

**Her Majesty the Queen in Right of  
Canada** *Appellant*

v.

**Kevin Antic** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association and  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. ANTIC**

**2017 SCC 27**

File No.: 36783.

2016: December 2; 2017: June 1.

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

**ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR  
COURT OF JUSTICE**

*Constitutional law — Charter of Rights — Right not to be denied reasonable bail without just cause — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Bail review judge finding geographic limitation infringes s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms as it has effect of denying accused bail — Bail review judge striking down limitation and ordering accused's release with cash deposit and surety — Whether s. 515(2)(e) of Criminal Code infringes s. 11(e) of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).*

*Criminal law — Interim release — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Principles and guidelines governing application of interim release provisions — Proper interpretation and*

**Sa Majesté la Reine du chef du  
Canada** *Appelante*

c.

**Kevin Antic** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles et  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ANTIC**

**2017 CSC 27**

N° du greffe : 36783.

2016 : 2 décembre; 2017 : 1 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE  
JUSTICE DE L'ONTARIO**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)(e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus d'une caution, comme condition de la mise en liberté — Conclusion du juge saisi de la demande de révision de l'ordonnance relative à la mise en liberté sous caution portant que la limite géographique contrevient à l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés parce qu'elle a pour effet de priver l'accusé d'une mise en liberté sous caution — Juge saisi de la demande de révision annulant cette limite et ordonnant la libération de l'accusé avec dépôt d'argent et caution — L'article 515(2)(e) du Code criminel porte-t-il atteinte à l'art. 11e) de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)(e).*

*Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)(e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus de la caution, comme condition de la mise en liberté — Principes et*

*application of s. 515(2)(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).*

A was arrested and charged with several drug and firearms offences. He was denied release at his bail hearing, and sought review of the detention order. The bail review judge declined to vacate the order, indicating that he would have released A if he could have imposed both a surety and a cash deposit as release conditions. However, s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* permits a justice of the peace or judge to require both a cash deposit and surety supervision only if the accused is from out of the province or does not ordinarily reside within 200 km of the place in which he or she is in custody. As an Ontario resident living within 200 km of the place in which he was detained, A did not meet these criteria. A brought a subsequent bail review application, challenging the constitutionality of s. 515(2)(e). The bail review judge found that since the geographical limitation in s. 515(2)(e) prevented him from granting bail on the terms that he deemed appropriate, the provision violated the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Charter*. He severed and struck down the geographical limitation in s. 515(2)(e) and ordered A's release with a surety and a cash deposit of \$100,000.

*Held:* The appeal should be allowed and the declaration of constitutionality reversed.

The right not to be denied reasonable bail without just cause is an essential element of an enlightened criminal justice system. It entrenches the effect of the presumption of innocence at the pre-trial stage of the criminal trial process and safeguards the liberty of accused persons. This right has two aspects: a person charged with an offence has the right not to be denied bail without just cause and the right to reasonable bail. Under the first aspect, a provision may not deny bail without “just cause” — there is just cause to deny bail only if the denial occurs in a narrow set of circumstances, and the denial is necessary to promote the proper functioning of the bail system and is not undertaken for any purpose extraneous to that system. The second aspect, the right to reasonable bail, relates to the terms of bail, including the quantum of any monetary component and other restrictions that are imposed

*lignes directrices régissant l'application des dispositions en matière de mise en liberté provisoire — Interprétation et application appropriées de l'art. 515(2)e — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)e.*

A a été arrêté et accusé de plusieurs infractions liées à la drogue et aux armes à feu. Il s'est vu refuser la libération à l'audience relative à sa mise en liberté sous caution, et il a demandé la révision de l'ordonnance de détention prononcée contre lui. Le juge saisi de la demande de révision a refusé d'annuler l'ordonnance, indiquant qu'il aurait libéré A s'il avait pu exiger une caution et un dépôt d'argent comme conditions de sa mise en liberté. Cependant, l'al. 515(2)e du *Code criminel* ne permet à un juge de paix ou à un juge d'exiger un dépôt d'argent et la surveillance par une caution que si l'accusé vient de l'extérieur de la province où il est sous garde ou qu'il ne réside pas ordinairement dans un rayon de 200 km du lieu où il est sous garde. En tant que résidant de l'Ontario vivant dans un rayon de 200 km du lieu où il était sous garde, A ne satisfaisait pas à ces critères. Dans une demande de révision ultérieure, A a contesté la constitutionnalité de l'al. 515(2)e. Le juge saisi de la demande de révision a conclu que, comme la limite géographique prévue à l'al. 515(2)e l'empêchait d'accorder une mise en liberté aux conditions qu'il estimait indiquées, cette disposition portait atteinte au droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) de la *Charte*. Il a retranché et annulé la limite géographique prévue à l'al. 515(2)e) et il a ordonné la mise en liberté de A avec caution et dépôt d'une somme de 100 000 \$.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la déclaration d'inconstitutionnalité est infirmée.

Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable est un élément essentiel d'un système de justice pénale éclairé. Il consacre l'effet de la présomption d'innocence à l'étape préalable au procès criminel et protège la liberté des accusés. Ce droit comporte deux volets : l'inculpé a le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté sous caution et le droit à un cautionnement raisonnable. Le premier volet veut qu'une disposition ne puisse priver sans « juste cause » l'accusé d'une mise en liberté sous caution; le refus d'accorder une mise en liberté sous caution ne repose sur une juste cause que si celle-ci n'est refusée que dans certains cas bien précis, et que le refus s'impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et qu'on n'y recourt pas à des fins extérieures à ce système. Le deuxième volet, le droit à une

on the accused for the release period. It protects accused persons from conditions and forms of release that are unreasonable.

While a bail hearing is an expedited procedure, the bail provisions are federal law and must be applied consistently and fairly in all provinces and territories. A central part of the Canadian law of bail consists of the ladder principle and the authorized forms of release, which are found in s. 515(1) to (3) of the *Criminal Code*. Save for exceptions, an unconditional release on an undertaking is the default position when granting release. Alternative forms of release are to be imposed in accordance with the ladder principle, which must be adhered to strictly: release is favoured at the earliest reasonable opportunity and on the least onerous grounds. If the Crown proposes an alternate form of release, it must show why this form is necessary for a more restrictive form of release to be imposed. Each rung of the ladder must be considered individually and must be rejected before moving to a more restrictive form of release. Where the parties disagree on the form of release, it is an error of law for a judge to order a more restrictive form without justifying the decision to reject the less onerous forms. A recognizance with sureties is one of the most onerous forms of release, and should not be imposed unless all the less onerous forms have been considered and rejected as inappropriate. It is not necessary to impose cash bail on accused persons if they or their sureties have reasonably recoverable assets and are able to pledge those assets to the satisfaction of the court. A recognizance is functionally equivalent to cash bail and has the same coercive effect. Cash bail should be relied on only in exceptional circumstances in which release on a recognizance with sureties is unavailable. When cash bail is ordered, the amount must not be set so high that it effectively amounts to a detention order, which means that the amount should be no higher than necessary to satisfy the concern that would otherwise warrant detention and proportionate to the means of the accused and the circumstances of the case. The judge is under a positive obligation to inquire into the ability of the accused to pay. Terms of release under s. 515(4) should only be imposed to the extent that they are necessary to address concerns related to the statutory criteria for detention and to ensure that the accused is released. They must not be imposed to change an accused person's behaviour or to punish an accused person. Where a bail

mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, se rapporte aux conditions de la mise en liberté sous caution, y compris le montant fixé et les autres restrictions imposées à l'accusé pendant qu'il est en liberté. Il protège les accusés des conditions et des formes de mise en liberté qui sont déraisonnables.

Bien que l'audience relative à la mise en liberté sous caution constitue une procédure accélérée, les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution relèvent du droit fédéral et doivent être appliquées de façon uniforme et équitable dans toutes les provinces et tous les territoires. Le principe de l'échelle et les formes de mise en liberté autorisées, prévus aux par. 515(1) à (3) du *Code criminel*, constituent des éléments fondamentaux du droit canadien en matière de liberté sous caution. Sauf exceptions, une mise en liberté inconditionnelle sur remise d'une promesse constitue la solution par défaut à adopter lorsqu'il s'agit d'accorder une mise en liberté. L'imposition d'autres formes de mise en liberté doit se faire conformément au principe de l'échelle, lequel doit être suivi rigoureusement : on favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et aux conditions les moins sévères possible. S'il propose une forme plus restrictive de mise en liberté, le ministère public doit démontrer la nécessité de celle-ci pour qu'il soit possible de l'imposer. Chaque échelon de l'échelle doit être examiné de façon individuelle et doit être écarté avant qu'il soit possible de passer à une forme plus restrictive de mise en liberté. En cas de désaccord des parties sur la forme de mise en liberté à accorder, le juge commet une erreur de droit en ordonnant une forme plus restrictive de mise en liberté sans justifier sa décision d'écarter les formes moins sévères. La mise en liberté avec engagement et caution est l'une des formes les plus sévères de mise en liberté, et ne devrait être imposée que dans le cas où toutes les formes moins sévères ont été examinées et écartées en raison de leur caractère inapproprié. Il n'est pas nécessaire d'imposer un cautionnement en espèces à des accusés si eux-mêmes ou leurs cautions possèdent des biens recouvrables par des moyens raisonnables et s'ils sont en mesure, à la satisfaction du tribunal, de mettre ceux-ci en gage. Un engagement est l'équivalent fonctionnel du cautionnement en espèces et a le même effet coercitif. Le cautionnement en espèces ne devrait être imposé qu'en présence de circonstances exceptionnelles où un engagement avec caution est impossible. Lorsqu'un cautionnement en espèces est ordonné, le montant fixé ne doit pas être élevé au point où il équivaut dans les faits à une ordonnance de détention; autrement dit, ce montant

review is requested, courts must follow the bail review process set out in *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328.

In the instant case, s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* did not have the effect of denying A bail — it was the bail review judge’s application of the bail provisions that did so. The bail review judge committed two errors in fashioning A’s release order. First, by requiring a cash deposit with a surety, one of the most onerous forms of release, he failed to adhere to the ladder principle. Even though A had offered a surety with a monetary pledge, the bail review judge was fixated on and insisted on a cash deposit because he believed the erroneous assumption that cash is more coercive than a pledge. Second, the bail review judge erred in making his decision on the basis of speculation as to whether A might believe that forfeiture proceedings would not be taken against his elderly grandmother if he breached his bail terms. A judge cannot impose a more onerous form of release solely because he or she speculates that the accused will not believe in the enforceability of a surety or a pledge. Parliament expressly authorized the possibility of an accused being released on entering into a recognizance with sureties in the place of cash bail, and judges should not undermine the bail scheme by speculating, contrary to any evidence and to Parliament’s intent, that requiring cash will be more effective.

Given that s. 515(2)(e) did not have the effect of denying A bail, it cannot be concluded that this provision denies him bail without just cause. Thus, the first aspect of the s. 11(e) *Charter* right is not triggered. As to the second aspect of the s. 11(e) right, it does not need to be addressed because, properly interpreted, s. 515(2)(e) does not apply to A and cannot therefore authorize an unreasonable form

ne devrait pas être plus élevé que nécessaire pour dissiper la préoccupation qui justifierait par ailleurs la détention de l’accusé, et devrait être proportionné aux moyens de l’accusé et aux circonstances de l’affaire. Le juge a l’obligation positive de s’enquérir de la capacité de l’accusé de payer. Les conditions de mise en liberté visées au par. 515(4) ne devraient être imposées que dans la mesure où elles sont nécessaires pour dissiper les préoccupations liées aux critères légaux de détention et pour permettre la mise en liberté de l’accusé. Elles ne doivent pas être imposées pour modifier le comportement de l’accusé ou pour le punir. Lorsqu’une demande de révision d’une ordonnance relative à la mise en liberté sous caution lui est présentée, le tribunal doit suivre le processus de révision applicable à cet égard énoncé dans *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328.

En l’espèce, l’al. 515(2)e) du *Code criminel* n’a pas eu pour effet de priver A d’une mise en liberté sous caution; c’est l’application des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution par le juge saisi de la demande de révision qui a eu un tel effet. Celui-ci a commis deux erreurs en établissant l’ordonnance de mise en liberté de A. Premièrement, en exigeant un dépôt en argent et une caution, soit l’une des formes les plus sévères de mise en liberté, il n’a pas respecté le principe de l’échelle. Bien que A ait offert un engagement monétaire avec caution, le juge saisi de la demande de révision a exigé avec insistance un dépôt d’argent, ayant adopté l’hypothèse erronée selon laquelle l’argent est plus coercitif qu’un engagement. Deuxièmement, celui-ci a commis une erreur en rendant sa décision sur la base de l’hypothèse selon laquelle A pourrait croire qu’on n’introduirait pas de procédure en confiscation contre sa grand-mère âgée s’il ne respectait pas les conditions de sa mise en liberté. Un juge ne peut imposer une forme plus sévère de mise en liberté simplement parce qu’il suppose que l’accusé ne croira pas à la force exécutoire d’une caution ou d’un engagement. Le législateur a expressément prévu la possibilité pour l’accusé d’être mis en liberté moyennant un engagement assorti d’une caution, au lieu du dépôt d’un cautionnement en espèces; les juges ne devraient pas miner le régime de mise en liberté sous caution en supposant, à l’encontre de la preuve et de l’intention du législateur, qu’il sera plus efficace d’exiger de l’argent.

Comme l’al. 515(2)e) n’a pas eu pour effet de priver A d’une mise en liberté sous caution, on ne peut conclure qu’il prive celui-ci sans juste cause d’une telle mise en liberté. En conséquence, le premier volet du droit garanti par l’al. 11e) de la *Charte* n’entre pas en jeu. De plus, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur le deuxième volet de ce droit, car, dûment interprété, l’al. 515(2)e) ne

of release in his case. Had the bail review judge applied the bail provisions properly, A could have been granted reasonable bail. Accordingly, the bail review judge's declaration of unconstitutionality should be reversed and the cash-plus-surety release ordered should be replaced with a cash-only release under s. 515(2)(d) on the same terms as those previously imposed, since A has already posted the cash deposit.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Canada (Minister of Justice) v. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1; *United States of America v. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199; *R. v. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370; *R. v. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140; *R. v. Saunter*, 2006 ABQB 808; *R. v. Rowan*, 2011 ONSC 7362; *R. v. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Keenan and The Queen* (1979), 57 C.C.C. (2d) 267; *R. v. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575; *R. v. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. v. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288; *R. v. Omeasoo*, 2013 ABPC 328; 576 A.R. 357; *R. v. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30.  
*Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37.  
*Bill of Rights (Eng.)*, 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(e).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 469, 515(1), (2), (3), (4), (6), (10), 520.  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 451, 463(3).  
*Statutes of Westminster, The First (Eng.)*, 1275, 3 Edw. 1, c. 15.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

s'applique pas à A et ne saurait donc autoriser une forme déraisonnable de mise en liberté en ce qui le concerne. Si le juge saisi de la demande de révision avait appliqué les dispositions en matière de mise en liberté sous caution de manière appropriée, A aurait pu se voir accorder une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable. En conséquence, la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il a prononcée devrait être infirmée, et son ordonnance de mise en liberté avec dépôt d'argent et caution devrait être remplacée par une ordonnance de mise en liberté avec dépôt d'argent seulement, conforme à l'al. 515(2)d) et assortie des mêmes conditions que celles imposées antérieurement, étant donné que A a déjà effectué le dépôt d'argent.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Canada (Minister of Justice) c. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1; *United States of America c. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199; *R. c. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370; *R. c. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140; *R. c. Saunter*, 2006 ABQB 808; *R. c. Rowan*, 2011 ONSC 7362; *R. c. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Keenan c. Stalker Mun. J.* (1979), 12 C.R. (3d) 135; *R. c. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575; *R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. c. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288; *R. c. Omeasoo*, 2013 ABPC 328; 576 A.R. 357; *R. c. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192.

### Lois et règlements cités

*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, c. 30.  
*Bill of Rights (Angl.)*, 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11e).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 469, 515(1), (2), (3), (4), (6), (10), 520.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51, art. 451, 463(3).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1).  
*Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, c. 37.  
*Statutes of Westminster, The First (Angl.)*, 1275, 3 Edw. 1, c. 15.

**Authors Cited**

- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969 [Ouimet Report].
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, p. 3118.
- Canadian Civil Liberties Association and Education Trust. *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (online: <https://ccla.org/cclanewsitewp-content/uploads/2015/02/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_1_eng.pdf)).
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.
- Friedland, Martin L. "The Bail Reform Act Revisited" (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315.
- Irving, Nancy L. *Alberta Bail Review: Endorsing a Call for Change*, 2016 (online: <https://open.alberta.ca/dataset/2532e913-c5c6-4316-842d-b1cf39217994/resource/4c134128-7c59-4057-8fdd-dbd0ce0a9ae8/download/AlbertaBailReview-REPORT.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_2\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_2_eng.pdf)).
- Roach, Kent. "A Charter Reality Check: How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System?" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), 2015 ONSC 6593, declaring s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* unconstitutional and granting the accused judicial interim release. Appeal allowed.

*Nick Devlin and Amber Pashuk*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

*Jonathan Shime*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

**Doctrine et autres documents cités**

- Association canadienne des libertés civiles et le Fidéi-commis canadien d'éducation en libertés civiles. *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (en ligne : <https://ccla.org/cclanewsitewp-content/uploads/2015/02/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_1_eng.pdf)).
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3118.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 [Rapport Ouimet].
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*, Toronto, University of Toronto Press, 1965.
- Friedland, Martin L. « The Bail Reform Act Revisited » (2012), 16 *Rev. can. D.P.* 315.
- Irving, Nancy L. *Alberta Bail Review : Endorsing a Call for Change*, 2016 (en ligne : <https://open.alberta.ca/dataset/2532e913-c5c6-4316-842d-b1cf39217994/resource/4c134128-7c59-4057-8fdd-dbd0ce0a9ae8/download/AlbertaBailReview-REPORT.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_2\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_2_eng.pdf)).
- Roach, Kent. « A Charter Reality Check : How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System? » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Munroe), 2015 ONSC 6593, déclarant inconstitutionnel l'al. 515(2)(e) du *Code criminel* et accordant à l'accusé une mise en liberté provisoire. Pourvoi accueilli.

*Nick Devlin et Amber Pashuk*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

*Jonathan Shime*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*John Norris and Chris Sewrattan, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).*

*Vincenzo Rondinelli, as amicus curiae.*

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER J. —

### I. Overview

[1] The right not to be denied reasonable bail without just cause is an essential element of an enlightened criminal justice system. It entrenches the effect of the presumption of innocence at the pre-trial stage of the criminal trial process and safeguards the liberty of accused persons. This case requires the Court to clarify important aspects of the law of bail, specifically, when a judge or a justice of the peace can impose a cash deposit on an accused as a condition of release.

[2] At issue are the interpretation and the constitutionality of s. 515(2)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which authorizes one form of pre-trial release. Section 515(2)(e) permits a judge or a justice to require both a cash deposit and surety supervision<sup>1</sup> as conditions of release if an accused ordinarily resides out of the province or more than 200 km away from the place in which he or she is in custody. But this form of combined “cash-plus-surety” release is not available to accused persons who do not meet these geographic criteria.

[3] The judge who heard the bail review application in this case (“bail review judge”) held that s. 515(2)(e) violates the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because

<sup>1</sup> A surety is an individual who supervises the accused and ensures that the accused remains faithful to his or her pledge to the court to appear for trial: G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 6-11.

*John Norris et Chris Sewrattan, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).*

*Vincenzo Rondinelli, en qualité d'amicus curiae.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WAGNER —

### I. Aperçu

[1] Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable est un élément essentiel d'un système de justice pénale éclairé. Il consacre l'effet de la présomption d'innocence à l'étape préalable au procès criminel et protège la liberté des accusés. En l'espèce, la Cour doit clarifier certains aspects importants du droit applicable en matière de liberté sous caution, soit, plus précisément, à quel moment un juge ou un juge de paix peut imposer à l'accusé un dépôt d'argent comme condition de sa mise en liberté.

[2] Le litige porte sur l'interprétation et la constitutionnalité de l'al. 515(2)e du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui autorise l'une des formes de mise en liberté avant le procès. Cette disposition permet à un juge ou à un juge de paix d'exiger un dépôt d'argent et la surveillance par une caution<sup>1</sup> à titre de conditions de la mise en liberté si l'accusé ne réside pas ordinairement dans la province où il est sous garde ou dans un rayon de 200 km du lieu où il est sous garde. Par contre, cette forme de mise en liberté « avec dépôt d'argent et caution » ne peut être ordonnée à l'égard d'accusés qui ne satisfont pas à ces critères géographiques.

[3] Le juge saisi de la demande de révision de l'ordonnance relative à la mise en liberté sous caution en l'espèce (« juge saisi de la demande de révision ») a conclu que l'al. 515(2)e porte atteinte au droit garanti par l'al. 11e) de la *Charte canadienne*

<sup>1</sup> Une caution est une personne qui supervise l'accusé et qui s'assure que celui-ci respecte son engagement envers le tribunal de comparaître au procès (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 6-11).

it had the effect of denying bail to the respondent, Kevin Antic. The bail review judge erred in coming to this conclusion. Section 515(2)(e) did not have the effect of denying Mr. Antic bail — it was the bail review judge’s misapplication of the bail provisions that did so.

[4] The “ladder principle”, which is codified in s. 515(3) of the *Code*, requires a justice or a judge to impose the least onerous form of release on an accused unless the Crown shows why that should not be the case. The bail review judge failed to adhere to this central principle. He erred by requiring a cash deposit with a surety, one of the most onerous forms of release, even though Mr. Antic had offered a surety with a monetary pledge (known in the *Code* as a recognizance<sup>2</sup>). A cash deposit and a monetary pledge both give an accused the same financial incentive to abide by his or her release order. Neither is more coercive than the other. But requiring cash can be unfair, as it makes an accused person’s release contingent on his or her access to funds. Thus, cash bail is merely a limited alternative to a pledge that should not be imposed where accused persons or their sureties have reasonably recoverable assets<sup>3</sup> to pledge.

[5] I would allow the appeal. Mr. Antic had offered to provide sureties with a monetary pledge.

<sup>2</sup> A recognizance is the “formal record of an acknowledgement of indebtedness to the Crown” that is usually nullified when the accused attends in court for trial: Trotter, at p. 6-11.

<sup>3</sup> By “reasonably recoverable assets”, I mean assets that could be recovered by the Crown by way of a forfeiture proceeding such that the risk for the accused of losing the assets is meaningful. Whether assets are reasonably recoverable is for the judge or the justice to determine.

*des droits et libertés* de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable, et ce, parce qu’il a eu pour effet de priver l’intimé en l’espèce, Kevin Antic, d’une mise en liberté sous caution. Le juge a commis une erreur en tirant cette conclusion. L’alinéa 515(2)e n’a pas eu pour effet de priver M. Antic d’une mise en liberté sous caution; c’est l’application erronée des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution par le juge saisi de la demande de révision qui a eu un tel effet.

[4] Codifié au par. 515(3) du *Code*, le « principe de l’échelle » oblige le juge de paix ou le juge à imposer à l’accusé la forme la moins sévère de mise en liberté, à moins que le ministère public ne démontre pourquoi il ne devrait pas en être ainsi. Le juge saisi de la demande de révision n’a pas respecté ce principe fondamental. Celui-ci a commis une erreur en exigeant un dépôt d’argent et une caution, soit l’une des formes les plus sévères de mise en liberté, et ce, même si M. Antic avait offert un engagement monétaire (connu sous le nom d’engagement<sup>2</sup> dans le *Code*) avec caution. Le dépôt d’argent et l’engagement monétaire incitent financièrement de la même façon l’accusé à respecter son ordonnance de mise en liberté. L’un n’est pas plus coercitif que l’autre. Toutefois, le fait d’exiger le dépôt d’un cautionnement en espèces peut se révéler injuste, car il subordonne la mise en liberté d’un accusé à l’accès par celui-ci à des fonds. En conséquence, une telle mesure est simplement une solution de rechange limitée à l’engagement, qui ne devrait pas être imposée lorsque les accusés ou leurs cautions possèdent des biens recouvrables par des moyens raisonnables<sup>3</sup> à mettre en gage.

[5] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. M. Antic avait proposé de fournir un engagement monétaire

<sup>2</sup> Un engagement est [TRADUCTION] « la reconnaissance formelle d’une dette envers le ministère public », reconnaissance étant généralement annulée lorsque l’accusé se présente devant le tribunal pour son procès (Trotter, p. 6-11).

<sup>3</sup> Par l’expression « biens recouvrables par des moyens raisonnables », j’entends des biens que le ministère public pourrait recouvrer au moyen d’une procédure en confiscation, de telle sorte que le risque pour l’accusé de perdre les biens est important. Il appartient au juge ou au juge de paix de déterminer si des biens sont recouvrables par des moyens raisonnables.

He could have been released without a cash deposit. Therefore, there is no need to address the question whether s. 515(2)(e) violates s. 11(e).

[6] Yet the concerns raised in this case extend beyond the provision at issue. The bail review judge's reasons appear to be illustrative of how the bail provisions are being applied inconsistently across the country. While the bail hearing is admittedly an expedited procedure, the bail provisions are federal law and must be applied consistently in all provinces and territories. This case affords an opportunity to determine the proper approach to applying those provisions, one that is consistent with the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) and with the presumption of innocence.

## II. Relevant Provisions

[7] Section 11(e) of the *Charter* reads as follows:

**11.** Any person charged with an offence has the right

. . .

(e) not to be denied reasonable bail without just cause;

[8] And the relevant portions of s. 515 of the *Code* read as follows:

**515 (1)** Subject to this section, where an accused who is charged with an offence other than an offence listed in section 469 is taken before a justice, the justice shall, unless a plea of guilty by the accused is accepted, order, in respect of that offence, that the accused be released on his giving an undertaking without conditions, unless the prosecutor, having been given a reasonable opportunity to do so, shows cause, in respect of that offence, why the detention of the accused in custody is justified or why an order under any other provision of this section should be made and where the justice makes an order under any other provision of this section, the order shall refer only

avec caution. Il aurait pu être mis en liberté sans dépôt d'argent. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si l'al. 515(2)e) porte atteinte à l'al. 11e).

[6] Cependant, les préoccupations soulevées en l'espèce vont au-delà de la disposition en cause. Les motifs du juge saisi de la demande de révision illustrent bien l'absence d'uniformité dans l'application des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution à travers le pays. Même s'il est vrai que l'audience relative à la mise en liberté sous caution constitue une procédure accélérée, les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution relèvent du droit fédéral et doivent être appliquées de façon uniforme dans toutes les provinces et tous les territoires. Ce pourvoi fournit l'occasion de déterminer l'approche à adopter pour appliquer ces dispositions, approche qui est compatible avec, d'une part, le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) et, d'autre part, la présomption d'innocence.

## II. Dispositions pertinentes

[7] L'alinéa 11e) de la *Charte* est ainsi libellé :

**11.** Tout inculqué a le droit :

. . .

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

[8] Et voici le texte des dispositions pertinentes de l'art. 515 du *Code* :

**515 (1)** Sous réserve des autres dispositions du présent article, lorsqu'un prévenu inculqué d'une infraction autre qu'une infraction mentionnée à l'article 469 est conduit devant un juge de paix, celui-ci doit, sauf si un plaidoyer de culpabilité du prévenu est accepté, ordonner que le prévenu soit mis en liberté à l'égard de cette infraction, pourvu qu'il remette une promesse sans condition, à moins que le poursuivant, ayant eu la possibilité de le faire, ne fasse valoir à l'égard de cette infraction des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde ou des motifs justifiant de rendre une ordonnance aux termes de toute autre disposition du présent article et lorsque le

to the particular offence for which the accused was taken before the justice.

(2) Where the justice does not make an order under subsection (1), he shall, unless the prosecutor shows cause why the detention of the accused is justified, order that the accused be released

(a) on his giving an undertaking with such conditions as the justice directs;

(b) on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(c) on his entering into a recognizance before the justice with sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(d) with the consent of the prosecutor, on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs; or

(e) if the accused is not ordinarily resident in the province in which the accused is in custody or does not ordinarily reside within two hundred kilometres of the place in which he is in custody, on his entering into a recognizance before the justice with or without sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs, and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs.

(3) The justice shall not make an order under any of paragraphs (2)(b) to (e) unless the prosecution shows cause why an order under the immediately preceding paragraph should not be made.

(4) The justice may direct as conditions under subsection (2) that the accused shall do any one or more of the following things as specified in the order:

juge de paix rend une ordonnance en vertu d'une autre disposition du présent article, l'ordonnance ne peut se rapporter qu'à l'infraction au sujet de laquelle le prévenu a été conduit devant le juge de paix.

(2) Lorsque le juge de paix ne rend pas une ordonnance en vertu du paragraphe (1), il ordonne, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde, que le prévenu soit mis en liberté pourvu que, selon le cas :

a) il remette une promesse assortie des conditions que le juge de paix fixe;

b) il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

c) il contracte avec caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

d) avec le consentement du poursuivant, il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit;

e) si le prévenu ne réside pas ordinairement dans la province où il est sous garde ou dans un rayon de deux cents kilomètres du lieu où il est sous garde, il contracte, avec ou sans caution, devant le juge de paix un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit.

(3) Le juge de paix ne peut rendre d'ordonnance aux termes de l'un des alinéas (2)b) à e), à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant de ne pas rendre une ordonnance aux termes de l'alinéa précédant immédiatement.

(4) Le juge de paix peut ordonner, comme conditions aux termes du paragraphe (2), que le prévenu fasse celle ou celles des choses suivantes que spécifie l'ordonnance :

(a) report at times to be stated in the order to a peace officer or other person designated in the order;

(b) remain within a territorial jurisdiction specified in the order;

(c) notify the peace officer or other person designated under paragraph (a) of any change in his address or his employment or occupation;

(d) abstain from communicating, directly or indirectly, with any victim, witness or other person identified in the order, or refrain from going to any place specified in the order, except in accordance with the conditions specified in the order that the justice considers necessary;

(e) where the accused is the holder of a passport, deposit his passport as specified in the order;

(e.1) comply with any other condition specified in the order that the justice considers necessary to ensure the safety and security of any victim of or witness to the offence; and

(f) comply with such other reasonable conditions specified in the order as the justice considers desirable.

a) se présenter, aux moments indiqués dans l'ordonnance, à un agent de la paix ou à une autre personne désignés dans l'ordonnance;

b) rester dans la juridiction territoriale spécifiée dans l'ordonnance;

c) notifier à l'agent de la paix ou autre personne désignés en vertu de l'alinéa a) tout changement d'adresse, d'emploi ou d'occupation;

d) s'abstenir de communiquer, directement ou indirectement, avec toute personne — victime, témoin ou autre — identifiée dans l'ordonnance ou d'aller dans un lieu qui y est mentionné, si ce n'est en conformité avec les conditions qui y sont prévues et qu'il estime nécessaires;

e) lorsque le prévenu est détenteur d'un passeport, déposer son passeport ainsi que le spécifie l'ordonnance;

e.1) observer telles autres conditions indiquées dans l'ordonnance que le juge de paix estime nécessaires pour assurer la sécurité des victimes ou des témoins de l'infraction;

f) observer telles autres conditions raisonnables, spécifiées dans l'ordonnance, que le juge de paix estime opportunes.

### III. Background and Judicial History

[9] Mr. Antic was arrested in Windsor, Ontario, and charged with several drug and firearms offences. He is an Ontario resident, but he spends much of his time in the state of Michigan and has no assets in Canada. Mr. Antic's initial bail hearing occurred after he was arrested.

A. *Ontario Court of Justice (Justice of the Peace Renaud), No. C57727, June 30, 2015*

[10] At the bail hearing, the justice of the peace denied Mr. Antic's release. Because Mr. Antic was charged with drug trafficking, the presumption in favour of pre-trial release did not apply and he bore the burden of justifying his release (*Code*, s. 515(6)). The justice concluded that having Mr. Antic's girlfriend supervise him as a surety would address any safety concerns. However, because Mr. Antic had no

### III. Contexte et historique judiciaire

[9] M. Antic a été arrêté à Windsor, en Ontario, et a été accusé de plusieurs infractions liées à la drogue et aux armes à feu. Il réside en Ontario, mais il passe le plus clair de son temps dans l'État du Michigan et il ne possède aucun bien au Canada. La première audience relative à sa mise en liberté sous caution a eu lieu après son arrestation.

A. *Cour de justice de l'Ontario (la juge de paix Renaud), n° C57727, 30 juin 2015*

[10] Lors de l'audience relative à la mise en liberté sous caution, la juge de paix a refusé la libération de M. Antic. Comme celui-ci était accusé de trafic de drogue, la présomption en faveur d'une mise en liberté avant le procès ne s'appliquait pas et il lui incombait de justifier sa mise en liberté (*Code*, par. 515(6)). La juge de paix a conclu qu'une surveillance assurée par la petite amie de M. Antic, à

significant ties to the local community, the justice found that his release plan did not adequately address the substantial flight risk he posed.

B. *Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), No. CR-15-3408, July 17, 2015*

[11] Mr. Antic sought a review of the detention order under s. 520 of the *Code*. He offered a pledge or a deposit of money as well as two additional sureties (his father and his grandmother) to satisfy the flight risk concerns.

[12] The bail review judge rejected the new release plan and declined to vacate the detention order. He insisted on a cash deposit because he was worried that Mr. Antic could abscond if what was at stake was “a mere pledge” of \$10,000 from his grandmother. The bail review judge speculated that Mr. Antic would assume that if he breached his bail conditions, the government would not seize his elderly grandmother’s house. The bail review judge did not consider Mr. Antic’s girlfriend as a potential surety even though she was available at that time.

[13] The bail review judge wrote that he would have released Mr. Antic if he could have imposed both a surety and a cash deposit as release conditions in order to satisfy the flight risk and safety concerns. However, s. 515(2)(e) of the *Code* permits a cash-plus-surety release only if the accused is from out of the province or does not ordinarily reside within 200 km of the place in which he or she is in custody. As an Ontario resident living within 200 km of the place in which he was detained, Mr. Antic did not qualify for this.

titre de caution, permettrait de dissiper toute préoccupation relative à la sécurité. Par contre, comme M. Antic n’avait pas de liens importants avec la collectivité locale, elle a statué que son plan de libération ne remédiait pas adéquatement au risque de fuite important qu’il présentait.

B. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Munroe), n° CR-15-3408, 17 juillet 2015*

[11] Se fondant sur l’art. 520 du *Code*, M. Antic a demandé la révision de l’ordonnance de détention prononcée contre lui. Il a proposé un engagement ou un dépôt d’argent ainsi que deux cautions additionnelles (son père et sa grand-mère) pour dissiper les préoccupations liées au risque de fuite.

[12] Le juge saisi de la demande de révision a rejeté le nouveau plan de libération et a refusé d’annuler l’ordonnance de détention. Il a exigé un dépôt d’argent, car il craignait qu’un [TRADUCTION] « simple engagement » de 10 000 \$ de la part de la grand-mère de M. Antic n’empêche pas ce dernier de s’esquiver. Il a émis l’hypothèse selon laquelle M. Antic supposerait que le gouvernement ne saisirait pas la maison de sa grand-mère âgée en cas de manquement aux conditions de sa mise en liberté sous caution. À son avis, la petite amie de M. Antic ne pouvait servir de caution, même si elle était disponible à l’époque.

[13] Le juge saisi de la demande de révision a expliqué qu’il aurait libéré M. Antic s’il avait pu exiger, comme conditions de sa mise en liberté, une caution et un dépôt d’argent pour dissiper le risque de fuite et les préoccupations liées à la sécurité. Cependant, l’al. 515(2)e du *Code* n’autorise la mise en liberté avec dépôt d’argent et caution que si l’accusé vient de l’extérieur de la province où il est sous garde ou qu’il ne réside pas ordinairement dans un rayon de 200 km du lieu où il est sous garde. En tant que résidant de l’Ontario vivant dans un rayon de 200 km du lieu où il était sous garde, M. Antic ne remplissait pas les conditions requises pour se voir imposer une telle mise en liberté.

C. *Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), No. CR-15-3429, August 28, 2015*

[14] In his second bail review application, Mr. Antic argued that the following new facts justified his release: (i) he had pleaded guilty to the drug trafficking charges and had been sentenced to a short term in jail (which he had already served in pre-trial custody); (ii) the handgun found under his bed had been misclassified as a 40 calibre weapon; (iii) his co-accused had been released on bail; and (iv) there was a potential for delay in obtaining a date for a preliminary inquiry on the remaining charges he faced.

[15] The bail review judge disagreed. He was still concerned that Mr. Antic would abscond regardless of these changed circumstances.

D. *Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), 2015 ONSC 6593, October 23, 2015*

[16] Mr. Antic sought a third bail review, this time challenging the constitutionality of s. 515(2)(e).

[17] The bail review judge found that s. 515(2)(e) violates the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Charter*. He held that the only viable conditions of release for Mr. Antic would be a large cash deposit and surety supervision. However, the geographical limitation in s. 515(2)(e) prevented him from granting bail on these terms. The bail review judge thus concluded that the geographical restriction unconstitutionally denied Mr. Antic bail. He severed and struck down the geographical limitation in s. 515(2)(e). He then ordered Mr. Antic's release with a surety and a cash deposit of \$100,000.

C. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Munroe), n° CR-15-3429, 28 août 2015*

[14] Dans sa deuxième demande de révision de l'ordonnance de détention, M. Antic a fait valoir que les nouveaux faits suivants justifiaient sa mise en liberté : (i) il avait plaidé coupable aux accusations de trafic de drogue et avait été condamné à une courte peine d'emprisonnement (qu'il avait déjà purgée en détention avant le procès), (ii) l'arme de poing trouvée sous son lit avait été classifiée à tort comme arme de calibre 40, (iii) son coaccusé avait été libéré sous caution et (iv) il y avait un risque de retard dans l'obtention d'une date pour l'enquête préliminaire relative aux autres accusations portées contre lui.

[15] Le juge saisi de la demande de révision n'était pas de cet avis. Il craignait toujours que M. Antic ne s'esquive malgré ce changement de circonstances.

D. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Munroe), 2015 ONSC 6593, 23 octobre 2015*

[16] M. Antic a demandé une troisième révision de l'ordonnance de détention, contestant cette fois la constitutionnalité de l'al. 515(2)e).

[17] Le juge saisi de la demande de révision a conclu que l'al. 515(2)e porte atteinte au droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) de la *Charte*. Il a statué que les seules conditions valables de mise en liberté dans le cas de M. Antic étaient le dépôt d'une somme d'argent importante et la surveillance par une caution. Cependant, la limite géographique prévue à l'al. 515(2)e l'empêchait d'accorder une mise en liberté à ces conditions. Le juge saisi de la demande de révision a donc conclu que la limite privait de manière inconstitutionnelle M. Antic d'une mise en liberté sous caution, et il a retranché et annulé cette limite géographique mentionnée à l'al. 515(2)e. Il a ensuite ordonné la mise en liberté de M. Antic avec caution et dépôt d'une somme de 100 000 \$.

[18] This Court granted the Crown leave to appeal the bail review judge’s decision, as the Crown has no right to appeal a bail review decision made under s. 520 to the provincial court of appeal: *R. v. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383, at para. 25; *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

[19] After over a year in pre-trial custody, Mr. Antic raised sufficient funds to post the \$100,000 cash deposit and was released on July 15, 2016.

#### IV. Issue

[20] Does s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* infringe the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Charter*?

#### V. Analysis

##### A. *Concept and History of Bail*

[21] When someone is charged with a crime, the *Code* and the *Charter* typically require that the accused be released from detention before trial on what is known as “bail”. Although release is the default position in most cases, a judge or a justice also has the authority to deny the release of an accused or to impose conditions on the accused when he or she is released, provided that the Crown justifies the detention or the conditions. The *Code* primarily utilizes the expression “judicial interim release” to refer to “bail”. In these reasons, I will use the terms “bail” and “pre-trial release” interchangeably in referring to this concept.

[22] The concept of bail traces back to English antiquity. Early codifications of the law of bail include the *Statutes of Westminster, The First* (Eng.), 1275, 3 Edw. 1, c. 15, which structured the terms

[18] Notre Cour a accordé au ministère public l’autorisation d’interjeter appel de la décision rendue par le juge saisi de la demande de révision, car le ministère public n’a pas le droit de faire appel, devant la cour d’appel provinciale, d’une décision relative à la révision d’une ordonnance de détention, rendue en vertu de l’art. 520 (*R. c. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383, par. 25; *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, par. 40(1)).

[19] Après avoir passé plus d’un an en détention avant le procès, M. Antic a amassé suffisamment d’argent pour verser le dépôt de 100 000 \$ et il a été libéré le 15 juillet 2016.

#### IV. Question en litige

[20] L’alinéa 515(2)e) du *Code criminel* porte-t-il atteinte au droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable garanti par l’al. 11e) de la *Charte*?

#### V. Analyse

##### A. *La notion de mise en liberté sous caution et son historique*

[21] Le *Code* et la *Charte* exigent habituellement que la personne accusée d’un crime soit mise en liberté avant son procès; c’est ce qu’on appelle la « mise en liberté sous caution ». Bien que la mise en liberté constitue la solution par défaut dans la plupart des cas, un juge ou un juge de paix a également le pouvoir de refuser la mise en liberté d’un accusé ou d’assortir celle-ci de conditions si le ministère public fait valoir des motifs justifiant la détention ou ces conditions. Le *Code* utilise principalement l’expression « mise en liberté provisoire » pour désigner la « mise en liberté sous caution ». Dans les présents motifs, j’emploierai de façon interchangeable les termes « mise en liberté sous caution » et « mise en liberté avant le procès » lorsque je me référerai à cette notion.

[22] La notion de mise en liberté sous caution remonte à l’antiquité anglaise. Les premières codifications du droit applicable en la matière comprennent les *Statutes of Westminster, The First* (Angl.), 1275,

under which judges could grant bail, and *The Bill of Rights* (Eng.), 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2, which prohibited excessive bail conditions. By the 1800s, the sole purpose of the law of bail in England was to ensure that accused persons who were released on bail would attend their trials: G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 1-6.

[23] Bail has deep historical roots in Canada as well. Canadian law reflected the English law of bail until Parliament enacted legislation in 1869 that made bail discretionary for all offences: see *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 14; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 26. In dissenting reasons in *Hall*, Iacobucci J. explained that older versions of the *Code* had provided justices, judges and magistrates with no real guidance on bail:

Before 1972, the law of bail was a highly discretionary matter. It was presumed that an accused person would be detained prior to trial unless he or she applied for bail under s. 463(1) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51 (as amended by S.C. 1960-61, c. 43, s. 16), and s. 463(3) gave virtually no guidance to the bail judge charged with determining whether to detain an accused committed for trial . . . [para. 56]

[24] The provisions of the pre-1972 *Code* also gave no guidance on the imposition of release conditions. There were three forms of release: (a) release with sufficient sureties upon entering into a recognizance, (b) release upon making a cash deposit, and (c) release upon entering into a recognizance without a deposit: S.C. 1953-54, c. 51, ss. 451 and 463(3). These forms of release were not ranked in any way, which meant that a justice, a

3 Edw. 1, c. 15, qui ont structuré les conditions auxquelles les juges pouvaient accorder une mise en liberté sous caution, et la loi intitulée *The Bill of Rights* (Angl.), 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2, qui interdisait l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution excessives. Dans les années 1800, le droit applicable en Angleterre en matière de liberté sous caution visait uniquement à assurer la présence des accusés libérés sous caution à leur procès (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-6).

[23] La mise en liberté sous caution a également des racines profondes au Canada. En effet, le droit canadien reflétait le droit anglais en la matière, jusqu'à ce que le Parlement adopte, en 1869, une loi qui rendait discrétionnaire la mise en liberté sous caution pour toutes les infractions (voir l'*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, c. 30; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 14; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 26). Dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Hall*, le juge Iacobucci a expliqué que des versions antérieures du *Code* n'offraient pratiquement aucune indication aux juges de paix, aux juges et aux magistrats en ce qui a trait à la mise en liberté sous caution :

Avant 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution comportait un aspect très discrétionnaire. On présumait que l'accusé serait détenu avant son procès, sauf s'il présentait une demande de mise en liberté sous caution fondée sur le par. 463(1) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51 (modifié par S.C. 1960-61, ch. 43, art. 16). Le paragraphe 463(3) n'offrait pratiquement aucune indication au juge appelé à décider s'il y avait lieu de détenir l'accusé renvoyé à son procès . . . [par. 56]

[24] En outre, avant 1972, les dispositions du *Code* ne donnaient aucune indication sur l'imposition de conditions de mise en liberté. Il existait trois formes de mise en liberté : a) la mise en liberté avec cautions suffisantes et moyennant un engagement, b) la mise en liberté avec dépôt d'argent et c) la mise en liberté avec engagement, sans dépôt (S.C. 1953-54, c. 51, art. 451 et par. 463(3)). Celles-ci ne suivaient aucun ordre particulier, de sorte que le juge de paix,

judge or a magistrate could impose any of them in any given case.

[25] Pioneering work by Professor Martin L. Friedland and by the Canadian Committee on Corrections sparked a significant reform of the bail system. Professor Friedland's study, *Detention before Trial*, specifically examined the practice of bail courts in Toronto: M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965). The Canadian Committee on Corrections, established in 1965 by Order-in-Council, examined more broadly the Canadian criminal process and correctional system, including the law of bail. It delivered its recommendations in a report that is now known as the Ouimet Report (after the Committee's chairman, Justice Roger Ouimet of the Quebec Superior Court): *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969).

[26] Both Professor Friedland and the authors of the Ouimet Report recognized that the bail system's overreliance on cash bail limited the possibility of release for many accused persons. Professor Friedland observed that there was an "undue preoccupation with [bail's] monetary aspects": Friedland, *Detention before Trial*, at p. 176. Generally, magistrates required accused persons to deposit cash before they would release them. This led to an unconscionable result: ". . . the ability of the accused to marshal funds or property in advance" determined whether he or she would be released (*ibid.*, at p. 176).

[27] Professor Friedland also mentioned some of the practical challenges involved in setting the quantum of a cash deposit, as well as the unfairness it produced:

A system which requires security in advance often produces an insoluble dilemma. In most cases it is impossible

le juge ou le magistrat pouvait ordonner n'importe quelle forme de mise en liberté dans un cas donné.

[25] Les travaux d'avant-garde réalisés par le professeur Martin L. Friedland et le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle ont mené à une réforme importante du système de mise en liberté sous caution. L'étude menée par le professeur Friedland, intitulée *Detention before Trial*, porte plus particulièrement sur la pratique des tribunaux chargés des mises en liberté sous caution à Toronto (M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965)). Le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, établi par décret en 1965, a examiné de façon plus générale le processus pénal et le système correctionnel canadiens, y compris le droit applicable en matière de liberté sous caution. Il a formulé ses recommandations dans un rapport qu'on appelle désormais le Rapport Ouimet, lequel tire son nom de celui du président du Comité, le juge Roger Ouimet de la Cour supérieure du Québec (*Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969)).

[26] Tant le professeur Friedland que les auteurs du Rapport Ouimet ont reconnu que le recours excessif au cautionnement en espèces limitait pour bon nombre d'accusés la possibilité d'obtenir une mise en liberté. Le professeur Friedland a fait remarquer qu'il existait une [TRADUCTION] « préoccupation indue à l'égard des aspects monétaires [du cautionnement] » (Friedland, *Detention before Trial*, p. 176). Généralement, les magistrats exigeaient des accusés qu'ils versent un dépôt d'argent avant de mettre ceux-ci en liberté. Cette pratique menait à un résultat inacceptable : la mise en liberté de l'accusé dépendait de sa « capacité à amasser des fonds ou des biens à l'avance » (*ibid.*, p. 176).

[27] Le professeur Friedland a également mentionné certains des défis concrets liés à l'établissement du montant du dépôt d'argent, ainsi que l'injustice qui en découlait :

[TRADUCTION] Le régime qui exige un cautionnement à l'avance mène souvent à un dilemme insoluble. Dans

to pick a figure which is high enough to ensure the accused's appearance in court and yet low enough for him to raise: the two seldom, if ever, overlap. [*ibid.*, at p. 176]

[28] The 1972 *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37, was an attempt to address these concerns by placing strict limits on cash bail. Then Justice Minister John Turner, speaking in the House of Commons, recognized that requiring cash in advance to secure pre-trial release could operate “harshly against poor people”. He stated that “cash bail in this bill is only a last resort” and that the bill was intended to limit cash bail to circumstances in which “the alleged offender was not ordinarily resident in the community where he was in custody”: *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, at p. 3118.

[29] The *Bail Reform Act* also codified what is now known as the “ladder principle”. This *Act* set out possible forms of release, which were ordered from the least to the most onerous. The ladder principle generally requires that a justice not order a more onerous form of release unless the Crown shows why a less onerous form is inappropriate. In other words, the ladder principle means “that release is favoured at the earliest reasonable opportunity and . . . on the least onerous grounds”: *R. v. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113, at para. 23, per Healy J.C.Q. (as he then was).

[30] The ladder principle and the authorized forms of release remain a central part of the Canadian law of bail and are now enumerated in s. 515(1) to (3) of the *Code*. In the *Code*, the possibility of requiring a cash deposit is limited to the two most onerous forms of release: s. 515(2)(d) and (e).

la plupart des cas, il est impossible de fixer un montant suffisamment élevé pour assurer la comparution de l'accusé devant le tribunal, mais assez bas pour que celui-ci puisse amasser les fonds nécessaires : ces montants ne coïncident que rarement, voire jamais. [*ibid.*, p. 176]

[28] En 1972, la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, c. 37, a tenté de dissiper ces préoccupations en assortissant le cautionnement en espèces de limites strictes. Le ministre de la Justice de l'époque, John Turner, a reconnu devant la Chambre des communes que le fait d'exiger un dépôt d'argent pour libérer l'accusé avant le procès pouvait « jouer cruellement contre les pauvres ». Il a affirmé que « le cautionnement en espèces, aux termes de ce projet de loi, n'est qu'un dernier recours » et que le projet de loi visait à limiter un tel cautionnement aux situations où « le contrevenant n'habitait pas ordinairement dans la province où il a été détenu » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3118).

[29] La *Loi sur la réforme du cautionnement* a également codifié ce qu'on appelle aujourd'hui le « principe de l'échelle ». Elle prévoyait les formes possibles de mises en liberté, lesquelles étaient classées par ordre croissant de sévérité. En vertu du principe de l'échelle, un juge de paix ne doit généralement pas ordonner une forme de mise en liberté plus sévère, à moins que le ministère public ne démontre pourquoi une forme qui l'est moins serait inappropriée. Autrement dit, ce principe signifie qu'on [TRADUCTION] « favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et [. . .] aux conditions les moins sévères possible » (*R. c. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113, par. 23, le juge Healy (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec)).

[30] Le principe de l'échelle et les formes de mise en liberté autorisées demeurent des éléments fondamentaux du droit canadien en matière de liberté sous caution, et figurent maintenant aux par. 515(1) à (3) du *Code*. Dans le *Code*, la possibilité d'exiger un dépôt d'argent ne s'applique qu'aux deux formes les plus sévères de mise en liberté (al. 515(2)d) et e)).

[31] In 1982, the enactment of the *Charter* transformed the statutory right to bail into a constitutional right: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 691. I will now examine the *Charter* right not to be denied reasonable bail without just cause more closely.

#### B. *Interpretation of Section 11(e) of the Charter*

[32] Section 11(e) of the *Charter* states: “Any person charged with an offence has the right . . . not to be denied reasonable bail without just cause”. This right creates “a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise”: *Pearson*, at p. 691.

[33] Before proceeding, I must mention that the expression “just cause” is used in two senses in the bail context. First, as used in s. 11(e) of the *Charter*, “just cause” relates to the circumstances in which denying bail is constitutional: an accused has a constitutional entitlement to be granted bail unless there is “just cause” to deny it.

[34] Second, the expression “just cause” is also commonly used to describe the statutory grounds that justify the pre-trial detention of an accused. These grounds, which are enumerated in s. 515(10) of the *Code*, are flight risk, public safety and public confidence in the administration of justice. In most cases, it is presumed that the accused should be released, and he or she will not be detained unless the Crown can show on the basis of these statutory criteria that detention is warranted.

[35] In these reasons, I will use the expression “just cause” only in the constitutional sense. To avoid confusion, I will refer to the grounds under the *Code* as the “statutory criteria for detention”.

[31] En 1982, l’adoption de la *Charte* a transformé le droit à la mise en liberté sous caution prévu par la loi en un droit constitutionnel (*R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 691). J’examinerai maintenant de plus près le droit garanti par la *Charte* de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable.

#### B. *L’interprétation de l’al. 11e) de la Charte*

[32] L’alinéa 11e) de la *Charte* énonce ce qui suit : « Tout inculpé a le droit [. . .] de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable ». Ce droit crée « un droit fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable sauf s’il existe une juste cause justifiant le refus de l’accorder » (*Pearson*, p. 691).

[33] Avant d’aller plus loin, je dois souligner que l’expression « juste cause » est utilisée dans deux sens en contexte de mise en liberté sous caution. Premièrement, la « juste cause » dont il est question à l’al. 11e) de la *Charte* se rapporte aux circonstances dans lesquelles le refus d’accorder la mise en liberté sous caution est constitutionnel : l’accusé a le droit constitutionnel à une mise en liberté sous caution, sauf s’il existe une « juste cause » justifiant le refus de l’accorder.

[34] Deuxièmement, l’expression « juste cause » est également couramment utilisée pour décrire les motifs légaux justifiant la détention de l’accusé avant le procès. Ces motifs, énumérés au par. 515(10) du *Code*, sont les suivants : le risque de fuite, la sécurité publique et la confiance du public envers l’administration de la justice. Dans la plupart des cas, on présume que l’accusé devrait être mis en liberté et celui-ci ne sera détenu que si le ministère public peut démontrer, en se fondant sur ces critères légaux, que la détention est justifiée.

[35] Dans les présents motifs, j’utiliserai l’expression « juste cause » uniquement dans son sens constitutionnel et, pour éviter toute confusion, j’appellerai « critères légaux de détention » les motifs prévus par le *Code*.

[36] This Court first interpreted the *Charter* right to bail in *Pearson* and in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711. In *Pearson*, Lamer C.J. observed that the word “bail” in the *Charter* must be interpreted broadly and include “all forms of what is formally known under the *Criminal Code* as ‘judicial interim release’”: *Pearson*, at p. 690. He noted that the right under s. 11(e) has two aspects, (1) the right not to be denied bail without “just cause” and (2) the right to “reasonable bail”: *Pearson*, at p. 689.

[37] In *Pearson* and *Morales*, the Court considered the meaning of the first aspect of this right, that is, the right not to be denied bail without “just cause”. This aspect “imposes constitutional standards on the grounds under which bail is granted or denied”: *Pearson*, at p. 689; see also *Morales*, at p. 735. The “reasonable bail” aspect, on the other hand, concerns the terms and conditions of release: *ibid.*

[38] I will briefly summarize Lamer C.J.’s discussion on this two-part right, after which I will consider the provision at issue in the case at bar.

(1) Right Not to Be Denied Bail Without “Just Cause”

[39] A statutory provision that allows for the pre-trial detention of an accused triggers the protection of s. 11(e). For example, the Court held in *Pearson* that s. 515(6)(d) of the *Code* constitutes a denial of bail under s. 11(e) because it puts the onus on an accused to justify pre-trial release if he or she is charged with certain offences. Since this reverse onus amounts to a presumption in favour of detention, “there is a departure from the basic entitlement

[36] Notre Cour a interprété pour la première fois le droit à la mise en liberté sous caution garanti par la *Charte* dans les arrêts *Pearson* et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711. Dans l’arrêt *Pearson*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que l’expression « mise en liberté assortie d’un cautionnement » utilisée dans la *Charte* devait être interprétée de façon large et inclure « toutes les formes de ce qu’on appelle la “mise en liberté provisoire” dans le *Code criminel* » (*Pearson*, p. 690). Il a souligné que le droit garanti à l’al. 11e) comporte deux volets : (1) le droit de ne pas être privé « sans juste cause » de la mise en liberté sous caution et (2) le droit à un « cautionnement raisonnable » (*Pearson*, p. 689).

[37] Dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, la Cour a examiné le sens du premier volet du droit garanti à l’al. 11e), à savoir le droit de ne pas être privé « sans juste cause » d’une mise en liberté sous caution. Ce volet du droit garanti à l’al. 11e) « assujettit à des normes constitutionnelles les motifs pour lesquels la mise en liberté peut être accordée ou refusée » (*Pearson*, p. 689; voir aussi *Morales*, p. 735). En revanche, le deuxième volet du droit garanti à l’al. 11e), à savoir le droit à un « cautionnement raisonnable », concerne les conditions de la mise en liberté (*ibid.*).

[38] Je résumerai brièvement l’analyse que fait le juge en chef Lamer de ce droit à deux volets, et j’examinerai ensuite la disposition en cause en l’espèce.

(1) Le droit de ne pas être privé « sans juste cause » d’une mise en liberté sous caution

[39] Toute disposition législative qui prévoit la détention d’un accusé avant le procès fait intervenir la protection offerte par l’al. 11e). Par exemple, dans l’arrêt *Pearson*, la Cour a statué que l’al. 515(6)d) du *Code* prive l’accusé d’une mise en liberté sous caution en contravention de l’al. 11e), parce qu’il lui impose le fardeau de justifier sa mise en liberté avant le procès lorsqu’il est inculpé de certaines infractions. Comme cette inversion du fardeau de la preuve

to bail [that] is sufficient to conclude that there is a denial of bail for the purposes of s. 11(e)”: p. 693.

[40] A provision may not deny bail without “just cause”. The right not to be denied bail without just cause imposes a constitutional standard that must be met for the denial of bail to be valid. Lamer C.J. held that there is just cause to deny bail only if the denial (1) occurs in a “narrow set of circumstances” and (2) the denial of bail “is necessary to promote the proper functioning of the bail system and is not undertaken for any purpose extraneous to the bail system”: *Pearson*, at p. 693; see also *Morales*, at p. 737; *Hall*, at para. 16.

(2) Right to “Reasonable Bail”

[41] In contrast to the first aspect of the s. 11(e) right, the right to reasonable bail relates to the terms of bail, including the “quantum of any monetary component and other . . . restrictions” that are imposed on the accused for the release period: *Hall*, at para. 16. The right not to be denied reasonable bail without just cause protects accused persons from conditions and forms of release that are unreasonable. The French version of s. 11(e) bears this out: a person charged with an offence has the right to a release “*assortie d’un cautionnement raisonnable*” (“in conjunction with reasonable bail”).

[42] It must be borne in mind that s. 515(2) of the *Code* establishes the only legal forms of pre-trial release, such as a surety release or release with a recognizance. But it is the justice or judge who ultimately decides which form of release to order in a given case, and he or she also has discretion under s. 515(4) of the *Code* to impose terms that are specific to the circumstances of the accused. Both a legislated form of release and the specific terms of

équivalent à une présomption en faveur de la détention, « il y [a] dérogation au droit fondamental à la mise en liberté sous caution [suffisante] pour nous amener à conclure à la privation de la mise en liberté sous caution au regard de l’al. 11e) » (p. 693).

[40] Une disposition ne peut pas priver sans « juste cause » l’accusé d’une mise en liberté sous caution. Le droit de l’accusé de ne pas se voir refuser sans juste cause une mise en liberté sous caution impose une norme constitutionnelle à laquelle il faut satisfaire pour qu’un tel refus soit valide. Le juge en chef Lamer a statué que le refus d’accorder une mise en liberté sous caution ne repose sur une juste cause que lorsque (1) la mise en liberté n’est refusée que « dans certains cas bien précis », et que (2) le refus « s’impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et [qu’]on n’y recourt pas à des fins extérieures à ce système » (*Pearson*, p. 693; voir aussi *Morales*, p. 737, et *Hall*, par. 16).

(2) Le droit à un « cautionnement raisonnable »

[41] Contrairement au premier volet du droit garanti à l’al. 11e), le droit à un cautionnement raisonnable se rapporte aux conditions de la mise en liberté sous caution, y compris le « montant fixé et [les] autres restrictions » imposées à l’accusé pendant qu’il est en liberté (*Hall*, par. 16). Le droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable protège les accusés des conditions et des formes de mise en liberté qui sont déraisonnables. Le libellé de la version française de l’al. 11e) le confirme : tout inculpé a droit à une mise en liberté « assortie d’un cautionnement raisonnable ».

[42] Il faut se rappeler que le par. 515(2) du *Code* établit les seules formes de mise en liberté avant le procès autorisées par la loi, comme la mise en liberté avec caution ou la mise en liberté avec engagement. Cependant, c’est le juge de paix ou le juge qui, en fin de compte, décide quelle forme de mise en liberté il convient d’ordonner dans un cas donné, et celui-ci a également, en vertu du par. 515(4) du *Code*, le pouvoir discrétionnaire d’imposer des

release ordered by a justice or a judge can be unreasonable and, as a result, unconstitutional.

C. *Provision at Issue: Section 515(2)(e)*

[43] On the basis of these constitutional principles, I will begin by discussing the proper interpretation of the challenged provision, s. 515(2)(e) of the *Code*, and the scheme governing the forms of release. I will then explain why I do not need to address s. 11(e) of the *Charter*.

(1) Proper Interpretation of Section 515(2)(e) and the Scheme Governing the Forms of Release

[44] To interpret s. 515(2)(e), it is first necessary to understand the ladder principle. As I explained above, the ladder principle requires that the form of release imposed on an accused be no more onerous than necessary. This principle is set out in s. 515(1) to (3) of the *Code*. Although these provisions are more strictly applicable in a contested bail hearing, they also provide the legal backdrop that should guide plans of release to which the parties consent.

[45] Section 515(1) requires that, where an accused is charged with an offence other than the ones listed in s. 469 of the *Code*, “the accused be released on his giving an undertaking without conditions”. However, s. 515(1) affords the prosecutor an opportunity to show why the accused should either be detained or be released under more onerous forms of release. The *Code* also requires that accused persons charged with any of the offences listed in s. 515(6) be detained unless they justify their release.

conditions adaptées à la situation de l’accusé. Tant une forme de mise en liberté autorisée par la loi que les conditions particulières de mise en liberté ordonnées par un juge de paix ou un juge peuvent être déraisonnables et, partant, inconstitutionnelles.

C. *La disposition en cause : l’al. 515(2)e*

[43] En me fondant sur ces principes constitutionnels, j’examinerai d’abord l’interprétation qu’il convient de donner à la disposition contestée, l’al. 515(2)e du *Code*, ainsi que le régime applicable aux formes autorisées de mises en liberté. J’expliquerai ensuite les raisons pour lesquelles je n’ai pas besoin de me prononcer sur l’al. 11e) de la *Charte*.

(1) L’interprétation qu’il convient de donner à l’al. 515(2)e et le régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté

[44] Pour interpréter l’al. 515(2)e, il faut d’abord bien comprendre le principe de l’échelle. Comme je l’ai déjà expliqué, conformément au principe de l’échelle, la forme de mise en liberté imposée à l’accusé ne doit pas être plus sévère que ce qui est nécessaire. Ce principe est énoncé aux par. 515(1) à (3) du *Code*. Bien que ces dispositions s’appliquent plus strictement aux audiences relatives à la mise en liberté sous caution contestées, elles fournissent aussi le cadre légal qui devrait guider l’élaboration des plans de libération auxquels consentent les parties.

[45] Suivant le par. 515(1), dans le cas où il est inculpé d’une infraction autre que celles mentionnées à l’art. 469 du *Code*, l’accusé doit être « mis en liberté [. . .], pourvu qu’il remette une promesse sans condition ». Par contre, cette disposition donne au poursuivant la possibilité de faire valoir des motifs justifiant soit la détention de l’accusé, soit l’imposition d’une forme plus sévère de mise en liberté. Le *Code* exige également que l’accusé inculpé d’une des infractions mentionnées au par. 515(6) soit détenu, à moins que celui-ci puisse justifier sa mise en liberté.

[46] Aside from the release of an accused under s. 515(1) on his or her giving an undertaking without conditions, s. 515(2) sets out the other permissible forms of pre-trial release:

(2) Where the justice does not make an order under subsection (1), he shall, unless the prosecutor shows cause why the detention of the accused is justified, order that the accused be released

(a) on his giving an undertaking with such conditions as the justice directs;

(b) on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(c) on his entering into a recognizance before the justice with sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(d) with the consent of the prosecutor, on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs; or

(e) if the accused is not ordinarily resident in the province in which the accused is in custody or does not ordinarily reside within two hundred kilometres of the place in which he is in custody, on his entering into a recognizance before the justice with or without sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs, and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs.

Each provision, moving from s. 515(2)(a) to s. 515(2)(e), involves more burdensome conditions of release for the accused than the one before it. These forms of release, coupled with the specific release terms a justice or a judge may impose under s. 515(4), have significant potential to impinge on an accused person's liberty.

[46] Outre la mise en liberté de l'accusé sur remise d'une promesse sans condition prévue au par. 515(1), le par. 515(2) énonce les autres formes autorisées de mise en liberté avant le procès :

(2) Lorsque le juge de paix ne rend pas une ordonnance en vertu du paragraphe (1), il ordonne, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde, que le prévenu soit mis en liberté pourvu que, selon le cas :

a) il remette une promesse assortie des conditions que le juge de paix fixe;

b) il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

c) il contracte avec caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

d) avec le consentement du poursuivant, il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit;

e) si le prévenu ne réside pas ordinairement dans la province où il est sous garde ou dans un rayon de deux cents kilomètres du lieu où il est sous garde, il contracte, avec ou sans caution, devant le juge de paix un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit.

Chacune des dispositions des al. 515(2)a) à 515(2)e) prévoit pour l'accusé des conditions de mise en liberté plus contraignantes que celles énoncées par la disposition qui précède. Ces formes de mise en liberté, combinées aux conditions particulières de mise en liberté qu'un juge de paix ou un juge peut imposer en vertu du par. 515(4), sont très susceptibles de porter atteinte à la liberté de l'accusé.

[47] The ladder principle is codified in s. 515(3), which prohibits a justice or a judge from imposing a more onerous form of release unless the Crown shows why a less onerous form is inappropriate: “The justice shall not make an order under any of paragraphs (2)(b) to (e) unless the prosecution shows cause why an order under the immediately preceding paragraph should not be made.”

[48] Parliament included cash in the most onerous “rungs” of the ladder for added flexibility, not because cash is more effective than other release conditions in ensuring compliance with bail terms. A recognizance creates the same financial incentive for the accused to comply with the terms of release as does a cash deposit. One does not mitigate the flight or safety risk posed by an accused person more effectively than the other: *Anoussis*, at para. 22.<sup>4</sup> The central purpose of the *Bail Reform Act* was to avoid the harsh effects on accused persons of requiring cash deposits where other avenues of release are available. As the authors of the Ouimet Report recognized, cash bail provides added flexibility by offering an alternative form of release where a meaningful recognizance cannot be given and a surety cannot be obtained: pp. 106-7.

[49] Therefore, where a monetary condition of release is necessary and a satisfactory personal recognizance or recognizance with sureties can be obtained, a justice or a judge cannot impose cash bail. A pledge and a deposit perform the same function: the accused or the surety may lose his or her money if the accused person breaches the terms of

<sup>4</sup> In fact, there is no evidence that a release with sureties results in greater compliance with bail terms than does a recognizance: Canadian Civil Liberties Association and Education Trust, *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by A. Deshman and N. Myers (2014) (online), at p. 37 (“CCLA Report”).

[47] Le principe de l'échelle est codifié au par. 515(3), lequel interdit au juge de paix ou au juge d'imposer une forme de mise en liberté plus sévère, à moins que le ministère public ne démontre pourquoi une forme qui l'est moins serait inappropriée : « Le juge de paix ne peut rendre d'ordonnance aux termes de l'un des alinéas (2)b) à e), à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant de ne pas rendre une ordonnance aux termes de l'alinéa précédant immédiatement. »

[48] Le législateur a inclus le dépôt d'argent dans les « échelons » les plus sévères de l'échelle en vue d'offrir une plus grande souplesse, et non parce que l'argent est plus efficace que d'autres conditions de mise en liberté pour faire respecter les conditions de la mise en liberté sous caution. L'engagement crée la même incitation financière que le dépôt d'argent pour assurer le respect par l'accusé des conditions de sa mise en liberté. L'un n'est pas plus efficace que l'autre afin de réduire le risque de fuite ou le risque pour la sécurité que présente l'accusé (*Anoussis*, par. 22)<sup>4</sup>. L'objectif central de la *Loi sur la réforme du cautionnement* consistait à éviter les lourdes conséquences qu'a pour les accusés l'obligation d'effectuer des dépôts d'argent lorsque d'autres formes de mise en liberté peuvent être imposées. Comme l'ont reconnu les auteurs du Rapport Ouimet, le cautionnement en espèces permet une plus grande souplesse en offrant une autre forme de mise en liberté lorsqu'un engagement valable et une caution ne peuvent être fournis (p. 114-116).

[49] En conséquence, dans les cas où l'imposition d'une condition monétaire de mise en liberté est nécessaire, et où un engagement personnel suffisant ou un engagement avec caution peut être obtenu, le juge de paix ou le juge ne peut pas imposer un cautionnement en espèces. L'engagement et le dépôt jouent le même rôle : l'accusé ou la caution

<sup>4</sup> En fait, rien dans la preuve n'indique que la mise en liberté avec caution soit plus efficace qu'un engagement pour faire respecter les conditions de la mise en liberté (Association canadienne des libertés civiles et le Fidéicommiss canadien d'éducation en libertés civiles, *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, par A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne), p. 37 (« Rapport de l'ACLC »)).

bail. Release with a pledge of money thus has the same coercive power as release with a cash deposit.

(2) Proper Application of Section 515(2)(e) and the Scheme Governing the Forms of Release

[50] With these interpretive principles in mind, I will now turn to the bail review decision at issue in this appeal. Mr. Antic's show cause hearing and bail reviews were contested. Mr. Antic bore the onus of establishing why the detention order should be vacated. However, once Mr. Antic had satisfied the bail review judge that new circumstances justified his vacating the order, the ladder principle ought to have guided the judge in fashioning a release order. Although Mr. Antic had been charged with drug trafficking, which had reversed the onus at the initial bail hearing, he had pleaded guilty to these charges by the time of his second bail review hearing. He was therefore not in a reverse onus position at that time.

[51] No party disputes that Mr. Antic posed a flight risk and a safety risk, but the bail review judge committed two errors in fashioning Mr. Antic's release order.

[52] First, the bail review judge failed to apply the ladder principle properly. Although he purported to apply it, he erred by insisting on cash despite the existence of other forms of release. The bail review judge was fixated on a cash deposit because he believed the erroneous assumption that cash is more coercive than a pledge. But, as I explained above, a recognizance is functionally equivalent to cash bail and has the same coercive effect. The bail review judge should not have insisted on a cash deposit

peut perdre son argent si l'accusé ne respecte pas les conditions de sa mise en liberté sous caution. La mise en liberté assortie d'un engagement monétaire a donc le même pouvoir coercitif que celle assortie d'un dépôt d'argent.

(2) L'application appropriée de l'al. 515(2)e) et le régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté

[50] Eu égard à ces principes d'interprétation, je vais maintenant me pencher sur la décision visée en l'espèce, à savoir la décision relative à la révision de l'ordonnance de détention. L'audience de justification et les demandes de révision de M. Antic ont été contestées. Il incombait à ce dernier de démontrer pourquoi l'ordonnance de détention devait être annulée. Cependant, une fois que le juge saisi de la demande de révision a été convaincu que de nouvelles circonstances justifiaient l'annulation de l'ordonnance, le principe de l'échelle aurait dû guider celui-ci dans l'établissement d'une ordonnance de mise en liberté. Bien qu'il ait été inculpé de trafic de drogue — ce qui a eu pour effet d'inverser le fardeau de la preuve lors de la première audience relative à la mise en liberté sous caution —, M. Antic a plaidé coupable à ces chefs d'accusation avant la deuxième audience, portant sur la révision de l'ordonnance de détention. Il ne se trouvait donc pas en situation d'inversion du fardeau de la preuve à ce moment-là.

[51] Les parties conviennent que M. Antic présentait un risque de fuite ainsi qu'un risque pour la sécurité, mais le juge saisi de la demande de révision a commis deux erreurs en établissant l'ordonnance de mise en liberté de M. Antic.

[52] Premièrement, il n'a pas appliqué correctement le principe de l'échelle. Bien qu'il ait voulu l'appliquer, il a eu tort d'exiger le dépôt d'un cautionnement en espèces malgré l'existence d'autres formes de mise en liberté. Le juge saisi de la demande de révision insistait pour le dépôt d'argent, ayant adopté l'hypothèse erronée selon laquelle l'argent est plus coercitif qu'un engagement. Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, l'engagement est l'équivalent fonctionnel du cautionnement en

where the accused could have entered into a recognizance with a surety (the effect of which is that the surety joins in acknowledging the debt to the Crown).

[53] The bail review judge's second error may in fact have influenced the first. He expressed concern that the "pull of bail" would not be strong enough without a cash deposit. Because the proposed surety was an elderly woman, the bail review judge was concerned that Mr. Antic might believe that a forfeiture proceeding would not be taken against her if he breached his bail terms.

[54] The bail review judge erred in making his decision on the basis of such conjecture. A justice or a judge cannot impose a more onerous form of release solely because he or she speculates that the accused will not believe in the enforceability of a surety or a pledge. The bail system is based on the promises to attend court made by accused persons and on their belief in the consequences that will follow if such promises are broken. As Rosenberg J.A. rightly observed, "if accused came to believe that they could fail to attend court without their sureties suffering any penalty, the surety system would be ineffective": *Canada (Minister of Justice) v. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1, at para. 41.

[55] Parliament expressly authorized the possibility of an accused being released on entering into a recognizance with sureties in the place of cash bail. Justices and judges should not undermine the bail scheme by speculating, contrary to any evidence and to Parliament's intent, that requiring cash will be more effective.

espèces et a le même effet coercitif. Le juge saisi de la demande de révision n'aurait pas dû exiger un dépôt d'argent dans un cas où l'accusé aurait pu contracter un engagement avec caution (ce qui a pour effet que la caution vient s'ajouter à la reconnaissance de dette envers le ministère public).

[53] La deuxième erreur commise par le juge saisi de la demande de révision a de fait peut-être influé sur la première. Celui-ci s'est montré préoccupé par le fait que [TRADUCTION] « l'effet incitatif du cautionnement » ne serait pas assez fort sans un dépôt d'argent. Comme la caution proposée était une femme âgée, le juge saisi de la demande de révision craignait que M. Antic puisse croire qu'on n'introduirait pas de procédure en confiscation contre elle s'il ne respectait pas les conditions de sa mise en liberté.

[54] Le juge saisi de la demande de révision a commis une erreur en rendant sa décision sur la base d'une telle hypothèse. Un juge de paix ou un juge ne peut imposer une forme plus sévère de mise en liberté simplement parce qu'il suppose que l'accusé ne croira pas à la force exécutoire d'une caution ou d'un engagement. Le système de mise en liberté sous caution repose sur les promesses faites par les accusés de se présenter devant le tribunal et sur le fait qu'ils croient aux conséquences qui découleront d'un manquement à ces promesses. Comme le juge Rosenberg l'a à juste titre fait remarquer, [TRADUCTION] « si un accusé en venait à croire qu'il pourrait faire défaut de se présenter devant le tribunal sans que ses cautions ne se voient infliger quelque pénalité que ce soit, le système relatif aux cautions serait inefficace » (*Canada (Minister of Justice) c. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1, par. 41).

[55] Le législateur a expressément prévu la possibilité pour l'accusé d'être mis en liberté moyennant un engagement assorti d'une caution, au lieu du dépôt d'un cautionnement en espèces. Les juges de paix et les juges ne devraient pas miner le régime de mise en liberté sous caution en supposant, à l'encontre de la preuve et de l'intention du législateur, qu'il sera plus efficace d'exiger de l'argent.

[56] Additionally, it now appears obvious that the quantum of the cash deposit set by the bail review judge was beyond the readily available means of the accused and his sureties. Courts have long held that it is impermissible to “fix the amount of a surety or cash deposit so high as to effectively constitute a detention order”, which means that the amount should not be beyond the readily available means of the accused and his or her sureties: *United States of America v. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199, at para. 22, citing *R. v. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370 (H.C.J.), at p. 379. As a result, a justice or a judge setting bail is under a positive obligation “to make inquiries into the ability of the accused to pay”: *R. v. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140, at para. 40, citing *R. v. Saunter*, 2006 ABQB 808, at para. 17 (CanLII). At the same time, the amount must be no higher than necessary to satisfy the concern that would otherwise warrant detention.

[57] Even though Mr. Antic testified that he had no assets in Canada and the proposed sureties testified that they did not have ready access to large sums of cash, the bail review judge set his cash bail at \$100,000. Unsurprisingly, it took Mr. Antic many months in custody to raise the money needed to satisfy this release condition. Not only was the bail review judge’s reliance on cash bail unreasonable in that he did not correctly apply the ladder principle, but the quantum he chose also became Mr. Antic’s “*de facto* prison”, which is a sign that the amount may have been set too high.

[58] Parliament limited cash bail for good reason. All the parties and interveners recognized that cash bail can operate unfairly. This is consistent with the findings of Professor Friedland’s study and of the

[56] En outre, il semble maintenant évident que le montant du dépôt d’argent fixé par le juge saisi de la demande de révision allait au-delà des ressources auxquelles l’accusé et ses cautions avaient facilement accès. Les tribunaux ont depuis longtemps établi qu’il n’est pas permis de [TRADUCTION] « fixer un montant de cautionnement ou de dépôt d’argent si élevé qu’il constitue dans les faits une ordonnance de détention »; autrement dit, ce montant ne devrait pas aller au-delà des ressources auxquelles l’accusé et ses cautions ont facilement accès (*United States of America c. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199, par. 22, citant *R. c. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370 (H.C.J.), p. 379). En conséquence, le juge de paix ou le juge appelé à fixer le cautionnement a l’obligation positive [TRADUCTION] « de s’enquérir de la capacité de payer de l’accusé » (*R. c. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140, par. 40, citant *R. c. Saunter*, 2006 ABQB 808, par. 17 (CanLII)). En même temps, le montant fixé ne doit pas être plus élevé que nécessaire pour dissiper la préoccupation qui justifierait par ailleurs la détention de l’accusé.

[57] Bien que M. Antic ait déclaré qu’il n’avait aucun bien au Canada et que les cautions proposées aient affirmé qu’elles n’avaient pas facilement accès à des sommes d’argent importantes, le juge saisi de la demande de révision a fixé le cautionnement en espèces à 100 000 \$. Il n’est pas étonnant que M. Antic ait dû passer de nombreux mois en détention afin d’amasser l’argent nécessaire pour satisfaire à cette condition de mise en liberté. Non seulement le juge saisi de la demande de révision a agi de manière déraisonnable en recourant au cautionnement en espèces — et ce, parce qu’il n’a pas correctement appliqué le principe de l’échelle —, mais en plus, le montant qu’il a choisi s’est transformé en un [TRADUCTION] « emprisonnement *de facto* » pour M. Antic, ce qui indique que ce montant était peut-être trop élevé.

[58] Le législateur a limité le cautionnement en espèces pour une bonne raison. Toutes les parties et tous les intervenants ont reconnu que le cautionnement en espèces peut être une cause d’injustice.

Ouimet Report. To interpret s. 515(2)(e) and the scheme governing the forms of release in a way that readily allows for increased resort to cash bail would be contrary to the intent of the *Bail Reform Act* and inconsistent with the right not to be denied reasonable bail without just cause enshrined in the *Charter*.

[59] As this case illustrates, requiring cash as a condition of release has the potential to result in increased incarceration of accused persons. Cash bail does not give impecunious persons greater access to bail. Rather, requiring a cash deposit will often prevent an accused person from being released, as it did for many months in Mr. Antic’s case. Professor Friedland observed in his study that a majority of accused persons who were required to deposit security as a condition of release were unable to raise the necessary funds: *Detention before Trial*, at pp. 130 and 176. An accused person’s release should not be contingent on his or her ability “to marshal funds or property in advance”: *ibid.*, at p. 176.

[60] Had the bail review judge applied the bail provisions properly, Mr. Antic could have been granted reasonable bail. Mr. Antic had suitable sureties and his sureties had available assets, but the judge’s insistence on cash bail led him to err. The bail review judge’s decision should be reversed.

(3) Does Section 515(2)(e) Violate the *Charter*?

[61] In this case, given that s. 515(2)(e) did not have the effect of denying Mr. Antic bail, I cannot conclude that it denies him bail without “just cause”. Thus, the first aspect of the s. 11(e) right

Cette opinion est compatible avec les conclusions de l’étude du professeur Friedland et celles du Rapport Ouimet. Donner à l’al. 515(2)e) et au régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté une interprétation ayant pour effet de faciliter un recours accru au cautionnement en espèces irait à l’encontre de l’objet de la *Loi sur la réforme du cautionnement* et serait incompatible avec le droit, consacré par la *Charte*, de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable.

[59] Comme l’illustre la présente affaire, exiger de l’argent comme condition de la mise en liberté peut se traduire par une augmentation des incarcérations. Le cautionnement en espèces ne donne pas aux personnes impecunieuses un plus grand accès à la mise en liberté sous caution. Le fait d’exiger un dépôt d’argent empêchera souvent l’accusé d’être libéré — comme ce fut le cas pendant plusieurs mois pour M. Antic. Le professeur Friedland a fait observer dans son étude que la majorité des accusés qui étaient obligés de déposer un cautionnement comme condition de leur mise en liberté n’étaient pas en mesure d’amasser les fonds nécessaires (*Detention before Trial*, p. 130 et 176). La mise en liberté d’un accusé ne devrait pas dépendre de sa capacité [TRADUCTION] « à amasser des fonds ou des biens à l’avance » (*ibid.*, p. 176).

[60] Si le juge saisi de la demande de révision avait appliqué les dispositions en matière de mise en liberté sous caution de manière appropriée, M. Antic aurait pu se voir accorder une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable. M. Antic avait des cautions convenables et celles-ci disposaient de biens, mais le juge a eu tort d’exiger le dépôt d’un cautionnement en espèces. Sa décision devrait être infirmée.

(3) L’alinéa 515(2)e) viole-t-il la *Charte*?

[61] En l’espèce, comme l’al. 515(2)e) n’a pas eu pour effet de priver M. Antic d’une mise en liberté sous caution, je ne puis conclure qu’il prive celui-ci « sans juste cause » d’une telle mise en liberté. En

not to be denied reasonable bail without just cause is not triggered.

[62] If section 515(2)(e) had imposed a geographical limit on a form of release that performs a function different than that of money, such as a surety, it may indeed have denied an accused bail without just cause. But that is not what is at issue in this case. As I explained above, release with a pledge is functionally the same as release with a cash deposit. The fact that cash bail was not an option in Mr. Antic's case did not have the effect of denying him bail. Because the Crown had justified a monetary condition of release, Mr. Antic or his sureties should have been allowed to pledge money rather than being required to deposit money with the court.

[63] Furthermore, I need not address the second aspect of the s. 11(e) right. Properly interpreted, s. 515(2)(e) does not apply to Mr. Antic and cannot therefore authorize an unreasonable form of release in his case. It is unnecessary to further elaborate on the meaning of reasonable bail.

#### D. *Proper Approach to Bail Moving Forward*

[64] Settling the proper interpretation of s. 515(2)(e) and the scheme governing the forms of release does not resolve one concern that underlies this case. The bail review judge's errors appear to be symptomatic of a widespread inconsistency in the law of bail. One commentator, Kent Roach, observes an element of incongruity in the bail system: "Although the Charter speaks directly to bail, the bottom line so far has been that remand populations and denial of bail have increased dramatically in the Charter era": K. Roach, "A Charter Reality Check: How Relevant Is the Charter to the Justness of Our

conséquence, le premier volet du droit garanti par l'al. 11e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable n'entre pas en jeu.

[62] Si l'alinéa 515(2)e) avait imposé une limite géographique à une forme de mise en liberté jouant un rôle différent de celui exercé par l'argent, telle la mise en liberté avec caution, il aurait pu effectivement priver sans juste cause l'accusé d'une mise en liberté sous caution. Il ne s'agit cependant pas là de la question à résoudre en l'espèce. Comme je l'ai déjà expliqué, la mise en liberté avec engagement est l'équivalent fonctionnel de la mise en liberté assortie d'un dépôt d'argent. Le fait que l'on ne pouvait exiger le dépôt d'un cautionnement en espèces dans le cas de M. Antic n'a pas eu pour effet de priver celui-ci d'une mise en liberté sous caution. Comme le ministère public avait justifié l'imposition d'une condition monétaire de mise en liberté, M. Antic ou ses cautions auraient dû être autorisés à contracter un engagement monétaire, plutôt que d'avoir à effectuer un dépôt d'argent auprès du tribunal.

[63] De plus, je n'ai pas besoin de me prononcer sur le deuxième volet du droit garanti à l'al. 11e). Dûment interprété, l'al. 515(2)e) ne s'applique pas à M. Antic et ne saurait donc autoriser une forme déraisonnable de mise en liberté en ce qui le concerne. Il n'est pas nécessaire de préciser davantage ce qu'il faut entendre par cautionnement raisonnable.

#### D. *L'approche applicable à l'avenir pour l'examen d'une demande de mise en liberté sous caution*

[64] Le fait d'établir l'interprétation à donner à l'al. 515(2)e) ainsi que le régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté ne dissipe pas l'une des préoccupations à la base de la présente affaire. Les erreurs commises par le juge saisi de la demande de révision semblent symptomatiques d'une absence généralisée d'uniformité dans l'application des règles de droit relatives à la mise en liberté sous caution. Un auteur, Kent Roach, constate une certaine incohérence dans l'application du régime de mise en liberté sous caution : [TRADUCTION] « Bien que la Charte traite directement de la

Criminal Justice System?” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717, at p. 727.

[65] Despite the fact that the *Code* applies uniformly across the country some have suggested that courts are applying the pre-trial forms of release differently in different provinces and territories. For instance, Rosenberg J.A., writing for a unanimous five-judge panel of the Court of Appeal for Ontario, recognized that “[t]here may now be an over reliance on sureties” in that province: *Mirza*, at para. 47; see also Canadian Civil Liberties Association and Education Trust, *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by A. Deshman and N. Myers (2014) (online), at p. 36 (“CCLA Report”); M. L. Friedland, “The *Bail Reform Act* Revisited” (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315, at p. 321; *R. v. Rowan*, 2011 ONSC 7362, at para. 16 (CanLII). Surety release may also be relied on heavily in Yukon: CCLA Report, at pp. 35-36. In Alberta, some judges and justices are improperly imposing cash bail without seeking the consent of the Crown even though doing so is prohibited by the *Code*: *R. v. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266, at paras. 2 and 13; *Brost*, at para. 32; N. L. Irving, *Alberta Bail Review: Endorsing a Call for Change* (2016) (online), at p. 20. These examples suggest a divergence in the law of bail across this country.

[66] It is time to ensure that the bail provisions are applied consistently and fairly. The stakes are too high for anything less. Pre-trial custody “affects the mental, social, and physical life of the accused and his family” and may also have a “substantial impact on the result of the trial itself”: Friedland, *Detention before Trial*, at p. 172, quoted in *Ell v. Alberta*,

mise en liberté sous caution, ce qu’il faut savoir, en fin de compte, c’est que le nombre de personnes en détention préventive et les refus d’accorder la mise en liberté sous caution ont augmenté considérablement depuis l’avènement de la Charte » (K. Roach, « A Charter Reality Check : How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System? » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717, p. 727).

[65] Malgré le fait que *Code* doit s’appliquer uniformément partout au pays, certaines sources semblent indiquer que les tribunaux appliquent les formes de mise en liberté avant le procès de manière différente dans diverses provinces et territoires. À titre d’exemple, le juge Rosenberg a reconnu dans l’arrêt unanime qu’il a rédigé au nom d’une formation de cinq juges de la Cour d’appel de l’Ontario qu’[TRADUCTION] « [i] est possible que l’on recoure maintenant trop aux cautions » dans cette province (*Mirza*, par. 47; voir aussi Association canadienne des libertés civiles et le Fidécimmis canadien d’éducation en libertés civiles, *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, par A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne), p. 36 (« Rapport de l’ACLC »); M. L. Friedland, « The *Bail Reform Act* Revisited » (2012), 16 *Rev. can. D.P.* 315, p. 321; *R. c. Rowan*, 2011 ONSC 7362, par. 16 (CanLII)). Il est également possible que la mise en liberté avec caution soit largement utilisée au Yukon (Rapport de l’ACLC, p. 35-36). En Alberta, certains juges et juges de paix imposent à tort le cautionnement en espèces sans demander le consentement du ministère public, même si cette pratique est interdite par le *Code* (*R. c. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266, par. 2 et 13; *Brost*, par. 32; N. L. Irving, *Alberta Bail Review : Endorsing a Call for Change* (2016) (en ligne), p. 20). Ces exemples tendent à indiquer que les règles de droit relatives à la mise en liberté sous caution sont appliquées de manière divergente à travers le pays.

[66] Le temps est venu de s’assurer que les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution soient appliquées de manière uniforme et équitable. Les enjeux sont trop importants pour qu’on se contente de moins. La détention avant le procès [TRADUCTION] « touche aux aspects moral, social et physique de la vie de l’accusé et de sa famille » et

2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at para. 24; see also *Hall*, at para. 59. An accused is presumed innocent and must not find it necessary to plead guilty solely to secure his or her release, nor must an accused needlessly suffer on being released: CCLA Report, at p. 3. Courts must respect the presumption of innocence, “a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. . . . [that] confirms our faith in humankind”: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20.

[67] Therefore, the following principles and guidelines should be adhered to when applying the bail provisions in a contested hearing:

- (a) Accused persons are constitutionally presumed innocent, and the corollary to the presumption of innocence is the constitutional right to bail.
- (b) Section 11(e) guarantees both the right not to be denied bail without just cause and the right to bail on reasonable terms.
- (c) Save for exceptions, an unconditional release on an undertaking is the default position when granting release: s. 515(1).
- (d) The ladder principle articulates the manner in which alternative forms of release are to be imposed. According to it, “release is favoured at the earliest reasonable opportunity and, having regard to the [statutory criteria for detention], on the least onerous grounds”: *Anoussis*, at para. 23. This principle must be adhered to strictly.
- (e) If the Crown proposes an alternative form of release, it must show why this form is

peut également avoir une « incidence considérable sur l’issue du procès lui-même » (Friedland, *Detention before Trial*, p. 172, cité dans *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 24; voir aussi *Hall*, par. 59). L’accusé est présumé innocent et il ne doit pas juger nécessaire de plaider coupable dans le seul but d’obtenir sa libération; il ne doit pas non plus souffrir inutilement pendant qu’il est en liberté (Rapport de l’ACLC, p. 3). Les tribunaux doivent respecter la présomption d’innocence, « un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. [. . .] [et qui] confirme notre foi en l’humanité » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119-120).

[67] En conséquence, les principes et les lignes directrices à suivre pour l’application des dispositions en matière de liberté sous caution lors d’une audience contestée sont les suivants :

- a) Les accusés jouissent du droit constitutionnel à la présomption d’innocence, présomption dont le corollaire est le droit constitutionnel à la mise en liberté sous caution.
- b) L’alinéa 11e) garantit tant le droit de ne pas être privé d’une mise en liberté sous caution sans juste cause que le droit à une mise en liberté sous caution assortie de conditions raisonnables.
- c) Sauf exceptions, une mise en liberté inconditionnelle sur remise d’une promesse constitue la solution par défaut à adopter lorsqu’il s’agit d’accorder une mise en liberté (par. 515(1)).
- d) Le principe de l’échelle énonce la manière dont d’autres formes de mise en liberté doivent être imposées. Il exige qu’on [TRADUCTION] « favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et, eu égard [aux critères légaux de détention], aux conditions les moins sévères possible » (*Anoussis*, par. 23). Ce principe doit être suivi rigoureusement.
- e) S’il propose une autre forme de mise en liberté, le ministère public doit démontrer la

- necessary. The more restrictive the form of release, the greater the burden on the accused. Thus, a justice of the peace or a judge cannot impose a more restrictive form of release unless the Crown has shown it to be necessary having regard to the statutory criteria for detention.
- (f) Each rung of the ladder must be considered individually and must be rejected before moving to a more restrictive form of release. Where the parties disagree on the form of release, it is an error of law for a justice or a judge to order a more restrictive form of release without justifying the decision to reject the less onerous forms.
- (g) A recognizance with sureties is one of the most onerous forms of release. A surety should not be imposed unless all the less onerous forms of release have been considered and rejected as inappropriate.
- (h) It is not necessary to impose cash bail on accused persons if they or their sureties have reasonably recoverable assets and are able to pledge those assets to the satisfaction of the court to justify their release. A recognizance is functionally equivalent to cash bail and has the same coercive effect. Thus, under s. 515(2)(d) or s. 515(2)(e), cash bail should be relied on only in exceptional circumstances in which release on a recognizance with sureties is unavailable.
- (i) When such exceptional circumstances exist and cash bail is ordered, the amount must not be set so high that it effectively amounts to a detention order, which means that the amount should not be beyond the readily available means of the accused and his or her sureties. As a corollary to this, the justice or judge is
- nécessité de celle-ci. Plus la forme de mise en liberté est restrictive, plus lourd est le fardeau imposé à l'accusé. En conséquence, un juge de paix ou un juge ne peut imposer une forme plus restrictive de mise en liberté que si le ministère public a démontré que celle-ci est nécessaire eu égard aux critères légaux de détention.
- f) Chaque échelon de l'échelle doit être examiné de façon individuelle et doit être écarté avant qu'il soit possible de passer à une forme plus restrictive de mise en liberté. En cas de désaccord des parties sur la forme de mise en liberté à accorder, le juge de paix ou le juge commet une erreur de droit en ordonnant une forme plus restrictive de mise en liberté sans justifier sa décision d'écarter les formes moins sévères.
- g) La mise en liberté avec engagement et caution est l'une des formes les plus sévères de mise en liberté. Une caution ne devrait être exigée que dans le cas où toutes les formes moins sévères de mise en liberté ont été examinées et écartées en raison de leur caractère inapproprié.
- h) Il n'est pas nécessaire d'imposer un cautionnement en espèces à des accusés si eux-mêmes ou leurs cautions possèdent des biens recouvrables par des moyens raisonnables et s'ils sont en mesure, à la satisfaction du tribunal, de mettre ceux-ci en gage pour justifier la mise en liberté. Un engagement est l'équivalent fonctionnel du cautionnement en espèces et a le même effet coercitif. En conséquence, sous le régime des al. 515(2)d) ou 515(2)e), le cautionnement en espèces ne devrait être imposé qu'en présence de circonstances exceptionnelles où un engagement avec caution est impossible.
- i) Lorsque de telles circonstances exceptionnelles existent et qu'un cautionnement en espèces est ordonné, le montant fixé ne doit pas être élevé au point où il équivaut dans les faits à une ordonnance de détention; autrement dit, ce montant ne devrait pas aller au-delà des ressources auxquelles l'accusé

under a positive obligation, when setting the amount, to inquire into the ability of the accused to pay. The amount of cash bail must be no higher than necessary to satisfy the concern that would otherwise warrant detention and proportionate to the means of the accused and the circumstances of the case.

- (j) Terms of release imposed under s. 515(4) may “only be imposed to the extent that they are necessary” to address concerns related to the statutory criteria for detention and to ensure that the accused can be released.<sup>5</sup> They must not be imposed to change an accused person’s behaviour or to punish an accused person.
- (k) Where a bail review is applied for, the court must follow the bail review process set out in *St-Cloud*.

[68] Of course, it often happens that the Crown and the accused negotiate a plan of release and present it on consent. Consent release is an efficient method of achieving the release of an accused, and the principles and guidelines outlined above do not apply strictly to consent release plans. Although a justice or a judge should not routinely second-guess joint proposals by counsel, he or she does have the discretion to reject one. Joint proposals must be premised on the statutory criteria for detention and the legal framework for release.

<sup>5</sup> Trotter, at p. 6-4. See e.g. *Re Keenan and The Queen* (1979), 57 C.C.C. (2d) 267 (Que. C.A.); *Anoussis*, at para. 17; *R. v. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575 (Ont. C.A.); *R. v. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. v. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288, at para. 18; *R. v. Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 576 A.R. 357, at para. 30; *R. v. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192, at paras. 19 and 23.

et ses cautions ont facilement accès. Corollairement, le juge de paix ou le juge a, au moment de l’établissement du montant du cautionnement, l’obligation positive de s’enquérir de la capacité de l’accusé de payer. Le montant fixé ne doit pas être plus élevé que nécessaire pour dissiper la préoccupation qui justifierait par ailleurs la détention de l’accusé, et doit être proportionné aux moyens de l’accusé et aux circonstances de l’affaire.

- j) Les conditions de mise en liberté visées au par. 515(4) ne peuvent [TRADUCTION] « être imposées que dans la mesure où elles sont nécessaires » pour dissiper les préoccupations liées aux critères légaux de détention et pour permettre la mise en liberté de l’accusé<sup>5</sup>. Elles ne doivent pas être imposées pour modifier le comportement de l’accusé ou pour le punir.
- k) Lorsqu’une demande de révision d’une ordonnance relative à la mise en liberté sous caution lui est présentée, le tribunal doit suivre le processus de révision applicable à cet égard énoncé dans *St-Cloud*.

[68] Bien entendu, il arrive souvent que le ministre public et l’accusé négocient un plan de libération et le soumettent de consentement. La mise en liberté avec consentement est une méthode efficace pour obtenir la mise en liberté d’un accusé. De plus, les principes et les lignes directrices susmentionnés ne s’appliquent pas de manière stricte aux plans de mise en liberté de consentement. Même s’il ne devrait pas systématiquement remettre en question les propositions conjointes des avocats, un juge de paix ou un juge a le pouvoir discrétionnaire de rejeter une telle proposition. Les propositions conjointes doivent se fonder sur les critères légaux de détention et sur le cadre légal régissant la mise en liberté.

<sup>5</sup> Trotter, p. 6-4. Voir p. ex. *Keenan c. Stalker Mun. J.* (1979), 12 C.R. (3d) 135 (C.A. Qc); *Anoussis*, par. 17; *R. c. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575 (C.A. Ont.); *R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. c. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288, par. 18; *R. c. Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 576 A.R. 357, par. 30; *R. c. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192, par. 19 et 23.

*E. Remedy*

[69] Given the bail review judge's errors, I must reverse his declaration of unconstitutionality. Because Mr. Antic is ordinarily resident in the province of Ontario, his release order is no longer legal. Cash-plus-surety release is not available to local accused persons under s. 515(2)(e). This leaves Mr. Antic without a release order.

[70] At the hearing, the Crown consented to Mr. Antic's release with only a cash deposit under s. 515(2)(d), which means that the money he has deposited would remain with the court. This would relieve Mr. Antic's surety of her duties.

[71] Given the Crown's consent, I would order that Mr. Antic's release order be replaced with one for his release under s. 515(2)(d). As I explained above, cash bail is generally inappropriate in a case such as this in which the accused has a surety and his surety has assets to pledge. But Mr. Antic is out on bail and does not need to be reincarcerated. Since he has already posted the cash deposit, the simplest way to keep Mr. Antic out of custody is to convert his form of release to cash-only bail. Although the quantum of bail may also be excessive, it would be inappropriate for this Court to vary the amount without the benefit of evidence from Mr. Antic and the Crown. The release order should retain the other conditions imposed by the bail review judge. Mr. Antic and the Crown retain the right to seek a variation of the release order.

*F. Disposition*

[72] I would allow the appeal, reverse the declaration of unconstitutionality and replace the cash-plus-surety release ordered by the bail review judge

*E. Réparation*

[69] Compte tenu des erreurs commises par le juge saisi de la demande de révision, je dois infirmer sa déclaration d'inconstitutionnalité. Comme M. Antic réside ordinairement dans la province de l'Ontario, son ordonnance de mise en liberté n'est plus légale. Suivant l'al. 515(2)e), la mise en liberté avec dépôt d'argent et caution ne peut être ordonnée à l'égard d'accusés dont la résidence est située dans le secteur où ils sont sous garde. M. Antic se retrouve donc sans ordonnance de mise en liberté.

[70] À l'audience, le ministère public a consenti à la libération de M. Antic avec dépôt d'argent seulement conformément à l'al. 515(2)d), ce qui signifie que l'argent déposé par celui-ci demeurerait au tribunal. La caution de M. Antic serait donc libérée de ses obligations.

[71] Vu le consentement du ministère public, j'ordonnerais que l'ordonnance de mise en liberté de M. Antic soit remplacée par une ordonnance de mise en liberté conforme à l'al. 515(2)d). Comme je l'ai expliqué, il est généralement inapproprié d'ordonner un cautionnement en espèces dans un cas comme celui qui nous occupe où l'accusé a une caution et où celle-ci dispose de biens à mettre en gage. Toutefois, M. Antic est en liberté sous caution et n'a pas besoin d'être réincarcéré. Comme il a déjà fait le dépôt d'argent, la façon la plus simple de maintenir M. Antic en liberté consiste à convertir sa forme de mise en liberté en une mise en liberté avec cautionnement en espèces seulement. Bien qu'il soit aussi possible que le montant du cautionnement soit excessif, il serait inopportun pour la Cour de modifier celui-ci sans disposer d'une preuve de M. Antic et du ministère public. L'ordonnance de mise en liberté devrait maintenir les autres conditions imposées par le juge saisi de la demande de révision. M. Antic et le ministère public conservent le droit de demander une modification de l'ordonnance de mise en liberté.

*F. Dispositif*

[72] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration d'inconstitutionnalité, et de remplacer l'ordonnance de mise en liberté avec dépôt

with a cash-only release on the same terms as those that he imposed.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Simcoe Chambers, Toronto; Chris Sewrattan, Toronto.*

d'argent et caution prononcée par le juge saisi de la demande de révision par une ordonnance de mise en liberté avec dépôt d'argent seulement, assortie des mêmes conditions que celles imposées par celui-ci.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Simcoe Chambers, Toronto; Chris Sewrattan, Toronto.*