques de fuite, ou encore un plan de libération peu solide,

analysis that can account for these differences is required.

[68] In this case, the appeal judge was satisfied that there were no appreciable public safety or flight risk concerns and the grounds of appeal were “clearly arguable” — which I take to mean that they clearly surpassed the “not frivolous” criterion. Those findings are not challenged on appeal. In addition, the appeal judge overlooked what I consider to be an important finding made by the trial judge, namely, that in the circumstances, Mr. Oland’s crime gravitated more toward the offence of manslaughter than to first degree murder. This finding was important because it served to lessen Mr. Oland’s degree of moral blameworthiness, thereby attenuating the seriousness of the crime and hence the enforceability interest. In my view, the cumulative effect of these considerations ought to have tipped the scale in favour of release. In other words, Mr. Oland’s detention was clearly unwarranted and the Court of Appeal erred in failing to intervene.

[69] While that is sufficient to dispose of this appeal, I feel obliged to identify a legal error that the appeal judge made in his analysis. In particular, his reasons indicate that he did not apply the correct test in assessing the strength of Mr. Oland’s appeal and the implications flowing from it. Much as he was satisfied that Mr. Oland had raised “clearly arguable” grounds of appeal, this was not enough. As the following excerpt from his reasons shows, he required more, something in the nature of unique circumstances that would have virtually assured a new trial or an acquittal:

In the end, the reasonable member of the public, looking at this dispassionately, would balance the fact that the offence for which Mr. Oland was convicted ranks among the most serious in the *Criminal Code*, as well as the brutality with which the offence was committed and the trial

qui pourraient susciter des inquiétudes justifiant une détention. Il est évident qu’une analyse contextuelle permettant de tenir compte de ces différences est nécessaire.

[68] En l’espèce, le juge d’appel était convaincu qu’il n’existait aucune préoccupation importante en matière de sécurité publique ou de risques de fuite et que les moyens d’appel pouvaient « nettement être soutenus », ce qui, à mon avis, signifie qu’ils allaient clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité ». Ces conclusions ne sont pas contestées en appel. En outre, le juge d’appel a fait abstraction de ce que je considère être une conclusion importante tirée par le juge du procès, à savoir que, dans les circonstances, le crime commis par M. Oland se rapprochait davantage de l’infraction d’homicide involontaire coupable que de celle de meurtre au premier degré. Cette conclusion était importante parce qu’elle contribuait à réduire le degré de culpabilité morale de M. Oland, et qu’elle atténuait par le fait même la gravité du crime et, partant, l’intérêt lié à la force exécutoire des jugements. Cumulativement, ces considérations auraient dû, à mon avis, faire pencher la balance du côté de la libération. Autrement dit, la détention de M. Oland était clairement injustifiée et la Cour d’appel a commis une erreur en n’intervenant pas.

[69] Bien que cela suffise pour trancher le présent pourvoi, il me faut relever une erreur de droit dans l’analyse effectuée par le juge d’appel. Plus particulièrement, ses motifs indiquent que celui-ci n’a pas appliqué le critère approprié pour apprécier la solidité de l’appel de M. Oland et les conséquences qui en découlent. Même s’il était convaincu que M. Oland avait soulevé des moyens d’appel qui pourraient « nettement être soutenus », cela ne suffisait pas. Comme le montre l’extrait suivant de ses motifs, il a exigé quelque chose de plus, telles des circonstances uniques qui auraient garanti pour ainsi dire la tenue d’un nouveau procès ou un acquittement :

En définitive, le membre raisonnable du public porterait sur l’affaire un regard impartial et mettrait dans la balance, d’une part la gravité du crime dont M. Oland a été déclaré coupable, qui compte parmi les plus terribles du *Code criminel*, la perpétration brutale du crime et la

judge's imposition of a life sentence, against the other factors that weigh in favour of Mr. Oland's release. In my respectful view, that reasonable member of the public would find that, although the grounds of appeal may be clearly arguable, none fall in the category of the unique circumstances that would virtually assure a new trial or an acquittal. In the end, I am forced to conclude that knowing all this, should Mr. Oland be released in these circumstances, the confidence of the reasonable member of the public in the administration of criminal justice would be undermined. [Emphasis added; para. 32.]

Respectfully, he erred in this regard. That Mr. Oland's grounds were "clearly arguable" was enough to establish that they clearly surpassed the "not frivolous" criterion.

[70] In the result, had intervening events not rendered the appeal moot, I would have set aside Mr. Oland's detention order and ordered his release pending appeal. However, because the appeal is moot, I would simply allow the appeal and make no further order.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto; Gary A. Miller Professional Corporation, Upper Kingsclear, New Brunswick; Cox & Palmer, Saint John.

Solicitor for the respondent: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

peine d'emprisonnement à perpétuité prononcée par le juge du procès, d'autre part les facteurs favorables à la mise en liberté. À mon respectueux avis, il conclurait que, s'il se peut que les moyens d'appel puissent nettement être soutenus, aucun ne ressortit aux circonstances uniques qui garantiraient pratiquement un acquittement ou la tenue d'un nouveau procès. En somme, je suis contraint de conclure que, sachant tout cela, le membre raisonnable du public verrait sa confiance dans l'administration de la justice criminelle minée si M. Oland était mis en liberté dans les circonstances. [Je souligne; par. 32.]

En toute déférence, il a commis une erreur à cet égard. Le fait que les moyens invoqués par M. Oland pouvaient « nettement être soutenus » suffisait pour établir qu'ils allaient clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité ».

[70] Par conséquent, si les événements survenus dans l'intervalle n'avaient pas rendu le pourvoi théorique, j'aurais annulé l'ordonnance de détention de M. Oland et ordonné sa mise en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel. Toutefois, comme le pourvoi est théorique, je suis d'avis de simplement accueillir celui-ci et de ne rendre aucune autre ordonnance.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto; Gary A. Miller Professional Corporation, Upper Kingsclear, Nouveau-Brunswick; Cox & Palmer, Saint John.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Brauti Thorning Zibarras, Toronto; Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Presser Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Brauti Thorning Zibarras, Toronto; Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Presser Barristers, Toronto.