



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : R. c. Zora, 2020 CSC 14

APPEL ENTENDU : 4 décembre 2019

JUGEMENT RENDU : 18 juin 2020

DOSSIER : 38540

ENTRE :

Chaycen Michael Zora
Appelant

et

Sa Majesté la Reine
Intimée

- et -

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Vancouver Area Network of Drug Users, British Columbia Civil Liberties Association, Association canadienne des libertés civiles, Independent Criminal Defence Advocacy Society, Pivot Legal Society et Association québécoise des avocats et avocates de la défense
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer

MOTIFS DE JUGEMENT :
(par. 1 à 127)

La juge Martin (avec l'accord du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe et Kasirer)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

R. c. ZORA

Chaycen Michael Zora

Appelant

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-Britannique,
Criminal Lawyers' Association of Ontario,
Vancouver Area Network of Drug Users,
British Columbia Civil Liberties Association,
Association canadienne des libertés civiles,
Independent Criminal Defence Advocacy Society,
Pivot Legal Society et
Association québécoise des avocats et avocates de la défense**

Intervenants

Répertorié : R. c. Zora

2020 CSC 14

N^o du greffe : 38540.

2019 : 4 décembre; 2020 : 18 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

Droit criminel — Omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement — Éléments de l'infraction — Mens rea — Prévenu déclaré coupable d'omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement après avoir omis de répondre à la porte lorsque la police s'est rendue à sa résidence — La mens rea pour l'infraction d'omission de se conformer aux conditions d'une promesse ou d'un engagement doit-elle être évaluée en fonction d'une norme subjective ou objective? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 145(3).

Z a été accusé d'infractions relatives aux drogues et a obtenu une mise en liberté sous conditions, notamment un couvre-feu et l'exigence de se présenter à la porte de sa résidence dans un délai de cinq minutes lorsque la police ou une personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution se présente pour confirmer qu'il respecte le couvre-feu. À deux reprises, Z ne s'est pas présenté à sa porte lorsque la police s'est rendue à sa résidence, et il a été inculpé en vertu du par. 145(3) du *Code criminel* de deux chefs d'accusation pour ne pas avoir respecté son couvre-feu et de deux chefs relatifs au manquement à sa condition de répondre à la porte. Z a présenté une preuve démontrant qu'il était dans sa chambre à coucher et qu'il lui aurait été difficile, voire impossible, d'entendre quelqu'un sonner ou frapper à la porte d'entrée. Le juge du procès a acquitté Z relativement aux allégations de violation du couvre-feu mais l'a déclaré coupable des deux chefs d'accusation d'omission de se présenter à la

porte. Le juge d'appel des poursuites sommaires a rejeté l'appel de Z et conclu qu'une *mens rea* objective était suffisante pour une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3) et que son comportement constituait un écart marqué par rapport à ce qu'une personne raisonnable aurait fait pour s'assurer qu'elle respectait ses conditions de mise en liberté sous caution. La Cour d'appel a rejeté l'appel de Z. Les juges majoritaires de la cour ont conclu que le par. 145(3) créait une infraction fondée sur une obligation qui nécessitait seulement une *mens rea* objective.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité de Z sont annulées et la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs relatifs à l'omission de répondre à la porte est ordonnée.

En vertu du par. 145(3) du *Code criminel*, la Couronne est tenue de prouver la *mens rea* subjective. Elle doit établir que la personne prévenue a commis un manquement à une condition d'une promesse, d'un engagement ou d'une ordonnance sciemment ou par insouciance. En conséquence, la tenue d'un nouveau procès est nécessaire concernant les deux chefs accusant Z d'avoir omis de répondre à la porte de sa résidence, en raison de l'erreur commise par les tribunaux d'instance inférieure, qui ont appliqué une norme de faute objective.

Pour la plupart des crimes, la forme de mise en liberté par défaut est la libération de la personne prévenue sur promesse d'être présente au procès, sans autres conditions. Des conditions de mise en liberté sous caution peuvent être imposées, mais seulement si elles sont clairement énoncées, les moins nombreuses possible,

nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible dans les circonstances et suffisamment liées aux risques que pose la personne prévenue au regard des motifs de détention prévus au par. 515(10) : assurer la présence de la personne prévenue au tribunal, assurer la protection ou la sécurité du public ou ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. La détermination des conditions de mise en liberté sous caution doit être conforme à la présomption d'innocence et au droit de ne pas se voir privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, l'art. 515 du *Code criminel* codifie le principe de l'échelle, selon lequel la forme de mise en liberté et les conditions de celle-ci imposées à la personne prévenue ne doivent pas être plus sévères que ce qui est nécessaire pour répondre aux risques énumérés au par. 515(10). Seules les conditions qui sont expressément adaptées à la situation personnelle de la personne prévenue peuvent satisfaire aux critères exigés. Les conditions de mise en liberté sous caution se veulent donc des normes de comportement particularisées conçues pour limiter les risques énoncés dans la loi que pose une personne en particulier et doivent être imposées avec retenue. La retenue est nécessaire parce que les conditions de mise en liberté sous caution restreignent la liberté d'une personne présumée innocente de l'infraction sous-jacente et, par l'infraction prévue au par. 145(3), créent de nouvelles sources de responsabilité criminelle éventuelle propre à la personne prévenue visée.

Le paragraphe 145(3) du *Code criminel* prévoit une infraction mixte qui s'applique aux manquements à des conditions imposées à une personne prévenue

dans une ordonnance judiciaire lorsque celle-ci est en liberté avant le procès, en attendant la détermination de la peine ou pendant un appel. Il s'agit d'un crime contre l'administration de la justice qui entraîne une peine maximale de deux ans d'emprisonnement. Toute personne prévenue est par conséquent passible d'un emprisonnement en vertu du par. 145(3) si elle manque à une condition de sa mise en liberté sous caution, même si en fin de compte elle n'est déclarée coupable d'aucun crime pour lequel elle était initialement accusée. Dans bien des cas, la personne prévenue s'expose à des sanctions pénales pour une conduite qui, n'eût été la condition de sa mise en liberté sous caution imposée, constituerait un exercice légal de sa liberté personnelle. Par conséquent, l'élément de faute qu'exige le par. 145(3) a des conséquences d'une portée considérable sur les libertés civiles et le fonctionnement équitable et efficace de la mise en liberté sous caution dans notre pays, et il existe un lien direct entre les conditions qui peuvent être imposées dans une ordonnance de mise en liberté sous caution et l'intention législative de criminaliser le manquement à celles-ci aux termes du par. 145(3).

Afin de déterminer la *mens rea* qu'exige le par. 145(3), il faut dégager la norme de faute que voulait le Parlement. La présomption est que le Parlement veut qu'un crime s'accompagne d'une faute subjective à moins qu'il existe une intention claire de la part du Parlement d'écarter la présomption. S'il existe une ambiguïté quant à la *mens rea* requise pour une infraction criminelle prévue dans le *Code criminel*, alors la présomption n'a pas été écartée. Le texte et le contexte du par. 145(3) laissent entendre que le Parlement voulait que la norme de la faute subjective

s'applique. Le texte du par. 145(3) est neutre en ce sens qu'il n'indique pas une intention claire de la part du Parlement à l'égard d'une *mens rea* subjective ou objective. L'absence de mots exprès indiquant une intention subjective ne suffit pas, à elle seule, à écarter la présomption de *mens rea* subjective. De plus, rien n'établit une intention claire de créer une infraction fondée sur une obligation qui appelle une *mens rea* objective. Les infractions fondées sur des obligations se rapportent à des obligations légales très différentes de celle de se conformer aux conditions d'une ordonnance judiciaire. De plus, contrairement à ces infractions fondées sur des obligations, les conditions de mise en liberté sous caution n'imposent pas une norme de conduite minimale uniforme en fonction d'intérêts de la société plutôt que des normes de conduite personnelles. Le Parlement a adopté un système de mise en liberté sous caution basé sur un processus individualisé et l'ordonnance de mise en liberté sous caution devrait énumérer des normes de conduite personnalisées et précises. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir à une norme sociale uniforme pour bien comprendre à quelle norme de diligence on s'attend que se conforme la personne prévenue dans le cadre du respect des conditions de sa mise en liberté sous caution, et il n'est pas nécessaire d'examiner ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances pour comprendre l'obligation imposée par le par. 145(3). De plus, la nature hautement individualisée des conditions de mise en liberté sous caution exclut la possibilité d'une norme sociale uniforme de conduite qui serait applicable à toutes les éventuelles infractions d'omission de se conformer à une condition. Les conditions de mise en liberté sous caution et les risques auxquels elles répondent varient aussi énormément parmi les individus faisant l'objet d'une

mise en liberté, de sorte qu'il n'est pas sensé de renvoyer aux concepts d'écart « marqué » ou « simple » par rapport à la norme de la personne raisonnable. L'infraction prévue au par. 145(3) n'est pas comparable aux autres infractions dont la perpétration suppose une faute objective, et la mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable ne peut être comparée à une activité réglementée que l'on entreprend volontairement. D'ailleurs, l'infraction d'omission de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution est similaire à celle du défaut de se conformer à une ordonnance de probation pour laquelle une *mens rea* subjective est requise.

L'exigence d'une faute subjective cadre avec les pénalités et les conséquences qui découlent d'une déclaration de culpabilité aux termes du par. 145(3). Une déclaration de culpabilité a des répercussions profondes sur le droit à la liberté de la personne contrevenante, y compris l'emprisonnement même si la personne contrevenante est acquittée de l'infraction sous-jacente ou des conditions additionnelles imposées dans le cadre d'une peine. Une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) engendre un casier judiciaire ou l'alourdit. Aussi, le fait de faire l'objet d'une accusation en vertu du par. 145(3) inverse le fardeau de la preuve en imposant aux personnes prévenues la charge de démontrer pourquoi elles devraient être à nouveau libérées sous caution. Les déclarations de culpabilité antérieures prononcées en vertu du par. 145(3) peuvent également être prises en compte lors d'enquêtes sur le cautionnement tenues relativement à des infractions ultérieures et mener à ce que la mise en liberté sous caution soit refusée ou à des conditions de mise

en liberté sous caution plus sévères pour des infractions ultérieures non liées. Les accusations de manquement s'accumulent souvent rapidement, menant à un cercle vicieux de conditions de mise en liberté sous caution de plus en plus nombreuses et sévères, plus d'accusations de manquement et finalement la détention avant procès. Ces conséquences graves présupposent que la personne a violé sa condition de mise en liberté sous caution sciemment, et non par inadvertance.

L'intention du Parlement d'exiger une faute subjective ressort également de l'objectif distinct du par. 145(3), soit de punir et dissuader les personnes prévenues qui manquent sciemment ou par insouciance à leurs conditions de mise en liberté sous caution. Le Parlement ne voulait pas que les sanctions pénales soient le principal moyen de gérer les risques ou les préoccupations associés aux individus libérés sous conditions. De tels risques ou préoccupations doivent être pris en compte par l'établissement de conditions qui sont minimales, raisonnables, nécessaires, les moins sévères possible et suffisamment liées au risque que pose la personne prévenue; des modifications à ces conditions lorsque cela est nécessaire, au moyen de révisions de la mise en liberté sous caution et de l'annulation des ordonnances de mise en liberté sous caution; et la révocation de la mise en liberté sous caution lorsque les conditions ne sont pas respectées. Les accusations portées en vertu du par. 145(3) ne sont pas, et ne devraient pas être, le principal moyen d'atténuer le risque. La révision d'une mise en liberté sous caution constitue la principale façon de contester ou de modifier des conditions de mise en liberté sous caution. La révocation de la mise en liberté sous caution en vertu de l'art. 524 du *Code criminel* et les accusations criminelles en vertu

du par. 145(3) ont pour effet combiné de favoriser le respect des conditions de mise en liberté sous caution, mais ils ont des objectifs législatifs distincts et différents. L'article 524 joue un rôle de gestion de risque; le par. 145(3) vise à punir et dissuader certaines conduites. Le paragraphe 145(3) est une mesure de dernier recours lorsque les autres outils de gestion du risque n'ont pas rempli leur fonction. L'effet de dissuasion individuelle n'existe que peu ou pas si la personne accusée ignorait qu'elle faisait quelque chose de mal. Pour être dissuadée d'adopter la conduite interdite, la personne accusée doit savoir quelle norme de comportement elle doit respecter et que sa conduite n'y répond pas.

L'exigence voulant que les conditions de mise en liberté sous caution soient adaptées à la personne prévenue indique qu'il faut une *mens rea* subjective de manière à ce que les caractéristiques individuelles de celle-ci seront prises en considération lors de l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution et en cas de manquement à celles-ci. Exiger une *mens rea* subjective renforce, reflète et respecte l'approche individualisée que commande l'imposition des conditions de mise en liberté sous caution. En pratique, le nombre de conditions de mise en liberté sous caution inutiles et déraisonnables, et la croissance du nombre d'accusations de manquement à une condition, indiquent que les conditions de mise en liberté sous caution ne sont pas suffisamment individualisées. La majorité des ordonnances de mise en liberté sous caution prévoient de nombreuses conditions qui souvent ne tiennent manifestement pas compte des risques que pose la personne prévenue. Une culture d'aversion du risque contribue à ce que les tribunaux imposent des conditions

excessives. Le caractère expéditif des enquêtes sur le cautionnement engendre aussi une culture de consentement, qui aggrave le manque de retenue dans l'imposition de conditions de mise en liberté excessives et qui incite les personnes prévenues à consentir à des conditions sévères de mise en liberté plutôt qu'à courir le risque d'être détenues. L'imposition de conditions sévères touche de façon disproportionnée les populations vulnérables et marginalisées, notamment celles vivant dans la pauvreté ou aux prises avec des problèmes de toxicomanie ou des maladies mentales, ainsi que les personnes autochtones. La présence d'un trop grand nombre de conditions inutiles, excessives et sévères fournit le contexte législatif pertinent pour conclure qu'il n'y a aucune intention claire du Parlement d'écarter la norme présumée de faute subjective pour le par. 145(3) et illustre la nécessité de faire preuve de retenue et d'examiner attentivement les conditions de mise en liberté sous caution.

Selon les principes de retenue et de l'échelle, quiconque propose d'ajouter des conditions de mise en liberté sous caution doit chercher à savoir quels risques se poseraient si la personne prévenue était libérée sans condition. Seules les conditions qui ciblent le risque de fuite de la personne prévenue, le risque d'atteinte à la protection ou à la sécurité du public ou le risque que le public perde confiance envers l'administration de la justice sont nécessaires. La condition de mise en liberté sous caution doit atténuer le risque qui empêcherait autrement la libération de la personne prévenue sans cette condition. Les conditions ne peuvent être imposées de façon injustifiée ou dans un but punitif et ne devraient pas être fondées sur un comportement. Elles doivent être suffisamment liées aux risques définis dans la loi,

définies aussi étroitement que possible pour réaliser leur objectif et raisonnables. Elles ne seront raisonnables que si, de façon réaliste, elles peuvent être et seront respectées par la personne prévenue. Elles ne peuvent contrevenir à une loi fédérale ou provinciale ou encore à la *Charte*, et doivent être claires, peu intrusives et proportionnées à tout risque précis que pose la personne prévenue. L'établissement des conditions de mise en liberté sous caution est un processus individualisé dans le cadre duquel des conditions normalisées, systématiques ou types n'ont pas leur place, peu importe que la mise en liberté sous caution soit contestée ou qu'elle résulte d'un consentement. Certaines conditions précises non énumérées sont couramment incluses dans les ordonnances de mise en liberté, mais il faut qu'elles soient examinées afin de s'assurer que chaque condition est nécessaire, raisonnable, le moins sévère possible et suffisamment lié à un risque mentionné au par. 515(10). Toutes les personnes qui jouent un rôle dans le système de mise en liberté sous caution sont tenues d'agir avec retenue et d'examiner attentivement les conditions de mise en liberté sous caution qu'elles proposent ou imposent. La Couronne, la défense et les tribunaux ont l'obligation de respecter les principes de la retenue et de la révision. En dernier ressort, l'obligation de s'assurer que les ordonnances de mise en liberté sous caution sont appropriées incombe aux entités judiciaires. Ces obligations s'appliquent aussi aux mises en liberté avec consentement. Les entités judiciaires ne devraient pas systématiquement remettre en question les propositions conjointes, mais elles ont toutefois le pouvoir discrétionnaire de rejeter les propositions trop larges et doivent agir avec prudence dans l'examen et l'approbation des ordonnances de mise en liberté sous caution obtenues avec consentement.

La *mens rea* subjective de l'infraction prévue au par. 145(3) peut être établie lorsque la Couronne prouve : 1) que la personne prévenue connaissait les conditions de sa mise en liberté sous caution ou faisait preuve d'aveuglement volontaire à leur égard; et 2) que la personne prévenue a sciemment omis d'agir conformément aux conditions de sa mise en liberté sous caution, ou qu'elle faisait preuve d'aveuglement volontaire face aux circonstances et qu'elle a omis de se conformer aux conditions malgré le fait qu'elle les connaissait, ou la personne prévenue a par insouciance omis d'agir conformément aux conditions, c'est-à-dire qu'elle était consciente qu'il y avait un risque important et injustifié que sa conduite ne respecte pas les conditions mais qu'elle n'a pas cessé d'agir de la sorte. L'oubli véritable d'une condition pourrait constituer une erreur de fait qui écarterait la *mens rea*. La personne prévenue n'est pas tenue d'être au courant des conséquences juridiques ou de la portée de la condition à laquelle elle est assujettie, mais elle doit savoir qu'elle est liée par la condition. La connaissance dans ce deuxième élément de la *mens rea* signifie que la personne prévenue doit être consciente des circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions, ou fasse preuve d'aveuglement volontaire à leur égard. Ce deuxième élément de la *mens rea* peut aussi être prouvé en démontrant que la personne prévenue a fait preuve d'insouciance. La connaissance du risque est essentielle pour qu'il y ait insouciance — la personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution et le risque que se présentent les circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution. L'insouciance est une norme subjective et la personne

prévenue doit être consciente que sa conduite créait un risque important de manquement aux conditions de sa mise en liberté sous caution ainsi que de tout facteur faisant en sorte que le risque n'était pas justifié.

En l'espèce, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison de l'erreur de droit commise par les tribunaux d'instance inférieure, qui ont appliqué une norme de faute objective plutôt que subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3). Il ne s'agit pas en l'espèce d'une situation où la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel* s'applique — le fait d'arrêter la mauvaise norme de faute ne constitue pas une erreur inoffensive ou négligeable. La *mens rea* subjective aurait obligé le juge du procès à tenir compte de l'état d'esprit de Z, ce qui aurait de toute évidence pu avoir une incidence sur le verdict. La preuve n'est pas à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité est inévitable. Un nouveau procès est donc nécessaire pour déterminer si Z a omis sciemment ou par insouciance de se conformer à ses conditions.

Jurisprudence

Citée par la juge Martin

Arrêts mentionnés : *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509; *R. c. Ludlow*, 1999 BCCA 365, 125 B.C.A.C. 194; *R. c. Tunney*, 2018 ONSC 961, 44 C.R. (7th) 221; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Oland*, 2017 CSC 17,

[2017] 1 R.C.S. 250; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18; *R. c. Schab*, 2016 YKTC 69, 35 C.R. (7th) 48; *R. c. Prychitko*, 2010 ABQB 563, 618 A.R. 146; *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39; *R. c. McCormack*, 2014 ONSC 7123; *R. c. Burdon*, 2010 ABCA 171, 487 A.R. 220; *R. c. Rowan*, 2018 ABPC 208; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Custance*, 2005 MBCA 23, 194 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Legere* (1995), 22 O.R. (3d) 89; *R. c. Lemay*, 2018 QCCS 1956; *R. c. J.A.D.*, 1999 SKQB 262, 187 Sask. R. 95; *R. c. Howe*, 2014 NBQB 259, 430 N.B.R. (2d) 202; *R. c. Mullin*, 2003 YKTC 26, 13 C.R. (6th) 54; *R. c. Selamio*, 2002 NWTSC 15; *R. c. Josephie*, 2010 NUCJ 7; *R. c. Ritter*, 2007 ABCA 395, 422 A.R. 1; *R. c. Loutitt*, 2011 ABQB 545, 527 A.R. 212; *R. c. Lofstrom*, 2016 ABPC 197, 39 Alta. L.R. (6th) 367; *R. c. Al Khatib*, 2014 NSPC 62, 350 N.S.R. (2d) 133; *R. c. A.M.Y.*, 2017 NSSC 99; *R. c. L.T.W.*, 2004 CanLII 2897; *R. c. Companion*, 2019 CanLII 119787; *R. c. Hammoud*, 2012 ABQB 110, 534 A.R. 80; *R. c. Qadir*, 2016 ABPC 27; *R. c. Osmond*, 2006 NSPC 52, 248 N.S.R. (2d) 221; *R. c. Brown*, 2012 NSPC 64, 319 N.S.R. (2d) 128; *R. c. Foote*, 2018 CanLII 38297; *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737; *R. c. Goleski*, 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, *aff'd* 2015 CSC 6, [2015] 1 R.C.S. 399; *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941; *R. c. Eby*, 2007 ABPC 81, 77 Alta. L.R. (4th) 149; *R. c. Bingley*, 2008 BCPC 245; *R. c. Laferrière*, 2013 QCCA 944; *R. c. John*, 2015 ONSC 2040; *R. c. Bremmer*, 2006 ABPC 93; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Omeasoo*, 2013

ABPC 328, 94 Alta. L.R. (5th) 244; *R. c. Parsons* (1997), 161 Nfld. & P.E.I.R. 145; *R. c. Morris*, 2013 ONCA 223, 305 O.A.C. 47; *R. c. Badgerow*, 2010 ONCA 236, 260 O.A.C. 273; *R. c. T.J.J.*, 2011 BCPC 155; *R. c. Mehan*, 2016 BCCA 129, 386 B.C.A.C. 1; *R. c. Tunney*, 2018 ONSC 961, 44 C.R. (7th) 221; *R. c. Birtchnell*, 2019 ONCJ 198, [2019] O.J. No. 1757; *R. c. Coombs*, 2004 ABQB 621, 369 A.R. 215; *R. c. Murphy*, 2017 YKSC 34; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *R. c. S.K.*, 1998 CanLII 13344; *R. c. McDonald*, 2010 ABQB 770; *R. c. K. (R.)*, 2014 ONCJ 566; *R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059; *R. c. Pammett*, 2014 ONSC 5597; *R. c. Clarke*, [2000] O.J. No. 5738; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 39; *R. c. Manseau*, [1997] AZ-51286266; *R. c. Denny*, 2015 NSPC 49, 364 N.S.R. (2d) 49; *R. c. Grey* (1993), 19 C.R. (4th) 363; *R. c. D.R.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200; *R. c. Gosai*, [2002] O.J. No. 359; *R. c. Doncaster*, 2013 NSSC 328, 335 N.S.R. (2d) 331; *R. c. A.D.B.*, 2009 SKPC 120, 345 Sask. R. 134; *R. c. Delacruz*, 2015 MBQB 32; *R. c. Tithi*, 2019 SKQB 299, [2019] S.J. No. 299; *R. c. Sabados*, 2015 SKCA 74, 327 C.C.C. (3d) 107; *R. c. Goddard*, 2019 BCCA 164, 377 C.C.C. (3d) 44; *R. c. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389; *R. c. Singh*, 2011 ONSC 717, [2011] O.J. No. 6389; *R. c. A.D.M.*, 2017 NSPC 77; *R. c. Singh*, 2018 ONSC 5336, [2018] O.J. No. 4757; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Edgar*, 2019 QCCQ 1328; *R. c. Smith*, 2008 ONCA 101, 233 O.A.C.; *R. c. Brown*, 2008 ABPC 128, 445 A.R. 211; *R. c. Chen*, 2006 MBQB 250, 209 Man. R. (2d) 181; *R. c. Withworth*, 2013 ONSC 7413, 59 M.V.R. (6th) 160; *R. c. Syblis*, 2015 ONCJ 73; *R. c. Blazevic* (1997), 31 O.T.C. 10; *R. c. Hutchinson* (1994), 160 A.R. 58; *R. c. Nedlin*, 2005 NWTTC 11, 32 C.R. (6th) 361; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1

R.C.S. 411; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(e).

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2, « juge de paix », 19, Partie IV, 145(2), (3) [aj. 2018, c. 29, art. 9(7)], (4), (5) [aj. 2019, c. 25, art. 4(7)], (5.1), 161(1) à (4), 215 à 217.1, 469, 493, « juge », 493.1, 493.2, 515, 518(1)(c)(iii), 520, 521, 522(4), 523(2), 523.1, 524, 680, 686(1)(b)(iii), 733.1, Partie XXV, 811(a), (b).

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19.

Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, c. 37, art. 133(3) [dans S.R.C. 1970, c. 2 (2^e suppl.), art. 4].

Doctrine et autres documents cités

Ashworth, Andrew, and Lucia Zedner. *Preventive Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Beattie, Karen, André Solecki, et Kelly E. Morton Bourgon. *Les caractéristiques de la détention et de la mise en liberté par la police et par le tribunal : Données tirées de l'Étude de l'Éfficacité du Système de Justice*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2013.

Berger, Benjamin L., and James Stribopoulos. « Risk and the Role of the Judge: Lessons from Bail », in Benjamin L. Berger, Emma Cunliffe and James Stribopoulos, eds., *To Ensure that Justice is Done: Essays in Memory of Marc Rosenberg*, Toronto, Thomson Reuters, 2017.

British Columbia. Prosecution Service. *Crown Counsel Policy Manual*, “Bail — Adult”, April 2019 (en ligne : <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/criminal-justice/prosecution-service/crown-counsel-policy->

manual/bai-1.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_1_eng.pdf).

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

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 2^e sess., 28^e lég., 5 février 1971, p. 3117.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n^o 300, 1^e sess., 42^{re} lég., 24 mai 2018, p. 19603 et 19606.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, vol. 1, n^o 8, 3^e sess., 28^e lég., 23 février 1971, p. 12 et 29.

Canada. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Justice différée, justice refusée*. Ottawa, juin 2017 (en ligne: https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/Court_Delays_Final_Report_f.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_3_fra.pdf).

Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Évaluation et analyses du système de mise en liberté sous caution du Canada*, par Kyle Coody, Gouvernement du Canada, 2018.

Canada. Service des poursuites pénales. *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, Partie III, c. 19, « Conditions de libération provisoire visant les surdoses d'opioïdes », mis à jour 1^{er} avril 2019 (en ligne : <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/d-g-fra.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_2_fra.pdf).

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes et les tribunaux de la jeunesse au Canada, 2016-2017*, par Zoran Miladinovic, Ottawa, Statistique Canada, janvier 2019.

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Tendances de l'utilisation de la détention provisoire au Canada*, par Maria Burczycka et Christopher Munch, Ottawa, Statistique Canada, octobre 2015.

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Tendances des infractions contre l'administration de la justice*, par Lindsay Porter et Donna Calverly, Ottawa, Statistique Canada, mai 2011.

- Canada. Statistique Canada. *Tableau 35-10-0177-01 — Statistiques des crimes fondés sur l'affaire, par infractions détaillées, Canada, provinces, territoires et régions métropolitaines de recensement* (en ligne : https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3510017701&request_locale=fr; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_4_fra.pdf).
- 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 (en ligne : <https://ccla.org/cclanewsites/wp-content/uploads/2015/02/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_5_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. « Reflections on Criminal Justice Reform in Canada » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 274.
- Friedland, Martin L. « The Bail Reform Act Revisited » (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315.
- John Howard Society of Ontario. *Reasonable Bail?*, September 2013 (en ligne : <https://johnhoward.on.ca/wp-content/uploads/2014/07/JHSO-Reasonable-Bail-report-final.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_6_eng.pdf).
- Manikis, Marie, and Jess De Santi. « Punishing while Presuming Innocence: A Study on Bail Conditions and Administration of Justice Offences » (2019), 60 *C. de D.* 873.
- Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
- Myers, Nicole Marie. « Eroding the Presumption of Innocence: Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail » (2017), 57 *Brit. J. Criminol.* 664.
- Ontario. Ministère du Procureur général. *Directive sur les poursuites*, « Mise en liberté provisoire par voie judiciaire (cautionnement) », novembre 2017 (en ligne : https://files.ontario.ca/books/crown_prosecution_manual_french_1.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_7_fra.pdf).
- Pivot Legal Society. *Project Inclusion: Confronting Anti-Homelessness & Anti-Substance User Stigma in British Columbia*, by Darcie Bennett and D.J. Larkin, 2019 (en ligne : <https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/pivotlegal/pages/3297/attachments/original>

nal/1543970419/project-inclusion-digital.pdf?1543970419; version
archive : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC14_8_eng.pdf).

Rankin, Micah B. « Using Court Orders to Manage, Supervise and Control Mentally Disordered Offenders: A Rights-Based Approach » (2018), 65 *C.L.Q.* 280.

Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « omission ».

Rogin, Jillian. « Gladue and Bail: The Pre-Trial Sentencing of Aboriginal People in Canada » (2017), 95 *Can. Bar. Rev.* 325.

Scollin, John A. *The Bail Reform Act: An Analysis of Amendments to the Criminal Code Related to Bail and Arrest*, Toronto, Carswell, 1972.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2011.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Sylvestre, Marie-Eve, Nicholas K. Blomley, and Céline Bellot. *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2019, release 1).

Webster, Cheryl Marie. *Lacunés relatives à la mise en liberté sous caution au Canada : comment y remédier?* Ottawa, Gouvernement du Canada, juin 2015.

Yule, Carolyn, and Rachel Schumann. « Negotiating Release? Analysing Decision Making in Bail Court » (2019), 61 *Can. J. Crimin. & Crim. Just.* 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Stromberg-Stein, Willcock, Savage, Fenlon et Fisher), 2019 BCCA 9, 370 C.C.C. (3d) 111, 53 C.R. (7th) 373, [2019] B.C.J. No. 18 (QL), 2019 CarswellBC 19 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Thompson, 2017 BSCS 2070, [2017] B.C.J. No. 2298 (QL), 2017 CarswellBC 3175 (WL Can.), qui a confirmé les

déclarations de culpabilité pour omission de se conformer à une condition d'un engagement prononcées contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Sarah Runyon, Garth Barriere et Michael Sobkin, pour l'appelant.

Éric Marcoux et Ryan Carrier, pour l'intimée.

Susan Reid, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Susanne Elliott, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Christine Mainville, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Jason B. Gratl et Toby Rauch-Davis, pour l'intervenant Vancouver Area Network of Drug Users.

Alexandra Luchenko, Roy W. Millen et Danny Urquhart, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Danielle Glatt, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Matthew Nathanson et Chantelle van Wiltenburg, pour l'intervenante
Independent Criminal Defence Advocacy Society.

David N. Fai et Caitlin Shane, pour l'intervenante Pivot Legal Society.

Nicholas St-Jacques et Pauline Lachance, pour l'intervenante
l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Introduction

[1] Tout individu accusé d'avoir commis un crime est présumé innocent et a le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable. La plupart des personnes prévenues ne sont pas détenues sous garde entre la date de l'accusation et le procès parce que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *Code* ») et la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») exigent en règle générale qu'elles fassent l'objet d'une libération communément appelée « mise en liberté sous caution »¹. Les personnes prévenues qui

¹ Par l'expression « mise en liberté sous caution », je renvoie à toutes les formes de mise en liberté provisoire par voie judiciaire ou de mise en liberté avant le procès prévues dans le *Code*.

ne sont pas remises en liberté par la police sont conduites devant une entité judiciaire² (c.-à-d. juge de paix ou juge) pour une enquête sur le cautionnement. Pour la plupart des crimes, la forme de mise en liberté par défaut est la libération de la personne prévenue sur promesse d'être présente au procès, sans conditions restreignant ses activités ou actions (par. 515(1) du *Code*). Toutefois, l'entité judiciaire peut imposer des conditions de mise en liberté si la Couronne la convainc que des restrictions particulières doivent être prises pour assurer la présence de la personne prévenue au tribunal, pour assurer la protection ou la sécurité du public ou pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice (par. 515(10); *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509, par. 21, 34 et 67j)).

[2] Le Parlement a créé une infraction criminelle distincte pour le manquement aux conditions de mise en liberté sous caution au par. 145(3) du *Code*³. Il s'agit d'un crime contre l'administration de la justice qui entraîne une peine

² J'utilise le terme « entité judiciaire » pour désigner à la fois les juges de paix et les juges. Dans le *Code*, « juge de paix » s'entend de juges de paix ou de juges d'une cour provinciale (art. 2), alors que « juge » s'entend de juges d'une cour supérieure d'une province ou d'un territoire, sauf au Nunavut, où le terme renvoie aux juges de la Cour de justice unifiée du Nunavut (art. 493).

³ Dans les présents motifs, l'infraction créée au par. 145(3) sera appelée l'infraction d'« omission de se conformer à une condition » et l'expression « conditions de mise en liberté sous caution » renverra à toutes les conditions découlant d'une promesse, d'un engagement, d'une directive ou d'une ordonnance mentionnées au par. 145(3), même si je note qu'une personne peut aussi être assujettie à des conditions après avoir été libérée par la police. Une personne prévenue peut également être inculpée en vertu du par. 145(3) pour avoir manqué à des conditions de non-communication prévues dans des directives et des ordonnances imposées si la personne prévenue est détenue avant le procès; cependant, par souci de simplicité, je vais employer l'expression « conditions de mise en liberté sous caution » pour désigner toutes ces conditions puisqu'il s'agit de conditions imposées avant la déclaration de culpabilité en vue de gérer les risques que pose la personne prévenue. À moins d'indication contraire, je renverrai aux dispositions pertinentes du *Code* dans leur version en vigueur au moment où M. Zora a été accusé en octobre 2015. Les dispositions du *Code* relatives à la mise en liberté sous caution ont fait l'objet d'une révision importante le 18 décembre 2019, et je traiterai de la portée de ces modifications après avoir examiné la structure de la mise en liberté sous caution qui existait au moment où M. Zora a été accusé et condamné.

maximale de deux ans d'emprisonnement. Toute personne prévenue est par conséquent passible d'un emprisonnement en vertu du par. 145(3) si elle manque à une condition de sa mise en liberté sous caution, même si en fin de compte elle n'est déclarée coupable d'aucun crime pour lequel elle était initialement accusée. Dans bien des cas, la personne prévenue s'expose à des sanctions pénales pour une conduite qui, n'eût été les conditions de sa mise en liberté sous caution, constituerait un exercice légal de sa liberté personnelle. Comme l'élément essentiel de l'infraction est l'omission de se conformer à une ordonnance judiciaire, il n'y a souvent pas de victime ni de violence, ni de préjudice direct au public ou de dommages directs causés à des biens.

[3] L'appelant, M. Zora, interjette appel de ses déclarations de culpabilité fondées sur le par. 145(3) pour avoir, à deux reprises, omis de se conformer à une condition de sa mise en liberté, soit celle de répondre à la porte lorsque la police se rend à sa résidence pour vérifier s'il respecte ses conditions de mise en liberté. Il a commis l'acte coupable (*actus reus*) en ne répondant pas à la porte lorsque la police s'est rendue chez lui. Nous devons déterminer quelle faute ou quel élément mental la Couronne doit prouver pour obtenir une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3): la *mens rea* pour cette infraction doit-elle être évaluée en fonction d'une norme subjective ou objective?

[4] Je conclus que la Couronne est tenue de prouver la *mens rea* subjective, et qu'aucune forme de faute moindre ne suffit. En vertu du par. 145(3), la Couronne

doit établir que la personne prévenue a commis le manquement sciemment ou par insouciance. Rien dans le texte ou le contexte du par. 145(3) n'écarte la présomption selon laquelle le Parlement entendait exiger une *mens rea* subjective. Cette intention législative est également appuyée par la jurisprudence de la Cour sur l'interprétation de l'infraction du défaut de se conformer à une ordonnance de probation, les conséquences des accusations et des déclarations de culpabilité fondées sur le par. 145(3), le rôle du par. 145(3) au sein du régime constitutionnel et législatif de mise en liberté sous caution et l'application pratique du système de mise en liberté sous caution. Comme les modifications récentes apportées au régime de la mise en liberté sous caution, une norme de *mens rea* subjective pour un manquement en vertu du par. 145(3) focalise l'attention sur la personne prévenue, comme il se doit.

[5] Les parties et les parties intervenantes reconnaissent que la question de la *mens rea* requise pour l'infraction prévue au par. 145(3) soulève des considérations plus larges au sujet du fonctionnement de notre système complexe de mise en liberté sous caution. Pour conclure qu'il y a eu un manquement à une condition de mise en liberté sous caution, il faut se reporter aux conditions imposées au début du processus de mise en liberté sous caution et se fonder sur celles-ci. Dans l'arrêt *Antic*, la Cour a confirmé les principes sous-tendant la mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, se fondant sur des préoccupations rapportées concernant le fonctionnement du système de mise en liberté sous caution au Canada. Trois ans après l'arrêt *Antic*, et avec le même objectif d'orienter les tribunaux, je traiterai de l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution de nature non pécuniaire et

des infractions criminelles qui découlent du manquement à ces conditions. Pour ce faire, il faut, comme dans l'arrêt *Antic*, adopter une vision d'ensemble. Les infractions prévues au par. 145(3) sont très courantes, sont en hausse et mettent souvent en jeu des conditions discutables imposées à des personnes vulnérables et marginalisées. Le Parlement a récemment pris des mesures pour s'attaquer à la façon dont les nombreuses et lourdes conditions de mise en liberté sous caution interagissent avec le par. 145(3) pour créer un cycle d'incarcération, particulièrement parmi les membres les plus vulnérables de la population. La Cour ne peut faire abstraction du contexte actuel dans lequel fonctionne le système de mise en liberté sous caution et propose, en réponse à cette réalité, une orientation concernant tant l'interprétation à donner au par. 145(3) que l'imposition des conditions de mise en liberté sous caution menant à de telles accusations.

[6] Quiconque participe au système de mise en liberté sous caution doit suivre les principes de retenue et de révision au moment d'imposer ou d'appliquer des conditions de mise en liberté sous caution. Le principe de la retenue exige que les conditions de mise en liberté sous caution soient clairement énoncées, qu'elles soient les moins nombreuses possible et qu'elles soient nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible dans les circonstances et suffisamment liées aux risques que pose la personne prévenue au regard des motifs de détention prévus au par. 515(10). Le principe de la révision requiert que tout le monde, et particulièrement les entités judiciaires, examine attentivement les conditions de mise en liberté sous caution à l'étape de la libération, peu importe que la mise en liberté sous caution fasse l'objet

d'une contestation ou d'un consentement. La plupart des conditions de mise en liberté sous caution restreignent la liberté d'une personne qui est présumée innocente. Le manquement à une condition peut mener à de graves conséquences juridiques pour la personne prévenue, et le grand nombre d'accusations de manquement a des conséquences importantes sur le système de justice déjà surchargé. Avant de transformer les conditions de mise en liberté sous caution en sources personnelles d'une potentielle responsabilité criminelle, les entités judiciaires devraient être conscientes des problèmes que pourraient causer les conditions. Le fait d'exiger une *mens rea* subjective pour que la responsabilité criminelle soit engagée en vertu du par. 145(3) tient compte des principes de retenue et de révision et reflète l'approche individualisée requise pour l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution.

[7] J'articulerai les présents motifs comme suit. Premièrement, je présenterai le contexte factuel et l'historique judiciaire du pourvoi. Deuxièmement, j'examinerai le cadre législatif et constitutionnel de la mise en liberté sous caution, lequel fournit le contexte nécessaire pour interpréter l'infraction d'omission de se conformer à une condition prévue au par. 145(3). Troisièmement, j'énoncerai pourquoi mon interprétation du par. 145(3) me mène à conclure que l'infraction exige une *mens rea* subjective. Quatrièmement, je fournirai des indications générales sur ce qui est requis pour qu'une condition de mise en liberté sous caution soit considérée comme nécessaire, raisonnable, la moins sévère possible et suffisamment liée aux risques énumérés au par. 515(10). Cinquièmement, j'expliquerai ce qui est nécessaire pour prouver la *mens rea* subjective qu'exige l'infraction d'omission de se conformer à

une condition. Enfin, j'expliquerai pourquoi je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans la présente affaire.

II. Contexte factuel et historique judiciaire

[8] M. Zora a été accusé de trois chefs de possession de substances en vue d'en faire le trafic, infraction prévue dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, et a obtenu une mise en liberté sur son propre engagement⁴ et sous caution⁵, sa mère ayant accepté d'agir à ce titre. Aux termes des douze conditions de sa mise en liberté sous caution, il était tenu de [TRADUCTION] « ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite », de se présenter sur demande à la personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution conformément aux directives données, de rester dans la province de la Colombie-Britannique sauf si la personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution a consenti à ce qu'il en sorte, d'obéir aux règles et règlements de sa résidence, de rester chez lui à moins de sortir le jour en étant accompagné par sa mère ou son père ou une personne approuvée par la personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution et d'avoir obtenu le consentement de celle-ci (condition appelée le couvre-feu ou la condition de détention à domicile), de se présenter à la porte de sa résidence dans un délai de cinq minutes lorsque la police ou une personne

⁴ Selon la définition donnée dans l'arrêt *Antic*, un engagement « est la “reconnaissance formelle d'une dette envers le ministère public”, reconnaissance étant généralement annulée lorsque [la personne accusée] se présente devant le tribunal pour son procès » (note de bas de page 2).

⁵ L'arrêt *Antic* comprend également une définition du terme « caution » : « [u]ne caution est une personne qui supervise [la personne accusée] et qui s'assure que [celle]-ci respecte son engagement envers le tribunal de comparaître au procès » (note de bas de page 1).

en charge de la surveillance de sa liberté sous caution se présente pour confirmer qu'il respecte la condition de détention à domicile, de ne pas être possession de substances désignées non prescrites, d'accessoires facilitant la consommation de drogues ou d'un téléphone cellulaire, de prendre part à un programme de traitement en établissement s'il y consent et de n'être en possession d'aucune arme (d.a., p. 137).

[9] Au cours de la période d'environ un mois entre la mise en liberté de M. Zora le 17 septembre 2015 et les manquements qu'il aurait commis en octobre 2015, la police est allée chez lui presque tous les jours, à différentes heures de la soirée, pour vérifier s'il respectait le couvre-feu. Le juge du procès a conclu qu'en raison de la nature des accusations, la GRC [TRADUCTION] « a fait preuve de beaucoup de diligence en enquêtant sur toute possible violation » des conditions de mise en liberté sous caution de M. Zora (C. prov. C.-B., Nos. 38980-6-CAC, 38980-7-CAC, 29 mars 2017, par. 2 (« motifs du juge du procès »), reproduits dans le d.a., p. 2).

[10] Deux soirs au cours de la fin de semaine de l'Action de grâces, les 9 et 11 octobre 2015, M. Zora ne s'est pas présenté à sa porte lorsque la police s'est rendue à sa résidence vers 22 h 30. M. Zora a appris qu'il avait raté les visites de la police seulement deux semaines plus tard lorsqu'il a été informé des deux chefs d'accusation dont il faisait l'objet pour ne pas avoir respecté sa condition de couvre-feu et des deux chefs relatifs au manquement à sa condition de répondre à la porte. À la suite de ces accusations, M. Zora a été libéré sous caution aux termes d'un

engagement semblable, mais avec la condition supplémentaire qu'il réponde personnellement et immédiatement au téléphone de sa résidence lorsqu'appelle la police ou une personne en charge de la surveillance de sa liberté sous caution. M. Zora a témoigné qu'il avait par la suite installé un système audiovisuel à sa porte d'entrée et qu'il avait changé de chambre à coucher pour s'assurer de ne pas manquer les prochaines vérifications de la police.

[11] M. Zora, sa mère et sa petite amie ont témoigné que les trois se trouvaient à la maison la fin de semaine de l'Action de grâce. M. Zora a déclaré qu'il lui aurait été difficile, voire impossible, d'entendre quelqu'un sonner ou frapper à la porte d'entrée à partir de sa chambre à coucher. Celle-ci se trouvait au sous-sol, à l'autre extrémité de la maison, et il était fatigué ce soir-là et était allé se coucher tôt parce qu'il était en sevrage d'héroïne et suivait un programme de traitement à la méthadone. Le juge du procès a exprimé certains doutes quant à la crédibilité et à la fiabilité des personnes témoignant pour la défense, mais n'a toutefois tiré aucune conclusion de fait claire sur la question de savoir si M. Zora savait qu'il était incapable d'entendre de sa chambre la sonnette de la porte quand la police s'est présentée chez lui cette fin de semaine là (motifs du juge du procès, par. 11-14).

[12] Le juge du procès a acquitté M. Zora relativement aux allégations de violation du couvre-feu, car il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Zora était à l'extérieur de la maison à ce moment. Il a déclaré M. Zora coupable des deux chefs d'accusation d'omission de se présenter à la porte lors des

vérifications du respect du couvre-feu. Il a assimilé les infractions prévues au par. 145(3) à des infractions de responsabilité stricte et a par conséquent conclu que M. Zora était coupable de manquement à ses conditions étant donné qu'il n'avait pas [TRADUCTION] « organisé sa vie de manière à respecter les conditions de sa mise en liberté sous caution » (motifs du juge du procès, par. 16). M. Zora a été condamné à payer une amende de 920 \$.

[13] Le juge d'appel des poursuites sommaires a rejeté l'appel et conclu qu'une *mens rea* objective était suffisante pour une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3) parce que, dans l'arrêt *R. c. Ludlow*, 1999 BCCA 365, 125 B.C.A.C. 194, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a retenu une norme de faute objective pour ces types d'infractions (2017 BCSC 2070, par. 7 (CanLII)). Cela signifiait que les déclarations de culpabilité de M. Zora ont été confirmées parce que son comportement constituait un écart marqué par rapport à ce qu'une personne raisonnable aurait fait pour s'assurer qu'elle respectait ses conditions.

[14] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, composée d'une formation de cinq juges, a rejeté l'appel (2019 BCCA 9, 53 C.R. (7th) 373). Le juge Stromberg-Stein, qui a rédigé les motifs des quatre juges majoritaires, a conclu que le par. 145(3) exige seulement une *mens rea* objective. Selon les juges majoritaires, le texte, le contexte et l'objet du par. 145(3) créaient une infraction fondée sur une obligation, laquelle reposait sur l'obligation légale expresse de se conformer aux

conditions de la mise en liberté sous caution, ce qui démontrait l'intention du Parlement de créer une infraction nécessitant une *mens rea* objective (par. 53-58).

[15] La juge Fenlon, qui a souscrit au résultat, a quant à elle conclu que le par. 145(3) exigeait une faute subjective. À son avis, il ne s'agissait pas d'une infraction fondée sur une obligation, et ni les mots utilisés, ni le régime établi par la disposition, ni l'objet de l'infraction ne permettaient de conclure à une intention législative claire voulant écarter la présomption de l'élément de faute subjective. La juge Fenlon a néanmoins rejeté l'appel au motif que la Couronne avait établi une faute subjective en démontrant que M. Zora avait fait preuve d'insouciance puisqu'il savait qu'il y avait des parties de sa maison où il n'entendrait pas la sonnette de la porte et il n'avait pourtant fait aucun effort pour régler la situation (par. 95-96).

III. Cadre législatif et contexte du paragraphe 145(3)

[16] Le paragraphe 145(3) prévoit une infraction mixte qui s'applique aux manquements à des conditions imposées à une personne prévenue dans une ordonnance judiciaire avant le procès, en attendant la détermination de la peine ou pendant un appel. L'infraction figure à la partie IV du *Code*, qui traite des infractions contre l'application de la loi et l'administration de la justice. Il existe des infractions au libellé semblable visant les personnes prévenues qui omettent d'être présentes au tribunal lorsqu'elles sont tenues de le faire (par. 145(2), (4) et (5)) ou qui omettent de se conformer à une condition d'une promesse imposée par la personne autorisée à le faire selon le par. 145(5.1). Étant donné que ces infractions sont essentiellement

semblables pour ce qui est du texte et du contexte, je ne vois aucune raison pour laquelle ces infractions devraient être assorties d'une norme de faute différente de l'infraction prévue au par. 145(3).

[17] L'ancêtre du par. 145(3), le par. 133(3), a été adopté en 1972 au moyen de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, c. 37. Il créait une infraction pour les cas où une personne assujettie aux conditions d'une promesse ou d'un engagement dans le cadre d'une mise en liberté sous caution « omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de se conformer à cette condition » (S.R.C. 1970, c. 2 (2^e suppl.), art. 4). Avant cette disposition, il n'existait pas d'infraction pour l'omission de se conformer à une condition de mise en liberté sous caution et le *Code* ne fournissait aucune indication pour ce qui est de l'imposition de telles conditions (*Antic*, par. 23).

[18] Le paragraphe 145(3) a été modifié en 2018 pour supprimer le fardeau inversé qui incombait à la personne prévenue de prouver qu'elle avait une excuse légitime (L.C. 2018, c. 29, par. 9(7)). Le 18 décembre 2019, dans le cadre d'un ensemble de changements apportés au régime de mise en liberté sous caution, l'infraction prévue au par. 145(3) a été divisée en deux paragraphes pour traiter séparément l'omission de se conformer à une promesse au par. 145(4), et l'omission de se conformer à une ordonnance de mise en liberté ou de non-communication au par. 145(5) (L.C. 2019, c. 25, par. 47(1)). Bien que ces changements ne modifient pas réellement l'infraction d'omission de se conformer à une condition, le Parlement a

aussi apporté des changements importants pour répondre aux préoccupations croissantes concernant l'imposition de conditions de mise en liberté excessives et inéquitables et le recours abusif à des sanctions pénales pour le non-respect de conditions de mise en liberté sous caution (voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, no 300, 1^{re} sess., 42^e lég., 24 mai 2018, p. 19603 et 19606, hon. Jody Wilson-Raybould, ministre de la Justice et procureure générale).

[19] Les parties et les parties intervenantes reconnaissent que la question particulière dont est saisie la Cour doit être située dans le contexte juridique et factuel complexe de mise en liberté sous caution au Canada. Non seulement l'élément de faute qu'exige le par. 145(3) a des conséquences d'une portée considérable sur les libertés civiles et le fonctionnement équitable et efficace de la mise en liberté sous caution dans notre pays, mais il existe un lien direct entre les conditions qui peuvent être imposées dans une ordonnance de mise en liberté sous caution et l'intention législative de criminaliser le manquement à celles-ci aux termes du par. 145(3). Avant de regarder de quelle façon le par. 145(3) devrait être interprété, il est nécessaire de donner un aperçu des facteurs et du cadre qui structurent la façon dont les conditions de mise en liberté sous caution sont établies. Les conditions de mise en liberté auxquelles s'applique le par. 145(3) sont imposées dans le cadre d'un système de mise en liberté sous caution circonscrit par la *Charte*, régi par le *Code* et reposant sur la jurisprudence.

[20] D'un point de vue constitutionnel, la plupart des conditions de mise en liberté sous caution restreignent la liberté de personnes qui sont présumées innocentes et leur font courir le risque que leur responsabilité criminelle soit engagée en raison de l'infraction d'omission de se conformer à une condition, aux termes du par. 145(3). Par conséquent, la détermination des conditions de mise en liberté sous caution doit être conforme à la présomption d'innocence et au droit de ne pas se voir priver sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) de la *Charte* (voir *Antic*, par. 67; *R. c. Tunney*, 2018 ONSC 961, 44 C.R. (7th) 221, par. 36). L'alinéa 11e) protège à la fois le droit de ne pas se voir privé « sans juste cause » d'une mise en liberté sous caution et le droit à des conditions de mise en liberté raisonnables (*R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 689; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 735; *Antic*, par. 36-41). Le droit prévu à l'al. 11e) est « un élément essentiel d'un système de justice pénale éclairé » qui « consacre l'effet de la présomption d'innocence à l'étape préalable au procès criminel et protège la liberté des [personnes accusées] » (*Antic*, par. 1)⁶. La présomption d'innocence est « un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel [. . .] [qui] confirme notre foi en l'humanité » (*Antic*, par. 66-67a), citant *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119-120; voir aussi *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, par. 1). Dans le cadre du processus de mise en liberté sous caution, la présomption d'innocence n'est respectée que lorsque les exigences de l'al. 11e) sont satisfaites

⁶ Exception faite des conditions de mise en liberté sous caution imposées à la suite d'une déclaration de culpabilité, par exemple dans le cas de la mise en liberté sous caution entre la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine ou dans l'attente de l'issue d'un appel (voir *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 117; *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250, par. 35).

(*Pearson*, p. 688-689; *Morales*, p. 748). Pour reprendre les mots d'Andrew Ashworth et de Lucia Zedner, la présomption d'innocence et la protection des droits à la liberté signifient que [TRADUCTION] « l'État devrait présumer que les personnes sont inoffensives . . . par conséquent, on aurait en principe tort de prendre des mesures coercitives contre des personnes à titre préventif à moins qu'il y ait des justifications impérieuses de le faire » (*Preventive Justice* (2014), p. 53). La *Charte* protège donc les personnes prévenues de l'imposition de conditions déraisonnables de mise en liberté sous caution.

[21] L'article 515 du *Code* régit la façon dont les entités judiciaires exercent leur pouvoir discrétionnaire pour accorder la mise en liberté sous caution, prévoit les formes juridiques que celle-ci peut revêtir et exige que les conditions imposées ne soient pas plus sévères que nécessaire pour répondre aux risques énumérés au par. 515(10), à savoir le risque que la personne prévenue ne se présente pas au tribunal, le risque pour la protection ou la sécurité du public et le risque que le public perde confiance envers l'administration de la justice. Les paragraphes 515(1) à (3) codifient le « principe de l'échelle », fondé sur la retenue, selon lequel « la forme de mise en liberté imposée à [la personne accusée] ne doit pas être plus sévère que ce qui est nécessaire » (*Antic*, par. 44). L'entité judiciaire n'est autorisée à imposer une forme de mise en liberté plus sévère que si la Couronne « démontre pourquoi une forme qui l'est moins serait inappropriée » (*Antic*, par. 47). Par conséquent, la forme de mise en liberté par défaut qui devrait être imposée à une personne prévenue inculpée d'une infraction, autre que les infractions très graves énumérées à l'art. 469,

est la mise en liberté sur remise d'une promesse *sans conditions* (par. 515(1)). Aux termes de l'al. 515(2)a), si la Couronne démontre que la personne prévenue ne devrait pas être mise en liberté sur remise d'une promesse sans conditions, l'entité judiciaire devrait envisager de la mettre en liberté sur remise d'une promesse assortie de conditions.

[22] Le *Code* prévoit certaines conditions précises ainsi que d'autres conditions non précisées de mise en liberté sous caution. Les conditions énumérées aux par. 515(4) à (4.2) donnent des indications quant à la nature individualisée des conditions et le degré attendu de lien entre la condition imposée et les risques énumérés au par. 515(10). La plupart des conditions discrétionnaires énumérées au par. 515(4) visent le risque de fuite de la personne prévenue ou le risque qu'elle ne se présente pas au tribunal au moment indiqué : se présenter à la personne responsable selon l'al. 515(4)a), demeurer dans le ressort de la juridiction (al. 515(4)b)), aviser la personne responsable selon l'al. 515(4)c) de tout changement d'adresse et d'emploi (al. 515(4)c)) et remettre son passeport (al. 515(4)e)) (voir G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-27 à 6-32). Les conditions énumérées relatives aux ordonnances de non-communication (al. 515(4)d) et par. 515(4.2)), aux restrictions géographiques (al. 515(4)d)) et aux interdictions impératives de possession d'armes pour des infractions précises (par. 515(4.1)) sont directement liées au deuxième motif de détention : la sécurité publique. En fait, même dans le cas des interdictions impératives de possession d'armes, l'entité judiciaire dispose d'une certaine marge de manœuvre pour ne pas imposer de telles interdictions si elle

considère que la condition n'est pas nécessaire pour protéger la sécurité de la personne prévenue, de la victime ou de toute autre personne (art. 515(4.1)).

[23] Aux termes de l'alinéa 515(4)f)⁷, les entités judiciaires ont aussi une certaine marge de manœuvre pour imposer des conditions non énumérées, définies de la façon suivante : « telles autres conditions raisonnables [. . .] que le juge de paix estime opportunes ». Comme il ressort des douze, et ensuite treize, conditions de mise en liberté imposées à M. Zora, les conditions de mise en liberté sous caution non énumérées couvrent souvent un vaste éventail d'activités. L'éventail des conditions fréquemment imposées inclut l'exigence que la personne prévenue ne trouble pas l'ordre public et ait une bonne conduite, l'interdiction d'utiliser un téléphone cellulaire et d'avoir accès à l'Internet, le contrôle de la consommation d'alcool et de drogue, l'imposition d'un couvre-feu, l'imposition de restrictions de déplacement dans de grandes parties d'une ville, l'exigence de se soumettre à des fouilles effectuées au hasard, et même des restrictions quant à l'exercice par la personne prévenue de son droit à la liberté d'expression et de son droit de réunion pacifique (voir, p. ex., Trotter, p. 6-44.1).

[24] La jurisprudence exige que les entités judiciaires respectent le principe de l'échelle : elles doivent d'abord considérer une mise en liberté sous caution assortie de peu de conditions, peu sévères, avant de considérer une mise en liberté sous caution assortie de conditions plus sévères (voir *R. c. Schab*, 2016 YKTC 69, 35 C.R.

⁷ Cette disposition se trouve à l'al. 515(4)h) depuis le 18 décembre 2019. Les autres conditions énumérées sont numérotées différemment, mais leur contenu n'a pas changé.

(7th) 48, par. 29; *R. c. Prychitko*, 2010 ABQB 563, 618 A.R. 146, par. 14). La jurisprudence indique clairement que les conditions non énumérées imposées au titre de l'al. 515(4)f), comme les conditions énumérées, doivent être minimales, nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible dans les circonstances et suffisamment liées au risque indiqué au par. 515(10) (*Antic*, par. 67j); voir aussi *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, par. 78-80). Le principe de l'échelle s'applique aux conditions de mise en liberté tout comme il s'applique aux formes de mise en liberté. Il existe un lien entre le principe de l'échelle et le nombre et le contenu des conditions de mise en liberté sous caution. Sans une approche empreinte de retenue dans l'imposition des conditions, une forme moins sévère de mise en liberté sous caution, comme une promesse assortie de conditions, peut devenir tout aussi sinon plus sévère que d'autres mesures à des échelons plus élevés de la mise en liberté sous caution, voire, dans certains cas, encore plus restrictive qu'une ordonnance de sursis et une ordonnance de probation rendues à la suite d'une déclaration de culpabilité (*R. c. McCormack*, 2014 ONSC 7123, par. 23 (CanLII); *R. c. Burdon*, 2010 ABCA 171, 487 A.R. 220, par. 8).

[25] Seules les conditions qui sont expressément adaptées à la situation personnelle de la personne prévenue peuvent satisfaire à ces critères. Les conditions de mise en liberté sous caution se veulent donc des normes de comportement particularisées conçues pour limiter les risques énoncés dans la loi que pose une personne en particulier. Elles doivent être imposées avec retenue, non seulement parce qu'elles restreignent la liberté d'une personne présumée innocente de

l'infraction sous-jacente, mais aussi parce que le par. 145(3) a souvent pour effet de criminaliser un comportement qui serait autrement légal. En fait, chaque condition de mise en liberté sous caution imposée crée une nouvelle source de responsabilité criminelle éventuelle propre à la personne prévenue visée.

[26] Beaucoup de parties intervenantes ont attiré l'attention sur les problèmes répandus qui persistent, même après la publication de l'arrêt *Antic* de la Cour, en raison du fait que les personnes prévenues continuent de se voir imposer des conditions de mise en liberté sous caution inutiles, déraisonnables, indûment restrictives, trop nombreuses ou qui, dans les faits, vouent la personne prévenue à l'échec. Une telle pratique contrevient au principe de la retenue qui a toujours été la pierre angulaire du droit régissant l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution. La retenue comporte une dimension constitutionnelle et une assise législative, et est non seulement reconnue dans la jurisprudence, mais a aussi été expressément confirmée par les modifications récentes qui sont entrées en vigueur le 18 décembre 2019. L'article 493.1 énonce maintenant explicitement le « principe de la retenue » applicable à toutes les décisions de mise en liberté provisoire. Ce principe implique de « cherche[r] en premier lieu » à accorder à la personne prévenue une mise en liberté aux « conditions les moins sévères possible dans les circonstances, notamment celles qu'[elle] peut raisonnablement respecter ». L'article 493.2 exige que les entités judiciaires qui prennent des décisions sur la mise en liberté sous caution accordent une attention particulière aux circonstances propres aux personnes prévenues autochtones ou aux personnes prévenues appartenant à des populations

vulnérables qui sont surreprésentées au sein du système de justice pénale et qui souffrent d'un désavantage lorsqu'il s'agit d'obtenir une mise en liberté.

[27] Le Parlement a aussi pris des mesures pour dissiper les préoccupations concernant la surcriminalisation des manquements aux conditions de mise en liberté sous caution, qui s'explique en partie par l'imposition initiale de conditions nombreuses et sévères. En plus des changements apportés à la révocation de la mise en liberté sous caution à l'art. 524, le Parlement a adopté une nouvelle procédure pour gérer les accusations relatives aux omissions de se conformer aux conditions de mise en liberté visées au par. 145(3), appelée la « comparution pour manquement » (art. 523.1). Si une personne prévenue a omis de se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution, et qu'elle n'a pas causé de dommage à une victime, de dommages matériels ou de pertes économiques, la Couronne peut choisir de la renvoyer à une comparution pour manquement. Si elle est convaincue que la personne prévenue a omis de se conformer à l'ordonnance du tribunal ou d'être présente au tribunal, l'entité judiciaire doit examiner les conditions de mise en liberté sous caution imposées à la personne prévenue tout en tenant spécialement compte de la situation particulière de celle-ci. L'entité judiciaire peut alors décider de ne pas agir, de remettre la personne prévenue en liberté sous de nouvelles conditions ou de la détenir. Si la personne prévenue a été inculpée d'une infraction d'omission de se conformer à une condition, l'entité judiciaire doit rejeter l'accusation après avoir pris sa décision (art. 523.1; *R. c. Rowan*, 2018 ABPC 208, par. 39-40 (CanLII)).

[28] Même si ces modifications ont été apportées après que M. Zora a été accusé, je remarque que mon interprétation de la *mens rea* exigée par le par. 145(3), basée sur le contexte législatif pertinent du régime de mise en liberté sous caution, cadre avec les préoccupations dont a pris acte le Parlement et auxquelles il a répondu récemment par ces modifications.

IV. Interprétation de la *mens rea* qu'exige le paragraphe 145(3)

A. *Mens rea subjective et objective*

[29] La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si la *mens rea* qu'exige le par. 145(3) est subjective ou objective. La norme de la faute subjective serait axée sur ce qu'avait à l'esprit la personne prévenue au moment où elle a manqué à la condition de mise en liberté sous caution. Elle commande au tribunal de se demander si la personne prévenue « voulait, connaissait ou prévoyait réellement les conséquences ou les circonstances, selon le cas, ou les deux. Quant à savoir [si elle] “aurait pu” ou aurait dû les prévoir ou si une personne raisonnable les aurait prévues, ce n'est pas le critère pertinent aux fins de décider de la culpabilité » (*R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, p. 882-883, citant D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), p. 123-124). En appliquant une norme de *mens rea* subjective, les tribunaux peuvent tenir compte des circonstances et difficultés personnelles de la personne prévenue d'une manière qui fait écho à l'individualisation des conditions de mise en liberté sous caution imposées.

[30] Selon la norme de la *mens rea* objective, la question serait de savoir si le comportement de la personne prévenue constituait un écart marqué par rapport au comportement d'une personne raisonnable assujettie aux conditions de mise en liberté sous caution de la personne prévenue (motifs de la C.A., par. 68). La norme repose sur ce que la personne raisonnable saurait, ferait ou aurait prévu dans les circonstances, et il importe peu que la personne prévenue ne sache pas qu'elle manque à une condition. La faute objective est fondée sur des normes sociétales uniformes de comportement et ne permet donc pas de tenir compte de l'inexpérience, du manque d'éducation, de la jeunesse, de l'expérience culturelle ni d'aucune autre circonstance propre à la personne prévenue qui ne constitue pas une incapacité ou une quasi-incapacité de respecter la condition (motifs de la C.A., par. 87 (la juge Fenlon, motifs concordants), citant *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 58-74 (la juge McLachlin), et p. 38-39 (le juge La Forest); *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 148 (la juge McLachlin) et p. 149 (la juge L'Heureux-Dubé)).

[31] C'est la première fois que la Cour est appelée à examiner la *mens rea* rattachée à cette infraction. Les tribunaux canadiens sont divisés sur la question de savoir si l'élément mental du crime de manquement à une condition de mise en liberté sous caution, ou d'infractions similaires prévues aux par. 145(2), (4), (5) et (5.1), doit être évalué subjectivement ou objectivement. Au Manitoba, en Ontario, au Québec, en Saskatchewan, au Nouveau-Brunswick et dans les territoires, les tribunaux exigent habituellement une *mens rea* subjective pour ces infractions (voir, p. ex., *R. c. Custance*, 2005 MBCA 23, 194 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Legere* (1995), 22 O.R. (3d) 89

(C.A.); *R. c. Lemay*, 2018 QCCS 1956; *R. c. J.A.D.*, 1999 SKQB 262, 187 Sask. R. 95; *R. c. Howe*, 2014 NBQB 259, 430 N.B.R. (2d) 202; *R. c. Mullin*, 2003 YKTC 26, 13 C.R. (6th) 54; *R. c. Selamio*, 2002 NWTSC 15; *R. c. Josephie*, 2010 NUCJ 7). En revanche, comme le montre la présente affaire, les cours d'appel de la Colombie-Britannique ont retenu une *mens rea* objective (voir aussi l'arrêt *Ludlow*). Les tribunaux en Alberta, en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve-et-Labrador ont adopté des approches diverses et modifiées en ce qui concerne la *mens rea* rattachée à ces infractions (subjective : p. ex., *R. c. Ritter*, 2007 ABCA 395, 422 A.R. 1; *R. c. Loutitt*, 2011 ABQB 545, 527 A.R. 212; *R. c. Lofstrom*, 2016 ABPC 197, 39 Alta. L.R. (6th) 367; *R. c. Al Khatib*, 2014 NSPC 62, 350 N.S.R. (2d) 133; *R. c. A.M.Y.*, 2017 NSSC 99; *R. c. L.T.W.*, 2004 CanLII 2897 (C. prov. T.-N.-L.); *R. c. Companion*, 2019 CanLII 119787 (C. prov. T.-N.-L.); objective : p. ex., *R. c. Hammoud*, 2012 ABQB 110, 534 A.R. 80; *R. c. Qadir*, 2016 ABPC 27; *R. c. Osmond*, 2006 NSPC 52, 248 N.S.R. (2d) 221; *R. c. Brown*, 2012 NSPC 64, 319 N.S.R. (2d) 128; *R. c. Foote*, 2018 CanLII 38297 (C. prov. T.-N.-L.)).

B. *Interprétation législative et présomption de faute de nature subjective*

[32] Afin de déterminer la *mens rea* qu'exige le par. 145(3), il faut procéder à une opération d'interprétation législative pour dégager la norme de faute qu'avait à l'esprit le Parlement. L'un des éléments importants du contexte de l'interprétation du par. 145(3) est la présomption de longue date selon laquelle le Parlement veut qu'un crime s'accompagne d'une faute subjective (*R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2

R.C.S. 269, par. 23, citant *R. c. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1303 et 1309-1310, le juge Dickson).

[33] Comme l'a décrit la Cour dans l'arrêt *A.D.H.*, cette présomption selon laquelle la faute doit être subjective traduit l'une des valeurs qui sous-tendent le droit criminel, à savoir que « la personne moralement innocente ne doit pas être punie » (*A.D.H.*, par. 27). Ce point de départ n'est pas une règle absolue, mais représente plutôt une idée qu'on peut supposer présente à l'esprit du Parlement lorsqu'il a adopté la disposition (par. 26). La présomption de la faute de nature subjective ne sera écartée qu'en présence d'une « intention différente clairement exprimée par le [Parlement] » (par. 27-29). Les tribunaux doivent interpréter les termes utilisés dans la loi dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi et son objet pour déterminer s'il existe une intention claire de la part du Parlement d'écarter la présomption de la faute subjective (par. 19-21, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41 (citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87)). S'il existe une ambiguïté quant à la *mens rea* requise pour une infraction criminelle prévue dans le *Code*, alors la présomption de la faute de nature subjective n'a pas été écartée.

[34] Le paragraphe 145(3) prévoit une infraction criminelle, comme l'indiquent le texte adopté se trouvant dans le *Code*, ses objectifs de dissuasion et de punition (décrits en détail plus loin) et les conséquences criminelles graves en cas de déclaration de culpabilité, lesquelles peuvent aller jusqu'à un emprisonnement de

deux ans (voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 202; *Hammoud*, par. 11-15). Par conséquent, il faut présumer que le par. 145(3) exige une faute subjective. La question devient donc de savoir si le texte, le contexte, l'économie et l'objet du par. 145(3) témoignent d'une intention claire du Parlement de créer une norme de *mens rea* objective.

[35] À mon avis, ce n'est pas le cas. Non seulement il n'y a pas de raison dans le texte ni le contexte de l'infraction laissant entendre que le Parlement a voulu écarter la norme de faute subjective, mais je conclus que celui-ci voulait que la norme de la faute subjective s'applique au par. 145(3). Le libellé du par. 145(3) est neutre et ne crée pas une infraction fondée sur une obligation qui requiert une *mens rea* objective telle qu'elle est définie dans l'arrêt *A.D.H.* Tous les autres facteurs pertinents appuient l'élément de faute subjective. La Cour a déjà jugé que l'intention subjective est requise pour l'infraction similaire de défaut de se conformer à une ordonnance de probation. De plus, l'historique législatif, le contexte et l'objet du par. 145(3) au regard de l'ensemble du régime législatif, ainsi que les conséquences importantes associées à une accusation ou une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3), commandent une *mens rea* subjective. Les réalités du système de mise en liberté sous caution vont également dans le sens de l'intention du Parlement d'exiger une faute subjective pour faire en sorte que les caractéristiques individuelles de la personne prévenue soient prises en compte tout au long du processus de mise en liberté sous caution. La prise en compte de ce contexte social et pratique confirme que les conséquences qui découleraient du fait d'exiger seulement une *mens rea*

objective pour l'infraction d'omission de se conformer à une condition ne respecterait pas l'intention du Parlement (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 643 et 648).

C. *Le texte du paragraphe 145(3) est neutre et ne crée pas une infraction fondée sur une obligation*

[36] Le texte du par. 145(3) est neutre en ce sens qu'il n'indique pas une intention claire de la part du Parlement à l'égard d'une *mens rea* subjective ou objective. Lorsque M. Zora a été accusé en 2015, l'infraction d'omission de se conformer à une condition était rédigée comme suit :

145 (3) Quiconque, étant en liberté sur sa promesse remise ou son engagement contracté devant un juge de paix ou un juge et étant tenu de se conformer à une condition de cette promesse ou de cet engagement, ou étant tenu de se conformer à une ordonnance prise en vertu des paragraphes 515(12), 516(2) ou 522(2.1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de se conformer à cette condition ou ordonnance est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[37] Je note d'emblée que l'inclusion du moyen de défense de l'« excuse légitime » prévu au par. 145(3) ne joue aucun rôle dans l'interprétation de la *mens rea* de l'infraction. L'excuse légitime constitue un moyen de défense supplémentaire que la personne prévenue ne pourrait autrement pas invoquer (voir *R. c. Holmes*, [1988] 1

R.C.S. 914, p. 948-949, voir aussi des interprétations de l'expression « excuse raisonnable » dans *R. c. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737 (C.A.), p. 748-750, le juge Doherty, motifs concordants; *R. c. Goleski*, 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, conf. par 2015 CSC 6, [2015] 1 R.C.S. 399). Il ne faudrait pas la confondre avec la *mens rea* (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 805; Trotter, p. 12-16). La possibilité d'invoquer ce moyen de défense ne change pas le fardeau de la Couronne de prouver tous les éléments de l'infraction, y compris la *mens rea*, hors de tout doute raisonnable (*Legere*, p. 99-100, citant *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (C.A. Ont.), p. 44; *Custance*, par. 24; *Josephie*, par. 28 (CanLII)). Par conséquent, ce moyen de défense n'est pas pertinent pour la question de savoir si la *mens rea* de l'infraction est subjective ou objective.

[38] Pour évaluer s'il y a une intention législative manifeste qui écarte la présomption de la faute subjective, les tribunaux doivent regarder à la fois les mots utilisés dans la disposition et ceux qui n'y figurent pas (*A.D.H.*, par. 42). Il est vrai que le par. 145(3) ne contient pas de mots exprès indiquant une intention subjective, comme « volontaire » ou « conscient ». Toutefois, cette absence ne suffit pas, à elle seule, à écarter la présomption. En fait, c'est précisément lorsque les mots et le contexte sont neutres que la présomption d'une *mens rea* subjective s'applique pleinement.

[39] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont souligné que les mots « promesse », « engagement », « [t]enu de se conformer » et « [o]met » indiquent que

la personne prévenue a l'obligation juridique exécutoire de satisfaire à une norme de conduite déterminée de façon objective (par. 53). Ces juges ont examiné les cinq catégories d'infractions nécessitant une *mens rea* objective recensées par la Cour dans l'arrêt *A.D.H.* aux par. 57 à 63 : les infractions de conduite dangereuse; les infractions axées sur le comportement négligent; les infractions sous-jacentes; les infractions relatives à la négligence criminelle; et les infractions fondées sur une obligation. Au paragraphe 54, les juges majoritaires ont conclu qu'il ressortait du libellé du par. 145(3) que cette disposition tombait sous le coup de la dernière catégorie, soit les infractions fondées sur une obligation. Ces dernières, comme l'omission de s'acquitter de l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence prévue à l'art. 215, reposent sur l'omission de s'acquitter d'« obligations [légales] en fonction de l'existence de liens déterminés » (*A.D.H.*, par. 67, citant *Naglik*, p. 141).

[40] La Couronne fait aussi valoir que l'historique législatif du par. 145(3) appuie cette interprétation. En effet, le ministre de la Justice de l'époque a mentionné lors de l'adoption de cette disposition la « responsabilité » ou l'« obligation » des personnes en liberté sous caution de se présenter au tribunal et de se conformer aux conditions pour faire en sorte que le système de mise en liberté sous caution puisse compter sur la comparution volontaire plutôt que sur la détention préventive (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, vol. 1, no 8, 3^e sess., 28^e lég., 23 février 1971, p. 12 et 29; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 3^e sess., 28^e lég., 5 février 1971, p. 3117 (hon. John Turner)).

[41] En toute déférence, je ne crois pas que le texte du par. 145(3) ou les commentaires du ministre démontrent qu'il y a une intention claire de créer une infraction fondée sur une obligation qui appelle une norme uniforme associée à une *mens rea* objective. Premièrement, le libellé du par. 145(3) ne renferme aucun des termes dont se sert habituellement le Parlement pour créer une infraction dont la perpétration exige une faute objective (voir *A.D.H.*, par. 73). Contrairement aux obligations prévues aux art. 215, 216, 217 et 217.1 du *Code*, le par. 145(3) n'inclut pas expressément les mots « obligation » ou « devoir », mots qui suggèrent une faute objective (*A.D.H.*, par. 71; *Naglik*, p. 141). Je suis d'accord avec la juge Fenlon pour dire que [TRADUCTION] « l'omission est importante » (motifs de la C.A., par. 80) lorsqu'on recherche une intention législative claire d'écarter la présomption de faute subjective. J'accepte aussi que le mot « *fails* » dans ce contexte est neutre :

[TRADUCTION] Le mot « *fails* » [omet] peut avoir une connotation de négligence mais, comme le fait remarquer ma collègue, cela veut aussi dire agir de façon contraire à l'obligation ou au devoir légal convenu et être incapable de respecter les normes ou attentes fixées : *The Oxford English Dictionary*, 11^e éd., *sub verbo* « *fail* ». Cette définition est aussi compatible avec une conduite intentionnelle ou l'inadvertance.

(Motifs de la C.A., par. 78)

De façon similaire, le mot « omet » dans la version française du par. 145(3) peut renvoyer à la négligence, mais aussi au fait de s'abstenir d'agir conformément à un devoir (H. Reid, avec S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (5^e éd. 2015), p. 446-447, « omission »). Ni le mot « *fails* » ni le mot « omet » n'indiquent une intention législative claire d'établir une faute objective.

[42] Deuxièmement, il est dangereux d'accorder trop de poids au choix de mots d'un seul ministre, particulièrement lorsque son affirmation ne révèle pas clairement l'intention du Parlement de créer une infraction exigeant une *mens rea* objective. Par exemple, selon des commentaires formulés à la même époque, l'objectif de ces infractions était de [TRADUCTION] « veiller à ce que la personne accusée ne passe pas outre au nouveau système en toute impunité », ce qui semble suggérer une *mens rea* subjective (J. Scollin, c.r., *The Bail Reform Act: An Analysis of Amendments to the Criminal Code Related to Bail and Arrest* (1972), p. 19). L'historique législatif ne comporte aucun indice clair que le Parlement entendait créer une infraction exigeant une *mens rea* objective.

[43] Ce n'est pas parce que le ministre dit qu'une disposition qui crée une infraction criminelle impose une responsabilité ou une obligation au sens général qu'il s'agit du type d'infraction fondée sur une obligation qui était en cause dans l'arrêt *Naglik*. Le libellé du par. 145(3) ne renvoie qu'au fait d'être tenu de se conformer à une obligation et à l'omission de le faire. Il n'écarte pas la présomption d'intention subjective. Toutes les interdictions criminelles imposent des obligations d'agir ou de ne pas agir de façons précises et sont assorties de sanctions à infliger aux personnes qui ne les respectent pas. Si on les accepte, l'argument de la Couronne et la conclusion de la Cour d'appel transformeraient toutes les obligations de se conformer à des conditions en des « devoirs » ou « obligations » et tous les crimes en des infractions fondées sur des obligations. Toutefois, les infractions fondées sur des obligations dont il était question dans l'arrêt *A.D.H.* constituent une catégorie

beaucoup plus limitée et se rapportent à des obligations légales très différentes de celle d'une personne prévenue de se conformer aux conditions d'une ordonnance judiciaire.

[44] L'infraction prévue au par. 145(3) ne comporte tout simplement pas les caractéristiques distinctives de ces infractions fondées sur une obligation exigeant une faute objective qui étaient en cause dans l'arrêt *Naglik* et examinées dans l'arrêt *A.D.H.* Parmi les points de distinction, mentionnons la nature différente des relations à l'origine des obligations légales, les niveaux variables de risque pour le public advenant le non-respect des obligations, la question de savoir si l'obligation doit être définie en fonction d'une norme sociale uniforme de conduite et celle de savoir s'il est possible et approprié dans les circonstances d'appliquer une telle norme uniforme.

[45] Les devoirs légaux, comme ceux prévus aux art. 215 à 217.1, tendent à imposer une obligation positive d'agir découlant de l'existence de certains liens identifiables, visent une obligation d'une partie plus puissante envers une partie plus vulnérable et comportent un risque direct pour la vie ou la santé si une norme sociale uniforme de conduite n'est pas respectée (*A.D.H.*, par. 67). L'obligation de ne pas manquer à une condition de mise en liberté sous caution n'est pas comparable au déséquilibre de pouvoir et aux risques pour la santé et la sécurité publiques que visent à empêcher les devoirs imposés par les art. 215 à 217.1 : fournir les choses nécessaires à l'existence de certaines personnes définies (art. 215), entreprendre des procédures médicales qui peuvent mettre en danger la vie d'une autre personne

(art. 216) ou entreprendre d'accomplir un acte ou de diriger l'accomplissement d'un travail lorsque la vie humaine est en danger ou qu'il existe un risque de blessure corporelle pour autrui (art. 217 et 217.1).

[46] De plus, l'infraction fondée sur une obligation dont il était question dans l'arrêt *Naglik* et d'autres types d'infractions qui requièrent une *mens rea* objective comportent des normes légales qui seraient « vide[s] de sens si [chaque personne] en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles » (p. 141). Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, les conditions de mise en liberté sous caution imposent une telle [TRADUCTION] « norme de conduite minimale uniforme en fonction d'intérêts de la société, et non de normes de conduite personnelles » (par. 57). En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Bien que des intérêts sociaux puissent entrer en jeu lorsque des conditions de mise en liberté sous caution sont fixées, il n'existe pas de norme de diligence uniforme pour le respect de ces conditions, comme il en existe pour la conduite automobile, l'entreposage d'une arme à feu ou le devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence d'une personne à charge. Le Parlement a adopté un système de mise en liberté sous caution basé sur un processus individualisé, qui ne permet l'imposition que de conditions qui répondent aux risques précis que pose la personne prévenue et qui visent à assurer sa présence au tribunal, protéger la sécurité du public ou maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. L'ordonnance de mise en liberté sous caution devrait énumérer des normes de conduite personnalisées et précises. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir à une norme sociale uniforme pour bien comprendre à

quelle norme de diligence on s'attend que se conforme la personne prévenue dans le cadre du respect des conditions de sa mise en liberté sous caution, et il n'est pas nécessaire d'examiner ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances pour comprendre l'obligation imposée par le par. 145(3).

[47] De plus, en raison de l'absence de norme uniforme à partir de laquelle on pourrait évaluer le manquement aux conditions, il n'est pas non plus facile de savoir quel degré de gravité du manquement entraînerait une responsabilité criminelle si une norme objective s'appliquait au par. 145(3). Seul un écart marqué par rapport à la conduite d'une personne raisonnable engagerait une responsabilité criminelle selon une norme objective de *mens rea*. Toutefois, contrairement à une activité comme la conduite automobile pour laquelle il existe toute une gamme de conduites, allant de la conduite prudente à la conduite criminelle, en passant par la conduite négligente, basées sur les risques prévisibles de la conduite d'une personne raisonnable, la nature hautement individualisée des conditions de mise en liberté sous caution exclut la possibilité d'une norme sociale uniforme de conduite qui serait applicable à toutes les éventuelles infractions d'omission de se conformer à une condition. Les conditions de mise en liberté sous caution peuvent restreindre les activités normales comme les déplacements et la communication avec autrui et sont spécifiquement conçues pour répondre aux risques *particuliers* que pose chaque personne prévenue. Ces conditions et les risques auxquels elles répondent varient énormément parmi les individus faisant l'objet d'une mise en liberté, de sorte qu'il n'est pas sensé de renvoyer aux concepts d'écart « marqué » ou « simple » par rapport à la norme de la personne raisonnable.

En l'absence d'une condition de mise en liberté sous caution, la conduite réglementée ne constituerait normalement pas un écart par rapport à une norme sociale uniforme de conduite. Sans cette capacité de faire la distinction entre un écart marqué et un simple écart, il existe un risque que la norme de la faute objective entraîne insidieusement une responsabilité absolue pour l'infraction prévue au par. 145(3).

[48] De même, l'infraction prévue au par. 145(3) n'est pas comparable aux autres infractions dont la perpétration suppose une faute objective énumérées dans l'arrêt *A.D.H.* Bien qu'une évaluation du risque soit effectuée lors de l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution, ce risque individualisé sera rarement le même que les risques sociaux généraux que posent les infractions dont la perpétration suppose une faute objective comme la conduite dangereuse ou l'entreposage négligent d'armes à feu. Comme l'a déclaré le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, les infractions d'omission de se conformer à une condition, à l'instar de beaucoup d'infractions contre l'administration de la justice, diffèrent des autres infractions criminelles parce qu'elles causent rarement du tort à une victime, elles ne visent habituellement pas un comportement qui serait par ailleurs considéré comme criminel en l'absence d'une ordonnance judiciaire, et elles constituent des infractions secondaires qui ne peuvent survenir qu'après que la personne a été accusée d'une infraction sous-jacente (*Justice différée, justice refusée : L'urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada* (juin 2017) (en ligne), p. 156 (« Rapport du Comité sénatorial »)). Un manquement à de

nombreuses conditions de mise en liberté sous caution n'entraînerait pas automatiquement un risque pour la santé et la sécurité du public.

[49] Enfin, la mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable est un droit que garantit l'al. 11e) de la *Charte* et ne peut être comparée à une activité réglementée que l'on entreprend volontairement, comme la conduite automobile ou la possession d'armes à feu pour laquelle une norme de faute objective pour des infractions connexes est encore plus justifiée (*Hundal*, p. 884). La personne prévenue qui est présumée innocente a le droit de recouvrer sa liberté après son arrestation sous réserve des mesures les moins sévères possible pour répondre au risque particulier qu'elle pose en ce qui concerne l'omission d'être présente au tribunal au moment demandé, la protection et la sécurité du public et l'administration de la justice. Le fait que la personne prévenue consente aux conditions de sa mise en liberté sous caution pour être libérée ne signifie pas qu'elle a choisi de se livrer à une activité réglementée comparable à la conduite automobile ou la possession d'armes à feu.

D. *Une mens rea subjective est requise pour le défaut de se conformer à une ordonnance de probation*

[50] La jurisprudence de la Cour exigeant une *mens rea* subjective pour l'infraction de défaut de se conformer à une ordonnance de probation tend également à confirmer que l'infraction d'omission de se conformer à une condition de mise en liberté exige une *mens rea* subjective. Les infractions de défaut de se conformer à une ordonnance de probation (art. 733.1) et d'omission de se conformer à une condition

de mise en liberté sous caution (par. 145(3)) sont des infractions semblables, qui découlent toutes deux d'un manquement par la personne prévenue à des conditions énoncées dans une ordonnance judiciaire. Dans *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, la Cour a statué que l'infraction de défaut de se conformer à une ordonnance de probation exige une *mens rea* subjective. Le libellé de cette infraction comportait les mots « volontairement » et « refuse », qui renforcent la présomption de faute subjective, et ne se retrouvent pas au par. 145(3). Toutefois, même après le retrait du mot « volontairement » du libellé de l'infraction actuelle de défaut de se conformer à une ordonnance de probation, la plupart des tribunaux continuent à interpréter l'infraction comme exigeant une *mens rea* subjective en se fondant sur le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Docherty* et sur le fait que le retrait du mot « volontairement » n'indique pas, à lui seul, l'intention de créer une infraction exigeant une *mens rea* objective (voir, p. ex., *R. c. Eby*, 2007 ABPC 81, 77 Alta. L.R. (4th) 149; *R. c. Bingley*, 2008 BCPC 245, par. 18 (CanLII); *R. c. Laferrière*, 2013 QCCA 944, par. 82-83; *R. c. John*, 2015 ONSC 2040, par. 16 (CanLII); *contra*, *R. c. Bremmer*, 2006 ABPC 93, par. 3-7 (CanLII)).

[51] Allant au-delà du texte du par. 733.1, la Cour a conclu dans l'arrêt *Docherty* que l'exigence d'une *mens rea* subjective était étayée par la présomption de faute subjective, la possibilité d'emprisonnement advenant une déclaration de culpabilité et l'objectif de la disposition de dissuader les gens de ne pas se conformer aux ordonnances de probation (p. 950-952). De la même façon, ces facteurs militent en faveur d'une *mens rea* subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3). De plus,

la différence entre les deux situations, à savoir qu'une ordonnance de probation régit le comportement d'une personne qui a déjà été déclarée coupable d'un crime alors que les conditions de mise en liberté sous caution restreignent principalement les libertés civiles de personnes présumées innocentes de l'infraction sous-jacente, tend également à confirmer que la faute doit être subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3) (voir, p. ex., M. Manikis et J. De Santi, « Punishing while Presuming Innocence: A Study on Bail Conditions and Administration of Justice Offences » (2019), 60 *C. de D.* 873, p. 879-880).

E. *Le paragraphe 145(3) dans le régime législatif*

[52] L'exigence d'une faute subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3) cadre avec : (1) les pénalités et conséquences qui découlent d'une déclaration de culpabilité aux termes du par. 145(3); (2) le rôle du par. 145(3) en matière de révision et d'application des conditions de mise en liberté sous caution au sein du cadre législatif; (3) l'approche individualisée et empreinte de retenue qui doit guider l'octroi d'une mise en liberté sous caution et l'imposition de conditions.

(1) Les conséquences d'une accusation et d'une déclaration de culpabilité relatives à l'omission de se conformer à une condition

[53] Si « l'échelle des peines est [généralement] peu révélatrice de l'élément de faute requis » pour la plupart des infractions (*A.D.H.*, par. 72), l'infraction prévue au par. 145(3) est différente des autres pour les raisons suivantes : elle peut

criminaliser une conduite par ailleurs légale, les accusations peuvent s'accumuler rapidement et les déclarations de culpabilité (et même les accusations) peuvent avoir une incidence sur la capacité de la personne prévenue à obtenir une mise en liberté sous caution dans le futur. Par conséquent, les graves et nombreuses conséquences qui découlent d'une déclaration de culpabilité, voire d'une accusation en vertu du par. 145(3), démontrent que le Parlement a accepté que ce crime exige une faute subjective.

[54] Une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 145(3) a des répercussions profondes sur le droit à la liberté de la personne contrevenante. Le Parlement a prévu une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement pour une conduite qui, dans bien des cas, n'était par ailleurs pas criminelle, ne comportait pas de violence, n'a pas fait de victime et non seulement a eu lieu à un moment où la personne prévenue était présumée innocente de l'infraction sous-jacente, mais peut aussi entraîner une responsabilité criminelle même si la personne prévenue est acquittée de cette accusation. Outre un éventuel emprisonnement d'une durée maximale de deux ans pour chaque infraction, il existe une possibilité bien réelle que des conditions additionnelles soient imposées dans le cadre de la détermination de la peine. Une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) engendre un casier judiciaire ou l'alourdit, avec tous les stigmates et les difficultés que cela peut entraîner sur les plans de l'emploi, du logement et des responsabilités familiales.

[55] Une accusation fondée sur le par. 145(3) a aussi de graves conséquences négatives sur la situation juridique de la personne prévenue lors d'enquêtes ultérieures sur le cautionnement avant la déclaration de culpabilité. Le simple fait de faire l'objet d'une accusation en vertu du par. 145(3) inverse le fardeau de la preuve en imposant aux personnes prévenues la charge de démontrer pourquoi elles devraient être libérées sous caution, que ce soit avant leur audience concernant une accusation portée en vertu du par. 145(3) ou avant celle concernant l'accusation sous-jacente (al. 515(6)c)). Par conséquent, la personne prévenue qui ne s'acquitte pas du fardeau de preuve inversé risque de ne pas obtenir une mise en liberté sous caution à la suite de l'accusation de manquement, pourrait perdre sa liberté et devoir attendre son ou ses procès en détention.

[56] Les déclarations de culpabilité antérieures prononcées en vertu de l'art. 145 peuvent également être prises en compte lors d'enquêtes sur le cautionnement tenues relativement à des infractions ultérieures (voir sous-al. 518(1)c)(iii)). Le Parlement et les tribunaux considèrent souvent les déclarations de culpabilité pour omission de se conformer à une condition fondées sur le par. 145(3) comme indiquant que la personne prévenue a des antécédents de désobéissance délibérée aux ordonnances judiciaires et qu'elle est donc plus susceptible de violer à nouveau les ordonnances rendues à son égard. Une déclaration de culpabilité pour omission de se conformer à une condition peut donner lieu à des suppositions selon lesquelles la personne prévenue a fait preuve de « manque de respect [. . .] à l'égard des ordonnances des tribunaux et de la loi », ce qui pourrait

avoir une incidence sur les décisions ultérieures concernant la détermination de la peine et la libération (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 118; voir aussi *Schab*, par. 24; *R. c. Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 94 Alta. L.R. (5th) 244, par. 47). Une étude du ministère de la Justice sur des dossiers fermés de 2008 a révélé que 43,9 pour 100 des personnes prévenues ayant été déclarées coupables d'une infraction prévue au par. 145 dans le passé se voyaient refuser la mise en liberté sous caution, ce qui constitue un taux de détention provisoire beaucoup plus élevé que celui associé aux personnes prévenues qui n'ont pas de tels antécédents, et même légèrement plus élevé que le taux de détention provisoire des personnes prévenues qui ont déjà été déclarées coupables d'une infraction avec violence (39,9 pour 100) ou d'une infraction d'ordre sexuel (39,5 pour 100) : K. Beattie, A. Solecki et K. E. Morton-Bourgon, *Les caractéristiques de la détention et de la mise en liberté par la police et par le tribunal : Données tirées de l'étude sur l'efficacité du système de justice* (2013), p. 17-18. Ainsi, une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) peut mener à ce que la mise en liberté sous caution soit refusée ou à ce qu'il y ait une probabilité accrue que des conditions de mise en liberté sous caution plus sévères soient imposées en cas d'infractions ultérieures non liées.

[57] Ce constat pose problème parce que les accusations de manquement s'accumulent souvent rapidement : l'omission de M. Zora de répondre à la porte deux fois pendant la même fin de semaine a donné lieu à quatre accusations distinctes au titre du par. 145(3). Les personnes ayant des dépendances ou des handicaps et celles vivant dans des conditions précaires peuvent se retrouver avec un casier judiciaire

comptant plus de 10 déclarations de culpabilité pour manquement. Les déclarations de culpabilité pour des infractions d'omission de se conformer à une condition peuvent par conséquent mener à un cercle vicieux où des conditions de mise en liberté sous caution de plus en plus nombreuses et sévères sont imposées lors de la déclaration de culpabilité, ce qui rend le respect desdites conditions encore plus difficile, menant ainsi la personne prévenue à faire l'objet de plus d'accusations de manquement et à se voir imposer des conditions de mise en liberté sous caution plus restrictives, voire une détention avant procès (C.M. Webster, *Lacunnes relatives à la mise en liberté sous caution au Canada : comment y remédier?* (juin 2015), p. 8 (« rapport Webster »); Association canadienne des libertés civiles et le Fidéicomis canadien d'éducation en libertés civiles, *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne), p. 49 et 66 (« rapport de l'ACLIC »); M.E. Sylvestre, N. K. Blomley et C. Bellot, *Red Zones: Criminal Law and the Territorial Governance of Marginalized People* (2019), p. 132; Pivot Legal Society, *Project Inclusion: Confronting Anti-Homelessness & Anti-Substance User Stigma in British Columbia*, D. Bennett et D.J. Larkin (2019) (en ligne), p. 101 (« rapport Pivot »)).

[58] Les conséquences juridiques importantes et de longue durée d'une accusation ou d'une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 145(3) militent en faveur d'une exigence de *mens rea* subjective. Si une intention subjectivement coupable n'était pas requise pour une déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3), il serait beaucoup moins justifié sur le plan de la logique que le

Parlement choisisse de présumer que la personne qui a omis de se conformer à certaines conditions de mise en liberté sous caution a « manqué de respect [. . .] à l'égard des ordonnances des tribunaux et de la loi » et est moins susceptible de se conformer dans le futur à des conditions différentes de mise en liberté sous caution (*Lacasse*, par. 118; *Code*, sous-al. 518(1)c)(iii)). Le fait qu'une accusation de manquement à une ordonnance de mise en liberté sous caution crée de graves conséquences pour la personne prévenue en inversant le fardeau de la preuve lors de la libération et en rendant plus difficile l'obtention d'une mise en liberté sous caution à l'égard d'autres infractions présuppose que la personne a violé sa condition de mise en liberté sous caution sciemment, et non par inadvertance.

(2) Le rôle du paragraphe 145(3) au sein du cadre législatif

[59] L'intention du Parlement d'exiger une faute subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3) ressort également de l'examen du rôle de cette infraction au sein du *Code*. Le Parlement a compris que la mise en liberté sous caution fait partie d'un processus accéléré et est souvent fondée sur des renseignements limités, et a ainsi créé de nombreux mécanismes pour assurer la révision et l'application des conditions de mise en liberté sous caution une fois imposées. Lorsqu'il appert que la personne prévenue ne devrait pas être assujettie à une condition ou ne respecte pas une condition de sa mise en liberté sous caution, celle-ci ou la Couronne, selon le cas, peut demander une révision ou une annulation de l'ordonnance de mise en liberté sous caution. La Couronne peut aussi demander la révocation de la mise en liberté

sous caution ou porter une accusation criminelle en vertu du par. 145(3). Vu l'existence de ces autres mécanismes qui gèrent le risque découlant de l'incapacité ou de l'omission de la personne prévenue de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution, il est manifeste que le par. 145(3) a un objectif distinct : punir et dissuader les personnes prévenues qui manquent sciemment ou par insouciance à leurs conditions de mise en liberté sous caution.

[60] L'intimée a fait valoir que le par. 145(3) est devenu [TRADUCTION] « un excellent moyen de faire exécuter les conditions de mise en liberté pour atténuer les risques et répondre aux préoccupations qui auraient autrement justifié la détention d'une personne » (m.i., par. 63-67). Les accusations criminelles portées en vertu du par. 145(3) sont courantes, en hausse et entraînent souvent une perte de liberté. Selon Statistique Canada, le nombre d'accusations et de poursuites pour des violations d'ordonnances judiciaires, y compris les conditions de mise en liberté sous caution, a augmenté depuis 2004, et on estime qu'en 2008-2009 une personne sur cinq en détention avant le procès l'était en raison d'un manquement à des conditions d'une ordonnance judiciaire ou d'une ordonnance de probation (*Tendances de l'utilisation de la détention provisoire au Canada* (mai 2011); *Tendances des infractions contre l'administration de la justice* (octobre 2015), p. 13 (« rapport de Statistique Canada »); *Tableau 35-10-0177-01 : Statistiques des crimes fondés sur l'affaire, par infractions détaillées, Canada, provinces, territoires et régions métropolitaines de recensement* (en ligne)).

[61] Les infractions relatives à l'administration de la justice représentaient environ un dixième des crimes déclarés par la police en 2014 (rapport de Statistique Canada, p. 6). Les infractions d'omission de se conformer à une ordonnance judiciaire, y compris l'infraction prévue au par. 145(3)⁸, représentaient 57 pour 100 des infractions relatives à l'administration de la justice déclarées en 2014 (Rapport de Statistique Canada, p. 7). En 2016-2017, l'omission de se conformer à une ordonnance était l'infraction la plus grave reprochée dans 9 pour 100 de toutes les affaires criminelles réglées visant des délinquants adultes (Statistique Canada, *Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes et les tribunaux de la jeunesse au Canada, 2016-2017* (janvier 2019)). Le taux global des personnes accusées d'avoir omis de se conformer à une ordonnance a continué d'augmenter entre 2017 et 2018 (*Tableau 35-10-0177-01*). Bien que les taux d'accusations relatives à une omission de se conformer à une condition varient aussi dans l'ensemble du pays, entre 2005-2006 et 2013-2014, la plupart des provinces ont rapporté une augmentation de la proportion des affaires criminelles closes visant des personnes délinquantes adultes qui comprenaient au moins une infraction contre l'administration de la justice (Rapport de Statistique Canada, p. 13-14).

[62] Le professeur Friedland, dont l'étude intitulée *Detention Before Trial* a été utilisée pour la réalisation de l'importante réforme du système de mise en liberté sous caution dans les années 1970, a affirmé que l'augmentation du nombre

⁸ Dans le rapport de Statistique Canada, ces infractions comprennent les infractions prévues aux par. 145(3) à (5.1), mais aussi les infractions relatives à l'omission de se conformer à une peine avec sursis ou à une ordonnance de probation (par. 161(1) à (4)), ou à un engagement à ne pas troubler l'ordre public (al. 811a) et b)).

d'accusations d'omission de se conformer à une condition de mise en liberté sous caution avait probablement contribué à la croissance du nombre de personnes détenues avant le procès (M. L. Friedland, « Reflections on Criminal Justice Reform in Canada » (2017), 64 *Crim. L.Q.* 274; M. L. Friedland, « The Bail Reform Act Revisited » (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315, p. 321; M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965)). La détention avant le procès peut avoir des conséquences négatives sur l'emploi et les revenus de la personne prévenue ainsi que sur sa possibilité de trouver un logement, sa santé et son accès aux médicaments, ses relations, ses possessions personnelles et sa capacité à s'acquitter de ses obligations parentales (Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (1969), p. 101-102 (« rapport Ouimet »); rapport de l'ACLC, p. 8-10; rapport Pivot, p. 81). Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a aussi conclu que les infractions d'omission de se conformer à une condition congestionnaient les cours malgré qu'il ne s'agisse pas d'« actes criminels au sens strict » et qu'elles « ne causent de tort à aucune victime » (rapport du Comité sénatorial, p. 154-157).

[63] À mon avis, malgré les hauts taux d'accusations criminelles pour omission de se conformer à une condition, le Parlement ne voulait pas que les sanctions pénales soient le principal moyen de gérer les risques ou les préoccupations associés aux individus libérés sous conditions. Le régime établi par le *Code* indique que de telles préoccupations doivent être prises en compte par l'établissement de

conditions qui sont minimales, raisonnables, nécessaires, les moins sévères possible et suffisamment liées au risque que pose la personne prévenue; des modifications peuvent être apportées à ces conditions lorsque cela est nécessaire au moyen de révisions de la mise en liberté sous caution et de l'annulation des ordonnances de mise en liberté sous caution; et la mise en liberté sous caution peut être révoquée lorsque les conditions ne sont pas respectées, ce qui peut donner lieu à une libération aux mêmes conditions avec un comportement différent attendu de la part de la personne prévenue, une modification des conditions ou une détention. Les accusations portées en vertu du par. 145(3) ne sont pas, et ne devraient pas être, le principal moyen d'atténuer le risque.

[64] La révision d'une mise en liberté sous caution effectuée conformément aux art. 520 et 521 constitue la principale façon de contester ou de modifier des conditions de mise en liberté sous caution qui ne sont pas, ou ne sont plus, minimales, raisonnables, nécessaires, les moins sévères possible et suffisamment liées aux risques que pose la personne prévenue (sauf pour la personne prévenue inculpée d'infractions très graves prévues à l'art. 469)⁹. Les conditions imposées dans l'agitation d'une séance occupée de libération sous caution, à l'aide de renseignements limités, peuvent, et devraient lorsque cela est nécessaire, être peaufinées au moyen d'une révision de la mise en liberté sous caution. Une telle révision suppose un processus hybride, et non une instance *de novo* (*St-Cloud*, par. 92 et 118). Les juges en révision peuvent intervenir si l'entité judiciaire a commis une

⁹ Les infractions indiquées à l'art. 469 sont assorties d'un mécanisme différent de révision de la mise en liberté sous caution aux termes du par. 522(4) et de l'art. 680 du *Code*.

erreur de droit, si la décision contestée était manifestement inappropriée ou si la nouvelle preuve démontre un changement important et pertinent dans les circonstances (par. 121). De plus, le par. 523(2) permet à l'entité judiciaire, dans certaines circonstances, d'annuler une ordonnance de libération antérieure et de rendre une ordonnance différente, notamment lorsque la personne prévenue et la Couronne consentent à l'annulation de l'ordonnance (al. 523(2)c)).

[65] Le Parlement a aussi prévu deux outils pour répondre aux manquements aux conditions de mise en liberté sous caution : la révocation de la mise en liberté sous caution en vertu de l'art. 524 et les accusations criminelles en vertu du par. 145(3). Ces deux dispositions ont pour effet combiné de favoriser le respect des conditions de mise en liberté sous caution, de pair avec les dispositions relatives à la confiscation pour les sommes d'argent prévues dans un engagement (voir la partie XXV du *Code*). Toutefois, ces deux mécanismes ont des objectifs législatifs distincts et différents. Alors que la révocation au titre de l'art. 524 joue un rôle de gestion de risque, la responsabilité criminelle dont il est question au par. 145(3) vise à punir et dissuader certaines conduites.

[66] La révocation de la mise en liberté sous caution se fait en vertu de l'art. 524. Une personne prévenue peut être arrêtée lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle a violé ou est sur le point de violer une sommation, une citation à comparaître, une promesse de comparaître ou autre promesse ou un engagement dont elle fait l'objet ou si elle a commis un acte criminel après avoir été

libérée (par. 524(1) et (2)). La Couronne peut alors décider si elle procédera à une audience sur la révocation devant une entité judiciaire (Trotter, p. 11-9 à 11-10). Lorsque l'entité judiciaire conclut, selon la prépondérance des probabilités, que la personne prévenue a violé ou était sur le point de violer l'ordonnance applicable ou qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne prévenue a commis un autre acte criminel pendant qu'elle était en mise en liberté sous caution, elle doit annuler l'ordonnance et ordonner la détention de la personne prévenue (par. 524(4) et (8); voir *R. c. Parsons* (1997), 161 Nfld. & P.E.I.R. 145 (C.A. T.-N.-L.), par. 21; *R. c. Morris*, 2013 ONCA 223, 305 O.A.C. 47, par. 18). La personne prévenue a alors le fardeau de démontrer pourquoi sa détention n'est pas justifiée. Si elle parvient à le faire, l'entité judiciaire peut ordonner sa libération et l'assortir d'une ou de plusieurs des options prévues à l'art. 515, et peut notamment changer les conditions de la promesse ou de l'engagement (par. 524(4) à (9)). Cela signifie que l'entité judiciaire est habilitée à examiner si l'ordonnance de mise en liberté originale était appropriée et elle peut retirer ou restreindre des conditions de cette ordonnance lorsque la personne prévenue démontre qu'elles ne sont plus nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible ou suffisamment liées aux critères prévus au par. 515(10) (Trotter, p. 11-1).

[67] La révocation aux termes de l'art. 524 fait en sorte que la personne prévenue qui ne respecte pas les conditions de sa mise en liberté sous caution peut être arrêté pour qu'on réévalue si elle devrait être libérée dans la collectivité, et à quelles conditions, dans le cas où il est évident qu'elle ne se conformera pas, ou ne

pourra se conformer, aux conditions initialement imposées. La révocation fournit au tribunal plus de souplesse pour établir si, malgré le manquement aux conditions de mise en liberté sous caution, la personne prévenue a démontré qu'elle devrait être à nouveau libérée, que ce soit selon les mêmes conditions ou des conditions différentes (voir, p. ex., *R. c. Badgerow*, 2010 ONCA 236, 260 O.A.C. 273, par. 36; *R. c. T.J.J.*, 2011 BCPC 155, par. 57-59 (CanLII); *R. c. Mehan*, 2016 BCCA 129, 386 B.C.A.C. 1). Il peut y avoir révision des conditions pour répondre au risque qu'il y ait un nouveau manquement tout en faisant en sorte que la personne prévenue puisse raisonnablement se conformer à ces conditions.

[68] Si la détention constitue le résultat proportionné à la violation par la personne prévenue des conditions de mise en liberté sous caution, alors la révocation aux termes de l'art. 524 est la bonne façon de procéder. La révocation de la mise en liberté sous caution est le processus qui a été conçu pour établir si les facteurs de risque associés à une personne prévenue faisaient en sorte que son omission de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution signifiait qu'elle devait être détenue plutôt que libérée selon des conditions différentes. La révocation peut donc être une réponse aux manquements aux conditions de mise en liberté sous caution commis par négligence ou insouciance, sans créer de responsabilité criminelle supplémentaire. Bien que la révocation s'accompagne de la menace de détention et qu'elle ne devrait être sollicitée que lorsque les répercussions négatives pouvant découler de la détention sont justifiées, elle permet aussi de répondre aux risques qui découlent des manquements aux conditions de mise en liberté sous caution sans ajout

de nouvelles infractions contre l'administration de la justice au casier judiciaire de la personne prévenue.

[69] En plus de prévoir la révocation, le Parlement a adopté le par. 145(3) du *Code*, qui fait du manquement aux conditions de mise en liberté sous caution un crime distinct contre l'administration de la justice, passible d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement et comportant d'autres conséquences importantes pour la personne prévenue (comme nous l'avons vu). Il s'agit d'une infraction criminelle qui exige que la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction. Des accusations de manquement aux conditions de mise en liberté sous caution portées en vertu du par. 145(3) peuvent s'ajouter à une demande de révocation de la mise en liberté sous caution (*Parsons*, par. 28 et 37). En plus de pouvoir perdre la mise en liberté sous caution avant le procès, la personne prévenue pourrait voir sa responsabilité criminelle engagée aux termes du par. 145(3). Par conséquent, les accusations criminelles doivent être considérées comme une mesure de dernier recours pour sanctionner des comportements répréhensibles lorsque les autres outils de gestion du risque n'ont pas rempli leur fonction.

[70] Ce cadre législatif indique que le Parlement entendait que la Couronne recoure principalement à la révision et à la révocation de la mise en liberté sous caution, plutôt qu'aux accusations criminelles, pour gérer les personnes prévenues qui ne peuvent ou ne pourront se conformer à leurs conditions de mise en liberté sous caution, particulièrement lorsque ces conditions concernent une conduite qui ne serait

par ailleurs pas criminelle. Évidemment, différentes considérations s'appliquent au manquement à une condition visant une conduite qui est par ailleurs criminelle ou qui cause du tort ou constitue une menace à autrui, par exemple, lorsqu'une personne prévenue viole une condition d'interdiction de communiquer en menaçant ou en intimidant une victime. Dans de telles circonstances, les accusations criminelles peuvent être justifiées. Le Parlement a créé un processus de comparution pour manquement à l'art. 523.1 afin de permettre à la poursuite d'écarter les accusations fondées sur le par. 145(3) lorsque le manquement n'a pas causé de dommages — matériels, corporels ou moraux — ou de pertes économiques à une victime. Cela vient étayer encore davantage la thèse que les poursuites et la déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3) devraient constituer une mesure de dernier recours, conçue pour répondre avant tout aux manquements préjudiciables et intentionnels à des conditions de mise en liberté sous caution lorsque les mesures possibles dans le cadre des processus de révision et de révocation de la mise en liberté sous caution seraient insuffisantes.

[71] Malgré l'existence de ce nouveau processus, la Couronne devrait examiner sérieusement la possibilité de demander une modification ou une révocation de la mise en liberté sous caution pour certains types de manquements allégués afin de réduire le nombre d'accusations criminelles de manquements à des conditions qui encombrant les tribunaux. Lorsque l'omission de la personne prévenue de se conformer à une condition peut justifier la détention, la révocation pourrait être appropriée. On peut voir les avantages de cette possibilité en examinant les

accusations dont fait l'objet M. Zora parce qu'il aurait violé le couvre-feu et omis de répondre à la porte — accusations qui n'ont pas causé de préjudice à autrui et qui concernent une conduite qui n'aurait pas été criminelle n'eût été ses conditions de mise en liberté sous caution. Si la Couronne avait cherché à obtenir la révocation de la mise en liberté sous caution au lieu de porter des accusations, M. Zora aurait été arrêté et aurait eu à démontrer pourquoi il devrait être à nouveau libéré malgré son manquement. (Il se trouvait dans une situation comparable quand il a été accusé en vertu du par. 145(3) et devait démontrer pourquoi il devrait être libéré.) Toutefois, la procédure de révocation de la mise en liberté sous caution permet expressément à l'entité judiciaire de le libérer selon des conditions modifiées. Celles-ci pourraient permettre de gérer le même risque d'une façon plus ciblée et viable, sans exposer M. Zora aux graves conséquences découlant des déclarations de culpabilité additionnelles pour ne pas avoir répondu à la porte.

[72] Compte tenu de ce qui précède, l'objectif principal du par. 145(3) n'est pas la gestion d'un risque futur, mais la sanction d'un comportement passé et la dissuasion d'autres manquements. Comme l'a fait remarquer la juge Wilson dans l'arrêt *Docherty*, aux p. 951-952, concernant les manquements à des conditions de probation, l'effet de dissuasion individuelle n'existe que peu ou pas si la personne accusée ignorait qu'elle faisait quelque chose de mal. Pour être dissuadée d'adopter la conduite interdite, la personne accusée doit savoir quelle norme de comportement elle doit respecter et que sa conduite n'y répond pas. Si le paragraphe 145(3) a pour objet de dissuader et de punir les personnes qui manquent à leurs conditions de mise en

liberté sous caution, la même logique que celle exposée dans l'arrêt *Docherty* étaye l'existence d'une *mens rea* subjective pour le par. 145(3).

(3) Établissement des conditions de mise en liberté sous caution et manquement à celles-ci aux termes du paragraphe 145(3)

[73] Il existe un lien puissant, et même inexorable, entre l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution et l'application du par. 145(3), notamment en matière de *mens rea*. Dans la présente section, j'examinerai l'argument selon lequel le Parlement entendait que les infractions prévues au par. 145(3) requièrent une *mens rea* objective parce que les conditions de mise en liberté sous caution sont adaptées à la personne visée. À mon avis, cet argument est dénué d'un fondement conceptuel solide et ne tient pas compte de la façon dont les conditions de mise en liberté sous caution continuent d'être imposées malgré les principes exposés dans la *Charte*, dans le *Code* et par la Cour dans l'arrêt *Antic*. Je conclus que l'opposé est vrai : l'exigence voulant que les conditions de mise en liberté sous caution soient adaptées à la personne prévenue indique qu'il faut une *mens rea* subjective de manière à ce que les caractéristiques individuelles de celle-ci soient prises en considération tant lors de l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution qu'en cas de manquement à celles-ci.

[74] L'intimée et l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») soutiennent que la *mens rea* requise au par. 145(3) peut être établie par la preuve d'une norme de faute objective. L'intimée et

l'intervenant font valoir que les conditions de mise en liberté sous caution, fixées au début du processus, sont soigneusement adaptées à la personne prévenue et ne devraient entraîner qu'une responsabilité criminelle minimale pour celle-ci. Le PGCB établit un lien entre les divers stades du système de mise en liberté sous caution, mais soutient qu'on [TRADUCTION] « répond efficacement, au stade initial du processus, à la préoccupation légitime concernant les personnes marginalisées pour lesquelles le manquement aux conditions de mise en liberté sous caution pose un risque atténué » (m.i. (PGCB), par. 3). Autrement dit, les préoccupations concernant le traitement des personnes marginalisées sont prises en compte dans les conditions mêmes qui sont imposées, ce qui écarte la nécessité d'une norme de faute subjective s'il y a manquement à ces conditions.

[75] Je ne souscris pas à ce raisonnement. Cet argument repose sur une fausse dichotomie qui suppose qu'une analyse de la situation de la personne prévenue ne peut avoir lieu qu'à un seul stade du processus. Sur le plan conceptuel, il n'y a aucune raison pour laquelle les droits et intérêts de la personne prévenue devraient être abandonnés à l'une ou l'autre des étapes. Rien n'empêche une appréciation individualisée tant au moment où les conditions sont imposées qu'au moment du manquement. Les valeurs prônées dans l'arrêt *Antic* militent en faveur d'une approche cohérente et complémentaire selon laquelle les droits applicables garantis par la *Charte* et les principales protections conférées par le *Code* sous-tendent tous les aspects du système de mise en liberté sous caution : de l'imposition des conditions au manquement à celles-ci. Exiger une *mens rea* subjective renforce, reflète et respecte

l'approche individualisée que commande l'imposition de toute condition de mise en liberté sous caution.

[76] Je rejetterais aussi la thèse avancée par le PGCB en raison de la prépondérance des conditions de mise en liberté sous caution qui ne reflètent pas les exigences de la mise en liberté sous caution prévues par la *Charte*, le *Code* et les principes qu'a énoncés la Cour dans l'arrêt *Antic*. En pratique, le nombre de conditions de mise en liberté sous caution inutiles et déraisonnables, et la croissance du nombre d'accusations de manquement à une condition mettent à mal l'argument selon lequel les conditions de mise en liberté sous caution sont suffisamment individualisées. Bon nombre de parties intervenantes ont expliqué qu'il ressort d'études effectuées partout au pays que, malgré le fait que la forme de mise en liberté par défaut devrait être une promesse sans condition en vertu du par. 515(1), la majorité des ordonnances de mise en liberté sous caution prévoient de nombreuses conditions, qui souvent ne tiennent manifestement pas compte des risques que pose la personne prévenue quant à son éventuelle omission d'être présent au tribunal, quant à la sécurité du public ou à la confiance envers l'administration de la justice (voir Sylvestre, Blomley et Bellot, p. 67-68; N. M. Myers, « Eroding the Presumption of Innocence: Pre-Trial Detention and the Use of Conditional Release on Bail » (2017), *57 Brit. J. Criminol.* 664, p. 677; rapport Webster, p. 7; Société John Howard de l'Ontario, *Reasonable Bail?* (septembre 2013) (en ligne), p. 11; rapport de l'ACLC, p. 48-49; Ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Recherche en bref: Évaluations et analyses du système de mise en liberté sous*

caution du Canada (2018)). Selon des recherches effectuées sur les conditions de mise en liberté sous caution à Vancouver et à Montréal, la probabilité qu'une personne prévenue soit accusée d'avoir manqué à ses conditions augmente lorsqu'elle est assujettie à un grand nombre de conditions et à une longue ordonnance judiciaire (Sylvestre, Blomley et Bellot, p. 67-68).

[77] Plusieurs facteurs contribuent à l'imposition de conditions de mise en liberté nombreuses et sévères. Les tribunaux et les commentaires ont invariablement fait état d'une culture d'aversion du risque qui contribue à ce que les tribunaux imposent des conditions excessives (*Tunney*, par. 29; voir aussi p. 223-224 (commentaire de T. Quigley); *Schab*, par. 15; Friedland (2017); B. L. Berger et J. Stribopoulos, « Risk and the Role of the Judge: Lessons from Bail », dans B. L. Berger, E. Cunliffe et J. Stribopolous, dir., *To Ensure that Justice is Done: Essays in Memory of Marc Rosenberg* (2017), p. 308 et 323-324). Dans la décision *Tunney*, le juge Di Luca a souligné que cette culture se poursuit malgré les directives données dans l'arrêt *Antic*. Il a déclaré, avec raison selon moi, que [TRADUCTION] « la culture de l'aversion du risque doit être tempérée par les principes constitutionnels qui sous-tendent le droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable » (par. 29).

[78] Le caractère expéditif des enquêtes sur le cautionnement engendre aussi une culture de consentement, qui aggrave le manque de retenue dans l'imposition de conditions de mise en liberté excessives. Il s'agit de la réalité pratique des tribunaux

chargés des mises en liberté sous caution, qui doivent travailler efficacement pour réduire au minimum le temps que les personnes prévenues passent inutilement en détention avant le procès. Comme l'a déjà reconnu la Cour, le moment où ont lieu les enquêtes sur le cautionnement et la rapidité à laquelle elles se déroulent ont des conséquences sur les personnes prévenues du fait que cela rend difficile pour elles de se trouver de la représentation juridique. Ainsi, beaucoup d'entre elles ne sont pas représentées ou se fient au service de représentation du tribunal, qui ne dispose souvent que de peu de temps pour se préparer (*St-Cloud*, par. 109). Ce processus incite les personnes prévenues à consentir à des conditions sévères de mise en liberté plutôt qu'à courir le risque d'être détenues avant et après une enquête sur le cautionnement contestée (voir le rapport de la CCLA, p. 46-47; rapport Pivot, p. 79; Myers, p. 667 et 676-677; Sylvestre, Blomley et Bellot, p. 118; Berger et Stribopolous, p. 319; *R. c. Birtchnell*, 2019 ONCJ 198, [2019] O.J. no 1757, par. 29 (QL)). Lorsque des propositions conjointes sont présentées, il a même été affirmé qu'on demande rarement à la Couronne de justifier les conditions de mise en liberté proposées, ce qui est [TRADUCTION] « peut-être un facteur clé qui contribue au grand nombre de conditions imposées dans les cas de libération sur consentement par rapport à ce à quoi on pourrait s'attendre selon la loi » (C. Yule et R. Schumann, « Negotiating Release? Analysing Decision Making in Bail Court » (2019), 61 *Can. J. Crimin. & Crim. Just.* 45, p. 57-60).

[79] Une troisième constatation en ce qui concerne la mise en liberté sous caution est que l'imposition de conditions sévères touche de façon disproportionnée

les populations vulnérables et marginalisées (rapport de l'ACLC, p. 72-79). Les personnes vivant dans la pauvreté ou aux prises avec des problèmes de toxicomanie ou des maladies mentales ont souvent de la difficulté à respecter les conditions auxquelles elles ne sont pas raisonnablement en mesure de se conformer (voir, p. ex., *Schab*, par. 24-25; *Omeasoo*, par. 33 et 37; *R. c. Coombs*, 2004 ABQB 621, 369 A.R. 215, par. 8; M. B. Rankin, « Using Court Orders to Manage, Supervise and Control Mentally Disordered Offenders: A Rights-Based Approach » (2018), 65 *C.L.Q.* 280). Les personnes autochtones, surreprésentées au sein du système de justice criminelle, sont aussi touchées de façon disproportionnée par l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution inutiles et déraisonnables et des accusations pour manquement qui en découlent (voir, p. ex., *R. c. Murphy*, 2017 YKSC 34, par. 31-34 (CanLII); *Omeasoo*, par. 44; rapport de l'ACLC, p. 75-79; J. Rogin, « Gladue and Bail: The Pre-Trial Sentencing of Aboriginal People in Canada » (2017), 95 *Can. Bar. Rev.* 325; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, par. 57-60; voir aussi la version de l'art. 493.2 en vigueur en date du 18 décembre 2019). On retrouve dans le rapport souvent cité de l'ACLC le résumé percutant suivant :

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens chargés des mises en liberté sous caution imposent régulièrement l'abstinence à des personnes alcooliques ou toxicomanes, des conditions de résidence à des sans-abri, des exigences de contrôle strictes dans des lieux difficiles d'accès, des conditions interdisant les contacts entre des membres d'une même famille et des couvre-feux stricts qui perturbent l'emploi et la vie quotidienne. De nombreuses conditions restrictives, imposées pour de longues périodes de temps, font en sorte que les personnes échouent; or, l'omission de se conformer à une condition de mise en liberté sous caution est une infraction criminelle, même si le comportement qui sous-tend cette infraction ne constitue pas par ailleurs un acte criminel. [p. 1]

[80] La présence d'un trop grand nombre de conditions inutiles et le caractère généralisé des accusations de manquement découlant de l'imposition de conditions excessives et sévères font partie du contexte législatif pertinent pour l'interprétation du par. 145(3) (Sullivan, p. 648-649). Il s'agit du même contexte pour lequel le Parlement est récemment intervenu en modifiant le régime de mise en liberté sous caution. On ne peut présumer que les conditions de mise en liberté sous caution sont suffisamment individualisées et la Cour ne prétendra pas que le régime actuel fonctionne parfaitement, alors que ce n'est manifestement pas le cas. Il n'y a aucun fondement théorique ou pratique justifiant d'accepter qu'une imposition individualisée de conditions de mise en liberté sous caution dès le départ démontre une intention claire d'écarter la norme présumée de faute subjective. De fait, les études concordantes et convaincantes présentées à la Cour illustrent la nécessité d'exposer, avec davantage de précision et d'insistance, comment l'intention du Parlement de sanctionner les personnes qui manquent intentionnellement à leurs conditions de mise en liberté sous caution aux termes du par. 145(3), tout en garantissant leur droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable et des conditions nécessaires les moins sévères possible, exige que les acteurs du système de mise en liberté sous caution agissent avec retenue et examinent attentivement les conditions pour s'assurer qu'elles sont conformes à la *Charte*, au *Code* et à l'arrêt *Antic*. C'est ce que je vais maintenant faire.

V. Retenue et révision : conditions de mise en liberté sous caution nécessaires et raisonnables et paragraphe 145(3)

[81] Dans l'arrêt *Antic*, lorsqu'elle s'est penchée sur le recours excessif au cautionnement en espèces et aux cautions, la Cour a énoncé l'approche à adopter pour l'application des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution du *Code*. Comme les questions concernant ce sujet sont particulièrement susceptibles d'échapper à l'examen judiciaire (voir *Penunsi*, par. 11), il est devenu nécessaire de reprendre le cadre énoncé dans l'arrêt *Antic* pour donner des indications sur l'imposition de conditions non pécuniaires de mise en liberté sous caution et les graves conséquences qui découlent du manquement à celles-ci.

[82] Nous pouvons en apprendre beaucoup sur la façon de fixer des conditions de mise en liberté sous caution lorsqu'on voit comment elles peuvent devenir des infractions criminelles aux termes du par. 145(3). Chaque condition ajoutée à une ordonnance de mise en liberté non seulement limite la liberté d'une personne présumée innocente, mais crée un nouveau risque de responsabilité criminelle, propre à la personne prévenue, et peut conduire à une perte de liberté, que ce soit en raison de la révocation de la mise en liberté sous caution ou d'un emprisonnement. Le lien direct entre le comportement visé dans les conditions de mise en liberté sous caution et la conduite qui est criminalisée au par. 145(3) peut s'établir dans les deux sens. Le processus individualisé d'établissement des conditions de mise en liberté sous caution donne lieu à la norme de faute subjective applicable au manquement et sert de base à celle-ci. À l'inverse, le fait de comprendre la façon dont le par. 145(3) pourrait entraîner une responsabilité criminelle renforce la règle selon laquelle les principes de retenue et de révision doivent dans les faits orienter la décision initiale d'imposer des

conditions de mise en liberté sous caution. Le paragraphe 145(3) apporte donc une perspective essentielle par laquelle nous pouvons prendre en considération les principes généraux de mise en liberté sous caution; les préoccupations concernant des conditions précises; et la façon dont toutes les personnes jouant un rôle dans le système de mise en liberté sous caution ont des responsabilités en matière de retenue et de révision.

A. *Principes généraux régissant les conditions de mise en liberté sous caution*

[83] Toutes les personnes qui jouent un rôle dans l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution doivent se reporter aux principes généraux en cette matière, qui restreignent la façon dont les conditions sont établies. Comme le *Code* prévoit par défaut la mise en liberté sans condition, la première question consiste à savoir s'il a été démontré que l'imposition de conditions est nécessaire. Selon les principes de retenue et de l'échelle, quiconque propose d'ajouter des conditions de mise en liberté sous caution doit chercher à savoir si l'un des risques mentionnés au par. 515(10) est en cause et comprendre quels risques précis se poseraient si la personne prévenue était libérée sans condition : cette personne présente-t-elle un risque de fuite, sa mise en liberté pose-t-elle un risque pour la protection ou la sécurité du public ou est-elle susceptible de miner la confiance du public envers l'administration de la justice?

[84] Seules les conditions qui ciblent les risques précis mentionnés au par. 515(10) sont nécessaires. Si la personne prévenue pose un risque de fuite, mais

aucun autre risque, seules les conditions qui réduisent ce risque au minimum devraient être imposées. De même, si la personne prévenue pose un risque pour la sécurité ou la protection du public, seules les conditions les moins sévères possible pour répondre à cette menace précise devraient être imposées (*R. c. S.K.*, 1998 CanLII 13344 (C. prov. Sask.), par. 16-19). De plus, de telles conditions ne seront pas nécessaires pour la protection ou la sécurité du public simplement du fait qu'il est possible que la personne prévenue commette une autre infraction pendant sa mise en liberté sous caution, à moins qu'il n'y ait une « probabilité marquée » qu'elle commette une infraction compromettant la protection ou la sécurité du public (*Morales*, p. 736-737, al. 515(10)b)). Toute condition imposée pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice doit être fondée sur l'examen, du point de vue d'un membre raisonnable du public, de l'effet combiné de toutes les circonstances pertinentes, et tout particulièrement des quatre facteurs énoncés à l'al. 515(10)c) : le fait que l'accusation paraît fondée, la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et la question de savoir si la personne prévenue encourt une longue peine d'emprisonnement (*St-Cloud*, par. 55-71 et 79).

[85] L'exigence de nécessité signifie aussi que la condition particulière doit atténuer les risques qui empêcheraient autrement la libération de la personne prévenue sans cette condition. Les conditions ne peuvent être imposées de façon injustifiée ou dans un but punitif (*Antic*, par. 67j); *Birtchnell*, par. 27-28; *R. c. McDonald*, 2010 ABQB 770, par. 34-36 (CanLII)). Une condition qui peut convenir

en vue d'un objectif de détermination de la peine, comme la réadaptation, ne sera pas appropriée à moins qu'elle ne vise à répondre aux risques prévus au par. 515(10) (*Omeasoo*, par. 31). Les conditions ne devraient pas être fondées sur un comportement (*R. c. K. (R.)*, 2014 ONCJ 566, par. 14-19; *J.A.D.*, par. 9 et 11 (CanLII)). Une condition qui semble simplement [TRADUCTION] « bonne à avoir », mais qui n'est pas nécessaire pour la mise en liberté de la personne prévenue, n'est pas appropriée (*Birtchnell*, par. 40). Même si une condition donnée se veut thérapeutique, vise à aider ou « ne pourrait pas faire de mal », la possibilité qu'une responsabilité criminelle additionnelle soit engagée en vertu du par. 145(3) signifie que de telles limites à un comportement qui serait autrement légal pourraient aussi entraîner des sanctions pénales. La Cour insiste sur la retenue dans l'arrêt *Antic*, au par. 67j) :

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 [la personne accusée]. Elles ne doivent pas être imposées pour modifier le comportement de [la personne accusée] ou pour [la] punir. [Note en bas de page omise.]

[86] De plus, les conditions de mise en liberté sous caution doivent être suffisamment liées aux risques définis dans la loi. Elles devraient être définies aussi étroitement que possible pour réaliser leur objectif de répondre aux risques prévus au par. 515(10) (*R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. no 2059, par. 14-17 (QL); *R. c. Pammett*, 2014 ONSC 5597, par. 10-12 (CanLII); *R. c. Clarke*, [2000] O.J. no 5738 (C.S.), par. 9 et 12 (QL); *K. (R.)*, par. 14-19; *J.A.D.*, par. 9 et 11). Comme pour

l'établissement des conditions de probation, le lien entre une condition non énumérée et un risque prévu au par. 515(10) devrait être comparable aux liens évidents entre les conditions énumérées au par. 515(4) et les risques prévus au par. 515(10) (*R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, par. 13-14). Récemment, dans l'arrêt *Penunsi*, la Cour l'a souligné en ce qui a trait aux conditions relatives aux engagements de ne pas troubler l'ordre public :

Lorsqu'elle n'est pas manifestement rattachée à la crainte alléguée, la condition risque davantage d'amener [la partie défenderesse] à ne pas la respecter [...] Aucune condition ne devrait être sévère au point de constituer dans les faits une ordonnance de détention en vouant [la partie défenderesse] à l'échec. [Références omises; par. 80.]

[87] Les conditions de mise en liberté sous caution doivent être raisonnables. Comme pour les conditions de probation, les conditions de mise en liberté sous caution ne peuvent contrevenir à une loi fédérale ou provinciale ou encore à la *Charte* (*Shoker*, par. 14). Les conditions de mise en liberté sous caution énumérées aux par. 515(4) à (4.2) aident à déterminer l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'entité judiciaire pour imposer d'autres conditions raisonnables non énumérées de mise en liberté sous caution (*Shoker*, par. 14). Les conditions doivent être claires, peu intrusives et proportionnées à tout risque posé. Aussi, elles ne seront raisonnables que si, de façon réaliste, elles peuvent être et seront respectées par la personne prévenue, car [TRADUCTION] « [e]xiger que la personne prévenue soit tenue à l'impossible ne constitue qu'un autre moyen de la priver d'une mise en liberté provisoire par voie judiciaire » en faisant en sorte qu'elle échoue, en plus de lui faire

courir le risque d'engager sa responsabilité criminelle si elle omet de se conformer à une condition (*Omeasoo*, par. 33 et 37-38; voir aussi *Penunsi*, par. 80). Comme l'a noté le juge Rosborough dans la décision *Omeasoo*, le retrait d'une condition déraisonnable n'exposera pas la collectivité à plus de risques que l'imposition d'une condition impossible à respecter pour la personne prévenue (par. 39). Les conditions raisonnables ne doivent pas non plus restreindre les droits garantis par la *Charte* à la personne prévenue, comme la liberté d'expression ou d'association, à moins que la condition soit raisonnablement liée aux risques que pose la personne prévenue, soit le risque de fuite, le risque d'atteinte à la sécurité du public ou le risque que le public perde confiance envers l'administration de la justice, ou qu'elle soit nécessaire pour répondre à de tels risques (*R. c. Manseau*, [1997] AZ-51286266 (C.S. Qc); *Clarke*).

[88] Les conditions de mise en liberté sous caution doivent être adaptées aux risques individuels que pose la personne prévenue. On ne devrait pas imposer machinalement une liste de conditions. La seule condition de mise en liberté sous caution qui devrait être systématiquement imposée est celle qui exige la présence au tribunal de la personne prévenue (*Birtchnell*, par. 6), ainsi que celles qui doivent être envisagées pour certaines infractions aux termes des par. 515(4.1) à (4.3). Le recours à des listes de vérification pour passer en revue les conditions possibles ne pose aucun problème. Il n'y a problème que si des conditions sont simplement ajoutées, non parce qu'elles sont strictement nécessaires, mais simplement par habitude, parce que la personne prévenue y a consenti ou parce qu'un changement de comportement serait

considéré comme souhaitable. Les conditions de mise en liberté sous caution peuvent être faciles à imposer, mais difficiles à vivre.

[89] En résumé, les questions suivantes peuvent aider à structurer l'analyse afin que les principes de retenue et de révision fassent réellement partie intégrante de l'élaboration de conditions de mise en liberté sous caution appropriées :

- Si elle est libérée sans condition, la personne prévenue poserait-elle un risque précis prévu par la loi qui justifie l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution? Si la personne prévenue est libérée sans condition, existe-t-il un risque qu'elle ne se présente pas au tribunal au moment exigé, qu'il y ait atteinte à la sécurité ou à la protection du public ou que soit minée la confiance du public envers l'administration de la justice?
- La condition est-elle nécessaire? Si la condition n'était pas imposée, y aurait-il un risque de fuite de la part de la personne prévenue, un risque d'atteinte à la protection ou à la sécurité du public ou un risque que le public perde confiance envers l'administration de la justice, qui empêcherait le tribunal de libérer la personne prévenue sur remise d'une promesse sans condition?
- La condition est-elle raisonnable? La condition est-elle claire et proportionnelle au risque que pose la personne prévenue? Peut-on s'attendre à ce que la personne prévenue respecte la condition de façon sécuritaire et raisonnable? Sur le fondement de ce que l'on sait de la personne prévenue,

est-il probable que ses conditions de vie, sa dépendance, son handicap ou sa maladie fassent en sorte qu'elle serait incapable de se conformer à la condition?

- La condition est-elle suffisamment liée aux motifs de détention prévus à l'al. 15(10)c)? Se limite-t-elle à répondre au risque précis que pose la libération de la personne prévenue?
- Quel est l'effet cumulatif de toutes les conditions? Prises ensemble, constituent-elles les conditions les moins nombreuses et les moins sévères nécessaires dans les circonstances?

Ces questions sont interreliées et n'ont pas besoin d'être abordées dans un ordre particulier, ni d'être posées et de recevoir une réponse concernant chaque condition dans tous les cas. Compte tenu des considérations d'ordre pratique des tribunaux chargés des remises en liberté sous caution, qui sont très occupés, il n'est ni réaliste ni souhaitable d'exiger que les entités judiciaires se penchent sur les conditions qui ne soulèvent pas de préoccupations particulières. Ce qui importe est que quiconque participe à l'établissement des conditions de mise en liberté sous caution recoure à ce type de questions pour orienter les politiques et évaluer quelles conditions devraient être visées et imposées.

[90] Lorsque l'on examine le caractère approprié des conditions de mise en liberté sous caution, il faut garder à l'esprit que l'infraction criminelle créée au

par. 145(3) non seulement recommande la retenue et la révision, mais fournit un cadre de référence additionnel qui intègre des considérations de proportionnalité dans l'évaluation. Étant donné la relation directe entre l'imposition de conditions et le manquement, les évaluations de la nécessité et du caractère raisonnable dont il est question dans l'arrêt *Antic* devraient aussi tenir compte du fait que les omissions de se conformer aux conditions imposées deviennent des crimes distincts contre l'administration de la justice. Par conséquent, la question est la suivante : est-il nécessaire et raisonnable d'imposer cette condition susceptible d'entraîner une responsabilité criminelle, alors que l'on sait que le manquement peut donner lieu à une privation de liberté en raison d'une accusation ou d'une déclaration de culpabilité au titre du par. 145(3)? En résumé, lors de l'examen de la question de savoir si une condition proposée répond à un risque établi et précis, il faut chercher à savoir s'il serait proportionné qu'un manquement à cette condition constitue une infraction criminelle ou devienne une raison de révoquer la mise en liberté sous caution.

B. *Conditions précises*

[91] Je me penche maintenant sur certaines conditions précises non énumérées couramment incluses dans les ordonnances de mise en liberté. Bon nombre de ces types de conditions se retrouvaient dans l'ordonnance de mise en liberté de M. Zora. Comme je l'ai déjà indiqué, en raison de la criminalisation des manquements aux conditions aux termes du par. 145(3), les principes de retenue et de révision commandent un examen approfondi pour établir si un type particulier de condition est

nécessaire, raisonnable, le moins sévère possible et suffisamment lié à un risque mentionné au par. 515(10). L'analyse de conditions précises qui suit montre de quelle façon ces types courants de conditions doivent être examinés.

[92] Premièrement, les entités judiciaires doivent être prudentes pour ce qui est des conditions pouvant viser des symptômes de maladie mentale, comme les conditions interdisant de consommer à des personnes prévenues ayant un problème d'alcoolisme ou de toxicomanie. Si la personne prévenue ne peut respecter une telle condition, alors celle-ci n'est pas raisonnable (*Penunsi*, par. 80; *Omeasoo*, par. 37-38). De plus, la réadaptation ou le traitement d'une dépendance ou d'une autre maladie ne constitue pas un objectif approprié pour une condition de mise en liberté sous caution — une condition ne sera appropriée que si elle est nécessaire pour répondre aux risques précis que pose la personne prévenue. Assujettir des personnes qui sont présumées innocentes à des conditions d'abstinence pourrait dans les faits les punir pour ce qui est reconnu comme étant un problème de santé : [TRADUCTION] « si l'individu souffre d'alcoolisme, l'abstinence absolue pourrait présenter un risque important pour sa santé et son bien-être » et même « avoir éventuellement des effets de sevrage létaux » (*R. c. Denny*, 2015 NSPC 49, 364 N.S.R. (2d) 49, par. 14-15; voir aussi la Société John Howard de l'Ontario, p. 12-13). S'il est nécessaire d'imposer une condition d'abstinence, celle-ci doit être rédigée avec soin pour viser le risque réel pour la sécurité publique, par exemple, en interdisant à la personne prévenue de consommer de l'alcool à l'extérieur de son domicile si les infractions reprochées ont eu lieu alors qu'elle était ivre et qu'elle ne se trouvait pas chez elle (*Omeasoo*,

par. 42). Quiconque sollicite ou impose des conditions de mise en liberté sous caution devrait aussi tenir compte du fait qu'il est possible que le problème de la personne prévenue lié à la consommation d'une substance, ou toute autre maladie mentale dont elle pourrait souffrir, n'ait pas encore été diagnostiqué. De plus, au besoin, on devrait recourir abondamment aux dispositions relatives à la révision et à la modification de la mise en liberté sous caution prévues aux art. 520, 521 et 523 pour tenir compte de telles circonstances. La mise en liberté sous caution est un processus dynamique d'évaluation continue, une collaboration entre toutes les parties qui jouent un rôle dans l'élaboration des conditions les plus raisonnables et les moins sévères possible, même au fil de l'évolution de la situation.

[93] Deuxièmement, d'autres conditions liées au comportement qui visent à réadapter ou aider la personne prévenue ne seront pas appropriées à moins qu'elles soient nécessaires pour répondre aux risques que pose cette dernière. Comme l'a expliqué Cheryl Webster dans son rapport pour le ministère de la Justice, « des conditions comme l'obligation de “fréquenter l'école” ou “de suivre une thérapie ou un traitement” peuvent s'inscrire dans l'atteinte d'objectifs sociaux plus vastes, mais elles n'ont [généralement] aucun lien avec l'infraction alléguée » (rapport Webster, p. 11). Il peut y avoir des exceptions, comme dans la décision *S.K.*, où la juge a conclu que la condition de [TRADUCTION] « fréquenter l'école » était suffisamment liée aux risques que posait la prévenue. Toutefois, même si une condition semble suffisamment liée aux risques que pose la personne prévenue, la question est aussi de savoir si la condition est proportionnelle : l'imposition de telles conditions a pour

conséquence que la prévenue pourrait être déclarée coupable d'une infraction criminelle pour avoir manqué une journée d'école.

[94] Troisièmement, la condition de [TRADUCTION] « ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite » est obligatoire pour les ordonnances de probation, les ordonnances de sursis et les engagements à ne pas troubler l'ordre public, mais pas pour une mise en liberté sous caution (*S.K.*, par. 39). Il faudrait sérieusement l'examiner lorsqu'elle est proposée comme condition de mise en liberté sous caution. Cette condition générique est habituellement considérée comme une interdiction pour la personne prévenue de troubler la paix ou de violer toute loi fédérale ou provinciale ou tout règlement municipal (*R. c. Grey* (1993), 19 C.R. (4th) 363 (C. J. Ont.); *R. c. D.R.* (1999), 178 Nfld. & P.E.I.R. 200 (C.A. T.-N.); *R. c. Gosai*, [2002] O.J. no 359 (C.S.), par. 18-28 (QL)). Comme un manquement à une condition de mise en liberté sous caution constitue une infraction criminelle, cette condition [TRADUCTION] « ajoute un nouveau niveau de sanction, pas seulement à l'égard d'un comportement criminel, mais aussi de toute violation de règlement, pouvant aller du non-respect de la limite de vitesse sur les biens fonciers fédéraux, comme les aéroports, au non-respect d'un règlement municipal sur le port de la laisse pour les chiens » et « n'est pas compatible avec la présomption d'innocence » qui s'applique habituellement lorsque la personne prévenue est en liberté sous caution (*R. c. Doncaster*, 2013 NSSC 328, 335 N.S.R. (2d) 331, par. 16-17; voir aussi *R. c. A.D.B.*, 2009 SKPC 120, 345 Sask. R. 134, par. 17 et 20; Trotter, par. 6-41 à 6-44). Étant donné la large portée de la condition, il est difficile de voir en quoi l'imposition

à la personne prévenue d'une interdiction additionnelle pour la violation de toute règle de droit substantiel, que ce soit une contravention routière ou l'omission d'enregistrer un chien, pourrait être raisonnable, nécessaire, le moins sévère possible et suffisamment liée au risque de fuite de la personne prévenue, au risque pour la sécurité ou la protection du public ou au risque que la confiance du public envers l'administration de la justice soit minée (voir *S.K.*, par. 39).

[95] Quatrièmement, les conditions larges qui exigent que la personne prévenue suive les règles de la maison ou y soit assujettie, ou qu'elle suive les instructions légitimes du personnel dans une résidence, peuvent poser problème, particulièrement pour les jeunes personnes prévenues. Dans *J.A.D.*, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a conclu qu'une telle condition était nulle pour cause d'imprécision et délégation irrégulière de la fonction judiciaire (par. 11). Ces types de conditions empêchent la personne prévenue de comprendre ce qu'elle doit faire pour éviter de manquer à la condition, étant donné que les règles de la maison peuvent changer au gré de la personne qui les fixe (*K. (R.)*, par. 19-22). Imposer une condition qui délègue la création de règles de mise en liberté sous caution à une caution (ou à quiconque) contourne l'obligation de l'entité judiciaire de respecter les principes de retenue et de révision et d'évaluer si les règles de la maison répondent véritablement aux risques que pose la personne prévenue.

[96] Cinquièmement, certaines conditions peuvent avoir des conséquences malencontreuses ou des incidences négatives non voulues sur la sécurité de la

personne prévenue ou du public. Ces effets non voulus mettent en évidence la nécessité de réviser attentivement et rigoureusement chacune des conditions de mise en liberté sous caution. Par exemple, une condition qui empêche la personne prévenue d'utiliser un téléphone cellulaire peut l'empêcher d'appeler à l'aide en cas d'urgence ou faire obstacle à sa capacité de travailler ou de s'occuper de personnes à charge (*Prychitko*, par. 19-25; Trotter, p. 6-44 à 6-45). D'autres conditions peuvent entraver l'administration de la justice en punissant des personnes prévenues qui sont par ailleurs victimes d'actes criminels. Dans la décision *Omeasoo*, la police a répondu à une plainte de violence familiale, dont M^{me} Omeasoo était la victime. Cependant, cette dernière a été arrêtée et inculpée d'omission de se conformer à une condition parce qu'elle avait consommé de l'alcool, ce qui était contraire à sa condition de mise en liberté sous caution (par. 6). Elle a donc été accusée de l'infraction d'être en état d'ébriété alors qu'elle était victime d'une agression. Certes, on espère que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite aide à empêcher ce type de conséquences non voulues, mais de telles conditions peuvent décourager la dénonciation de crimes graves et augmenter considérablement la vulnérabilité de certaines personnes.

[97] Mentionnons comme autres exemples de conditions ayant des conséquences malencontreuses les conditions relatives à une « zone rouge », qui empêchent la personne prévenue d'entrer dans une région géographique précise, et celles relatives à l'« interdiction de posséder des accessoires facilitant la consommation de drogues ». De telles conditions peuvent avoir des incidences particulièrement importantes sur les personnes prévenues marginalisées. Les

conditions relatives à une « zone rouge » peuvent empêcher les gens d'avoir accès à des services essentiels et à leur réseau de soutien (Sylvestre, Blomley et Bellot). Les interdictions de posséder des accessoires facilitant la consommation de drogues peuvent encourager le partage de seringues si les personnes prévenues ne peuvent pas avoir sur elles leurs propres seringues propres (rapport Pivot, p. 89-95). En outre, les lignes directrices sur les conditions de mise en liberté sous caution imposées aux personnes prévenues ayant des troubles liés à la consommation d'une substance, publiées en 2019 par le Service des poursuites pénales du Canada, reconnaissent que ces types de conditions « ne devraient pas, en règle générale, être imposées » (*Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, Partie III, c. 19, « Conditions de libération provisoire visant les surdoses d'opioïdes » (mis à jour le 1^{er} avril 2019) (en ligne)). De façon générale, les incidences de ces conditions font ressortir la nécessité que toute condition de mise en liberté proposée soit attentivement examinée et ne vise qu'à répondre au risque de fuite de la personne prévenue et à protéger la sécurité du public ou la confiance de celui-ci envers l'administration de la justice. Autrement, la condition pourrait avoir des conséquences négatives non voulues sur la personne prévenue et le public.

[98] Enfin, je note que certaines conditions de mise en liberté sous caution peuvent avoir une incidence sur d'autres droits que garantit la *Charte* à la personne prévenue outre son droit d'être présumée innocente, son droit à la liberté (art. 7) et son droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (al. 11*e*). Les principes de retenue et de révision exigent que les entités judiciaires examinent

rigoureusement ces conditions et établissent si elles contreviennent à la *Charte*. Par exemple, certaines personnes prévenues font l'objet de conditions de mise en liberté sous caution aux termes desquelles elles sont tenues de se soumettre, sur demande et sans qu'il y ait de mandat, à des fouilles sur leur personne ainsi qu'à des fouilles de leur véhicule, de leur téléphone ou de leur résidence (voir, p. ex., *R. c. Delacruz*, 2015 MBQB 32; *R. c. Tithi*, 2019 SKQB 299, [2019] S.J. no 299, par. 14 (QL); *R. c. Sabados*, 2015 SKCA 74, 327 C.C.C. (3d) 107). Comme l'a mentionné la Cour dans l'arrêt *Shoker*, dans le contexte des conditions de probation, les juges n'ont pas compétence pour imposer une condition qui assujettit la personne accusée à une norme inférieure en matière de fouilles et perquisitions que celle qui serait autrement requise, à moins que le Parlement ne crée un régime législatif conforme à la *Charte* pour les fouilles et perquisitions ou que la personne accusée ne consente à la fouille ou à la perquisition (par. 22 et 25; voir aussi *R. c. Goddard*, 2019 BCCA 164, 37 C.C.C. (3d) 44, par. 53; *R. c. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389, par. 128). Ces types de conditions constituent en fait des mécanismes d'application de la loi qui « facilit[ent] l'obtention d'éléments de preuve », « ne permettent pas simplement de surveiller le comportement [de la personne prévenue] » et ne sont pas liés au risque que pose la personne prévenue aux termes du par. 515(10) (*Shoker*, par. 22). Comme de telles conditions ne relèvent pas des conditions de mise en liberté sous caution énumérées à l'art. 515 et qu'il n'existe pas non plus de régime établi par le Parlement pour les fouilles et perquisitions, elles sont suspectes sur le plan constitutionnel.

[99] D'autres conditions peuvent aussi avoir une incidence sur la liberté d'expression ou la liberté d'association de la personne prévenue (voir, p. ex., *R. c. Singh*, 2011 ONSC 717, [2011] O.J. no 6389, par. 41-47 (QL); voir *Manseau*, p. 10; *Clarke*). Il convient d'évaluer rigoureusement de telles conditions restreignant d'autres droits garantis par la *Charte* pour établir si cette restriction est justifiée et proportionnelle au risque que pose la personne prévenue. Il ne faut jamais oublier qu'en assortissant la mise en liberté sous caution d'une telle condition, l'entité judiciaire criminalise l'exercice par la personne prévenue des droits que lui garantit la *Charte* à un moment où cette dernière est présumée innocente avant la tenue du procès.

C. Responsabilités

[100] Toutes les personnes jouant un rôle dans le système de mise en liberté sous caution sont tenues d'agir avec retenue et d'examiner attentivement les conditions de mise en liberté sous caution qu'elles proposent ou imposent. La retenue est requise par la loi, elle constitue la pierre angulaire du principe de l'échelle et est étayée par l'exigence que toute condition de mise en liberté sous caution soit nécessaire, raisonnable, la moins sévère possible dans les circonstances et suffisamment liée aux facteurs de risque précis que prévoit le par. 515(10), soit le risque que la personne prévenue ne se présente pas au tribunal au moment exigé, le risque pour la protection ou la sécurité du public ou le risque de perte de confiance du public envers l'administration de la justice (Trotter, p. 1-59; *Antic*, par. 67j); voir

aussi l'art. 493.1 du *Code* dans sa version en vigueur le 18 décembre 2019). L'établissement des conditions de mise en liberté sous caution est un processus individualisé dans le cadre duquel des conditions normalisées, systématiques ou types n'ont pas leur place, peu importe que la mise en liberté sous caution soit contestée ou qu'elle résulte d'un consentement. Le principe de la révision signifie que quiconque joue un rôle dans l'élaboration des conditions de la mise en liberté sous caution devrait prendre le temps de se demander si la condition pertinente satisfait à toutes les exigences constitutionnelles, législatives et jurisprudentielles.

[101] Quiconque participe au système de mise en liberté sous caution a aussi le devoir de respecter la présomption d'innocence et le droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (voir Berger et Stribopolous, p. 323-324). En effet, [TRADUCTION] « l'imposition automatique de conditions de mise en liberté sous caution qui ne peuvent se rattacher rationnellement à un besoin lié à la mise en liberté sous caution n'est pas compatible avec la présomption d'innocence » (*R. c. A.D.M.*, 2017 NSPC 77, par. 29 (CanLII), citant l'arrêt *Antic*). La Couronne, la défense et les tribunaux ont l'obligation de respecter les principes de la retenue et de la révision. Sauf dans des situations où le fardeau de la preuve est inversé, la Couronne devrait comprendre, et si on le lui demande, être en mesure d'expliquer, pourquoi les conditions proposées de mise en liberté sous caution sont nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible et suffisamment liées aux risques prévus au par. 515(10). Cette responsabilité de retenue qui incombe à la poursuite lorsqu'elle envisage des conditions de mise en liberté sous caution se dégage des deux documents de politique

des juristes de la Couronne que nous ont présentés les parties intervenantes (Ontario, ministère du Procureur général, *Directives de l'Ontario sur les poursuites*, « Mise en liberté provisoire par voie judiciaire (cautionnement) » (novembre 2017) (en ligne); et British Columbia Prosecution Service, *Crown Counsel Policy Manual*, « Bail — Adult » (avril 2019) (en ligne)). La défense devrait aussi être à l'affût des conditions de mise en liberté sous caution qui ne sont pas minimales, nécessaires, raisonnables, les moins sévères possible et suffisamment liées au risque que pose la personne prévenue, tant en cas de mise en liberté contestée que de mise en liberté avec consentement, particulièrement lorsque la personne cliente peut simplement être prête à consentir à des conditions excessives et trop générales pour obtenir une mise en liberté. Cela dit, il n'est pas inhabituel que la défense accepte une condition qui semble quelque peu sévère mais ne justifie pas la tenue d'une audience avec contestation, ce qui pourrait faire en sorte que la personne prévenue aurait à rester détenue quelques jours supplémentaires. Dans de tels cas, la défense peut aussi demander un examen de la condition après un laps de temps raisonnable et demander qu'elle soit modifiée.

[102] En dernier ressort, l'obligation de faire en sorte que les personnes prévenues soient libérées aux termes d'ordonnances de mise en liberté sous caution appropriées incombe aux entités judiciaires. Comme pour la fixation du montant des dépôts d'argent dans l'arrêt *Antic*, si une entité judiciaire ne comprend pas en quoi une condition est appropriée, « [l'entité judiciaire appelée] à fixer le cautionnement a l'obligation positive » de chercher à savoir si la condition suspecte de mise en liberté

sous caution est nécessaire, raisonnable, le moins sévère possible et suffisamment liée aux risques que pose la personne prévenue (par. 56 et 67i)). Avant de transformer les conditions de mise en liberté sous caution en sources personnelles de responsabilité criminelle éventuelle, les entités judiciaires doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire avec sérieux et examiner les conditions proposées pour s'assurer qu'elles sont ciblées, bien circonscrites et formulées de façon précise en vue de répondre aux risques que pose la personne prévenue.

[103] Les entités judiciaires disposent d'outils adéquats pour faire en sorte que les ordonnances de mise en liberté sous caution soient généralement appropriées, mais aussi que les ressources judiciaires ne soient pas gaspillées. Elles peuvent et devraient remettre en question les conditions qui semblent inhabituelles ou excessives. Elles devraient aussi être à l'affût de tout signe laissant croire que des conditions sont imposées de façon routinière ou abusive.

[104] Ces obligations s'appliquent aussi aux mises en liberté avec consentement, qui appellent des considérations particulières. Il peut exister de nombreuses raisons impérieuses qui pousseraient une personne sous garde à « accepter » les restrictions proposées pour obtenir une libération, même si ces restrictions sont trop larges. En plus de l'aspiration universelle de l'être humain à la liberté, il y a le fait que les individus s'inquiètent des effets de la détention continue sur leur famille, leurs revenus, leur emploi et leur aptitude à conserver leur résidence et à avoir accès à des médicaments et aux services nécessaires, comme je l'ai déjà

indiqué. Lorsqu'on leur présente une promesse de mise en liberté qui semble assortie « de conditions à prendre ou à laisser », bon nombre de personnes prévenues se contentent d'acquiescer pour éviter le maintien en détention ou une enquête sur le cautionnement avec contestation. C'est la raison pour laquelle des personnes alcooliques, qui savent pertinemment qu'elles ont déjà échoué à sortir de leur dépendance, consentiraient à une condition qui leur interdit de consommer de l'alcool. Ces facteurs, entre autres, exercent de la pression et ont contribué à une culture de consentement dans le cadre de laquelle des personnes prévenues, qui ne bénéficient pas de représentation juridique aux enquêtes sur le cautionnement, acceptent fréquemment d'être liées par des conditions qui ne sont ni nécessaires ni raisonnables, et qui pourraient même être inconstitutionnelles.

[105] On appliquera plus strictement les principes de l'échelle et de l'évaluation rigoureuse des conditions de mise en liberté sous caution en cas de contestation de celle-ci, mais les propositions conjointes doivent néanmoins reposer sur les critères applicables à ces conditions établis en fonction des droits garantis par la *Charte*, des dispositions du *Code* et de la jurisprudence de la Cour (*Antic*, par. 44). Les entités judiciaires « ne devr[ai]ent pas systématiquement remettre en question les propositions conjointes » étant donné que les mises en liberté avec consentement demeurent une méthode efficace pour obtenir une mise en liberté dans le contexte où les tribunaux chargés des mises en liberté sous caution sont occupés (*Antic*, par. 68). Toutefois, l'on devrait aussi savoir que les entités judiciaires ont le pouvoir discrétionnaire de rejeter les propositions trop larges, et elles devraient garder à

l'esprit les préoccupations relevées concernant les mises en liberté avec consentement. Dans *R. c. Singh*, 2018 ONSC 5336, [2018] O.J. no 4757, le juge Hill a fait remarquer que, même depuis l'arrêt *Antic*, les parties ne semblent parfois pas être conscientes de l'existence de ce pouvoir discrétionnaire :

[TRADUCTION] Comme il ressort de certaines transcriptions d'audiences de justification, les parties agissent trop souvent comme si une mise en liberté sous caution obtenue « avec consentement » régit le résultat de la libération ou de la détention et que la signature du tribunal n'est qu'une formalité. Parfois, celles-ci vont jusqu'à manifester de l'hostilité pure et simple à l'endroit des juges de paix qui président l'audience et qui osent poser des questions, exiger plus d'information ou contester raisonnablement le bien-fondé de la proposition. Cette attitude est fondamentalement inappropriée. [par. 24 (QL)]

[106] Je suis de cet avis. Les tribunaux chargés des mises en liberté sous caution sont effectivement très occupés, et les mises en liberté avec consentement peuvent favoriser l'efficacité, mais force est de constater que peu est réalisé en matière d'efficacité si la personne prévenue est libérée sous des conditions qu'elle n'est pas dans les faits en mesure de respecter, ce qui mène inévitablement à une utilisation accrue du temps et des ressources du tribunal en raison des demandes de révision ou de révocation des conditions de mise en liberté sous caution ou des accusations pour manquement qui y sont portées. Les entités judiciaires doivent donc agir avec prudence, en gardant à l'esprit les conséquences de l'imposition des conditions de mise en liberté sous caution, dans l'examen et l'approbation des ordonnances de mise en liberté sous caution obtenues avec consentement.

D. *Conclusion sur la façon dont le paragraphe 145(3) oriente l'imposition des conditions de mise en liberté sous caution*

[107] En conclusion, l'infraction prévue au par. 145(3) exige une *mens rea* subjective. Non seulement cette conclusion est compatible avec la présomption de faute subjective pour des crimes comme celui visé au par. 145(3), mais elle est aussi étayée par la place et l'objet de cette disposition au sein de l'ensemble du système de mise en liberté sous caution, par les graves conséquences qui découlent d'un manquement et par la façon dont la situation personnelle de la personne prévenue doit fonder l'établissement des conditions et la détermination de l'élément mental nécessaire à leur violation. Le fait de comprendre que le par. 145(3) vise à criminaliser une conduite associée à un risque, conduite qui est interdite dans les conditions de mise en liberté sous caution, donne des indications sur la mesure dans laquelle le bon fonctionnement de notre système de mise en liberté sous caution repose sur la retenue et la révision, afin que seules des conditions convenables soient imposées et que seules les omissions intentionnelles de se conformer à ces conditions fassent l'objet de poursuites.

VI. Éléments constitutifs de la *mens rea* subjective pour l'infraction prévue au paragraphe 145(3)

[108] Ayant conclu qu'une *mens rea* subjective est requise pour l'infraction d'omission de se conformer à une condition, j'expliquerai maintenant ce que la Couronne doit établir pour prouver la *mens rea* subjective requise au par. 145(3).

[109] La *mens rea* subjective doit généralement être prouvée à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus* de l'infraction (*Sault Ste. Marie*, p. 1309-1310; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 139, le juge Dickson, dissident, mais pas sur ce point). Par conséquent, la *mens rea* subjective de l'infraction prévue au par. 145(3) peut être établie lorsque la Couronne prouve les éléments suivants :

1. La personne prévenue connaissait les conditions de sa mise en liberté sous caution ou faisait preuve d'aveuglement volontaire à leur égard;
2. La personne prévenue a sciemment omis d'agir conformément aux conditions de sa mise en liberté sous caution, c'est-à-dire qu'elle connaissait les circonstances qui exigeaient qu'elle se conforme aux conditions de l'ordonnance dont elle faisait l'objet, ou qu'elle faisait preuve d'aveuglement volontaire face aux circonstances, et qu'elle a omis de se conformer aux conditions malgré le fait qu'elle les connaissait; ou

La personne prévenue a par insouciance omis d'agir conformément aux conditions de sa mise en liberté sous caution, c'est-à-dire qu'elle était consciente qu'il y avait un risque important et injustifié que sa conduite ne respecte pas les conditions de sa mise en liberté sous caution mais qu'elle n'a pas cessé d'agir de la sorte.

[110] Ces éléments concordent avec la *mens rea* requise dans les ressorts qui reconnaissent la *mens rea* subjective pour les infractions d'omission de se conformer à des conditions en exigeant que la Couronne démontre hors de tout doute raisonnable que la personne prévenue a manqué sciemment ou par insouciance à la condition (*Legere*, par. 33; *Custance*, par. 10).

[111] La jurisprudence est toutefois quelque peu partagée sur le premier élément : la mesure dans laquelle la personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution, et donc savoir qu'elle manque à une condition. Certaines décisions suivent l'arrêt *Custance*, où la Cour d'appel du Manitoba a simplement exigé que la personne prévenue ait [TRADUCTION] « sciemment et volontairement accompli ou omis d'accomplir un acte ou de commettre une omission qui constitue [l'*actus reus*] de l'infraction », ce qui semble signifier que la Couronne a uniquement besoin de prouver que la personne prévenue a intentionnellement commis l'acte ou l'omission, mais n'a pas besoin de démontrer que la personne prévenue connaissait les conditions auxquelles elle était assujettie au moment de la commission de l'acte ou de l'omission (par. 10 et 12; voir, p. ex., *Al Khatib*, par. 27; *Companion*, par. 48; *R. c. Edgar*, 2019 QCCQ 1328, par. 109 (CanLI); *L.T.W.*, par. 22).

[112] Je préfère l'autre approche. La personne prévenue doit connaître les conditions auxquelles elle est tenue ou faire preuve d'aveuglement volontaire à leur égard pour pouvoir être déclarée coupable. Elle n'a toutefois pas besoin de connaître

les conséquences juridiques ou la portée des conditions (voir, p. ex., *R. c. Smith*, 2008 ONCA 101, 233 O.A.C. 145 (les juges Doherty, Borins et Lang, *per curiam*); *R. c. Brown*, 2008 ABPC 128, 445 A.R. 211; *R. c. Chen*, 2006 MBQB 250, 209 Man. R. (2d) 181, par. 36; *Ritter*, par. 11; *R. c. Withworth*, 2013 ONSC 7413, 59 M.V.R. (6th) 160, par. 13 et 16; *R. c. Syblis*, 2015 ONCJ 73, par. 18 et 25 (CanLII)). Dans plusieurs affaires portant sur des omissions de comparaître, les tribunaux ont aussi exigé que la personne prévenue connaisse la date de son audience de manière à ce que le véritable oubli de la part de la personne prévenue puisse écarter la *mens rea* (*Josephie*, par. 30-31; *Loutitt*, par. 15 et 22-23; *R. c. Blazevic* (1997), 31 O.T.C. 10 (C. J. Ont.); *Mullin*, par. 6; *R. c. Hutchinson* (1994), 160 A.R. 58; *R. c. Nedlin*, 2005 NWTTC 11, 32 C.R. (6th) 361, par. 62). Je souscris à la position de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Smith*, où elle a jugé que le fait que la personne prévenue avait mal entendu les modalités de son engagement et omis d'examiner ces modalités signifiait qu'elle n'avait pas sciemment manqué à sa condition ni qu'elle avait fait preuve d'aveuglement volontaire à son égard. La personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté pour avoir la *mens rea* de l'infraction d'omission de se conformer à une condition.

[113] L'aveuglement volontaire remplace la connaissance des faits par la personne prévenue chaque fois que la connaissance est un élément de la *mens rea* et que la personne prévenue reste délibérément dans l'ignorance (*R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 21 et 24). Pour qu'un tribunal conclue que la personne prévenue a fait preuve d'aveuglement volontaire dans le contexte de

l'infraction d'omission de se conformer à une condition, celle-ci doit savoir qu'elle devait se renseigner et refuser délibérément de faire les démarches nécessaires pour confirmer la nature exacte de la condition de mise en liberté sous caution à laquelle elle était assujettie (*Smith*, par. 5; *Withworth*, par. 13).

[114] Exiger que la personne prévenue connaisse les conditions de sa mise en liberté sous caution, ou qu'elle fasse preuve d'aveuglement volontaire à leur égard, ne veut pas dire qu'elle doit connaître la loi, ce qui serait contraire à la règle voulant que l'ignorance de la loi n'excuse pas la perpétration de l'infraction (art. 19 du *Code*). Bien que la *mens rea* subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3) signifie que la personne prévenue qui a une croyance sincère mais erronée quant aux conditions de sa mise en liberté sous caution ne peut être tenue responsable, cela ne veut pas dire que la personne prévenue doit connaître et comprendre son obligation juridique de respecter ces conditions. L'oubli véritable d'une condition pourrait constituer une erreur de fait qui écarterait la *mens rea*, alors qu'une erreur au sujet de la portée ou de l'effet juridique d'une condition constitue une erreur de droit qui n'excuserait pas le non-respect de la condition (voir *Withworth*, par. 16-19, le juge Trotter). Dans l'arrêt *Custance*, par exemple, le prévenu savait qu'il devait rester dans un appartement donné mais comme il ne pouvait y entrer, il a choisi de dormir dans son automobile, pensant qu'il respecterait ainsi la condition qui lui avait été imposée. Le prévenu était au courant de la condition de sa mise en liberté sous caution, mais il s'est trompé sur ce que la loi exigeait pour le respect de cette condition. Il s'agissait d'une erreur de droit qui n'écarterait pas la *mens rea*.

[115] La conclusion selon laquelle la personne prévenue doit connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution, ou faire preuve d'aveuglement volontaire à leur égard, pour avoir la *mens rea* qu'exige le par. 145(3) est aussi compatible avec le raisonnement de la juge Wilson dans l'arrêt *Docherty*, qui a souligné l'importance de la connaissance pour conclure que la personne prévenue a manqué à une condition. Dans cette affaire, la juge a conclu que pour prouver qu'il y a eu violation de l'ordonnance de probation, il faut démontrer que la personne accusée savait qu'elle était soumise à l'ordonnance de probation et que celle-ci contenait une condition à laquelle elle dérogerait si elle adoptait une certaine conduite, et qu'elle est quand même allée de l'avant et a adopté la conduite (p. 957-958). Le raisonnement est utile même si la condition violée dont il était question dans l'arrêt *Docherty* exigeait que la personne accusée sache qu'elle commettait une infraction criminelle, ce qui signifiait qu'elle était au courant des conséquences juridiques de ses actes (p. 960-961). À l'inverse, le par. 145(3) n'exige pas que la personne prévenue soit au courant des conséquences juridiques ou de la portée de la condition à laquelle elle est assujettie, mais elle doit savoir qu'elle est liée par la condition. À l'instar de l'infraction de violation d'une ordonnance de probation, le par. 145(3) a pour objet de punir et de dissuader l'omission de se conformer aux conditions de mise en liberté sous caution. Comme je l'ai mentionné précédemment, la connaissance et la dissuasion sont liées : la personne prévenue ne sera dissuadée de manquer à ses conditions que si elle sait qu'elle fait quelque chose de mal, c'est-à-dire qu'elle doit savoir qu'elle est assujettie à une condition particulière de mise en liberté sous caution (*Docherty*, p. 951-952).

[116] Le deuxième élément constitutif de la *mens rea* de l'infraction prévue au par. 145(3) peut être prouvé en démontrant que la personne prévenue agissait sciemment ou par insouciance lorsqu'elle a manqué à sa condition. La connaissance dans ce deuxième élément signifie que la personne prévenue doit, au moment du manquement, être consciente des circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions, ou fasse preuve d'aveuglement volontaire à leur égard (p. ex., dans l'affaire qui nous occupe, M. Zora devait savoir que la police se trouvait à sa porte).

[117] Ce deuxième élément peut aussi être prouvé en démontrant que la personne prévenue a fait preuve d'insouciance. Lorsque, comme en l'espèce, le texte ou la nature de l'infraction n'indique pas d'exigence plus élevée quant à un caractère « délibéré » ou « intentionnel », l'insouciance est généralement comprise dans la *mens rea* subjective (voir *Sault Ste. Marie*, p. 1309-1310; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 71). L'insouciance exige que la personne prévenue soit consciente du risque qu'elle omette de se conformer à sa condition et agisse malgré ce risque (*Josephie*, par. 30; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584). La connaissance du risque est essentielle pour qu'il y ait insouciance. Par conséquent, la personne prévenue doit tout de même connaître les conditions de sa mise en liberté sous caution pour être consciente de tout risque de manquement. Elle doit aussi être consciente du risque que se présentent les circonstances factuelles qui exigent qu'elle agisse (ou s'abstienne d'agir) pour se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution et elle doit continuer à avoir cette conduite malgré le risque.

L'insouciance ne peut, et ne devrait pas en raison d'une mauvaise application, être assimilée à la négligence. L'insouciance n'a rien à voir avec la question de savoir si la personne prévenue *aurait dû* voir le risque en question, mais porte plutôt sur la question de savoir si la personne prévenue a subjectivement vu le risque et a continué à agir sans en tenir compte.

[118] Étant donné que l'application du par. 145(3) peut criminaliser un comportement quotidien par ailleurs légal, je suis d'avis que la connaissance de *n'importe quel* risque de manquement ne suffit pas pour établir qu'une personne prévenue a fait preuve d'insouciance. La personne prévenue doit plutôt être consciente que le fait qu'elle continue d'avoir cette conduite crée un *risque injustifié et important* de manquement aux conditions de sa mise en liberté sous caution. La Cour a déjà adopté cette norme de risque pour décrire l'insouciance concernant certaines infractions (voir *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432, par. 27-29; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, p. 35 (le juge Dickson, dissident, mais pas sur ce point)). Le risque ne peut être invraisemblable, négligeable ou minime. L'étendue du risque, ainsi que la nature du préjudice, la valeur sociale se rattachant au risque et la facilité avec laquelle le risque pourrait être évité sont toutes des considérations pertinentes (Manning et Sankoff, p. 229). Même si les juges du procès évalueront si un risque est injustifié en fonction de ces considérations, puisque l'insouciance est une norme subjective, l'accent doit être mis sur la question de savoir si la personne prévenue avait conscience du risque important qu'elle prenait et de tout facteur faisant en sorte que le risque n'était pas justifié.

[119] Il est justifié d'exiger cette norme de risque pour l'insouciance parce que l'infraction peut criminaliser des activités de tous les jours et avoir des conséquences imprévues sur la vie quotidienne des gens. Par exemple, dans le contexte d'une condition exigeant que la personne prévenue réponde à la porte si la police se présente après son couvre-feu, la personne prévenue n'aurait pas fait preuve d'insouciance si elle avait pris le risque minime et justifié de prendre une courte douche après son couvre-feu, alors qu'elle aurait fait preuve d'insouciance si elle avait débranché la sonnette de sa porte ou porté des bouchons d'oreille dans la maison. Comme l'a énoncé la Cour dans l'arrêt *Hamilton* aux par. 32-33, il ne faut pas interpréter les présents motifs comme modifiant les principes généraux relatifs à l'insouciance en tant qu'élément fautif, exposés dans l'arrêt *Sansregret*, car ma description de l'insouciance se rapporte précisément à l'infraction prévue au par. 145(3).

[120] Enfin, je ne peux accepter l'argument selon lequel l'exigence d'une faute subjective rendrait trop difficile pour la Couronne de prouver que la personne prévenue a omis sciemment ou par insouciance de se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution. Si la Couronne choisit de porter une accusation criminelle en vertu du par. 145(3), alors qu'il est aussi possible de faire modifier ou révoquer la mise en liberté sous caution, c'est parce qu'il existe une possibilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité compte tenu d'une pleine appréciation de tous les éléments constitutifs de l'infraction. De nombreux crimes sont assortis d'une norme de faute subjective et il existe des façons reconnues de

présenter une preuve suffisante pour convaincre les tribunaux hors de tout doute raisonnable que la personne prévenue a agi sciemment ou par insouciance. Les tribunaux peuvent inférer qu'une faute subjective a été commise pour ce qui est des accusations pour omission de se conformer à une condition, que la personne prévenue décide ou non de témoigner. Les juges des faits, après examen de l'ensemble de la preuve, peuvent être en mesure de conclure hors de tout doute raisonnable que la personne prévenue avait l'état d'esprit requis pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, sur le fondement d'une inférence conforme au bon sens que les personnes « veulent les conséquences naturelles et probables de leurs actes » (*R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252, par. 19 et 23; *Docherty*, p. 958; *Loutitt*, par. 18). Comme l'a fait remarquer l'intervenant le procureur général de l'Ontario, l'exigence de la faute subjective n'a pas empêché que des déclarations de culpabilité fondées sur le par. 145(3) soient prononcées en Ontario.

[121] La préoccupation de la Couronne, selon laquelle les personnes prévenues peuvent simplement dire qu'elles ont oublié leurs conditions de mise en liberté sous caution pour échapper à la responsabilité criminelle découlant d'un manquement à ces conditions, est prise en compte parce que les juges [TRADUCTION] « agiront sans aucun doute judicieusement dans leur évaluation de l'authenticité des prétentions concernant les oublis des dates de comparution et des conditions de mise en liberté sous caution. Ce n'est pas parce qu'on invoque l'oubli qu'il faut accueillir cette affirmation » (*Withworth*, par. 14).

[122] En conclusion, comme l'ont accepté l'intimée et le PGCB, [TRADUCTION] « [l]e ciel ne nous tombera pas sur la tête si la Couronne doit prouver un élément mental » (*Loutitt*, par. 17; transcription, p. 64; m.i. (PGCB), par. 23).

VII. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès

[123] Je suis d'accord avec M. Zora qu'il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison de l'erreur de droit commise par les tribunaux d'instance inférieure, qui ont appliqué une norme de faute objective plutôt que subjective pour l'infraction prévue au par. 145(3).

[124] Il ne s'agit pas en l'espèce d'une situation où la disposition réparatrice permet à la Cour de rejeter l'appel en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) parce qu'il n'y a eu « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave » malgré l'erreur de droit. Il est approprié de recourir à la disposition réparatrice uniquement lorsque « l'erreur est inoffensive ou négligeable » ou que « la preuve est à ce point accablante que, même si l'erreur n'est pas sans importance, les juges des faits concluraient forcément à la culpabilité » (*R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 53). La *mens rea* est un élément essentiel des infractions criminelles et le fait d'arrêter la mauvaise norme de faute ne constitue pas une erreur « inoffensive ou négligeable ». La *mens rea* subjective aurait obligé le juge du procès à tenir compte de l'état d'esprit de M. Zora, ce qui aurait de toute évidence pu avoir une incidence sur le verdict.

[125] De plus, la preuve n'est pas à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité est inévitable. Comme il s'est concentré sur ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances, le juge du procès n'a pas eu besoin de tirer des conclusions de fait claires ou des conclusions définitives quant à la crédibilité qui auraient permis à la Cour d'évaluer ou d'inférer la connaissance et l'état d'esprit de M. Zora. Si elles sont établies au procès, les circonstances propres à M. Zora, notamment la question de savoir s'il dormait profondément en raison de son sevrage de l'héroïne et de son traitement à la méthadone, seraient pertinentes pour déterminer son état d'esprit. Comme il a été expliqué précédemment, l'insouciance requiert la connaissance du risque important et injustifié associé aux circonstances qui mènent à un manquement interdit. Sans une conclusion claire que M. Zora était conscient du risque qu'il pourrait ne pas entendre la police à sa porte, ainsi que d'autres conclusions de fait nécessaires pour établir si le risque était important et injustifié, la Cour ne peut conclure qu'il a fait preuve d'insouciance en ne répondant pas à la porte.

[126] En raison des déclarations négatives du juge du procès concernant la crédibilité des témoins de la défense, un acquittement ne serait pas non plus approprié. Un nouveau procès est nécessaire pour déterminer si M. Zora a omis sciemment ou par insouciance de se conformer à ses conditions.

VIII. Conclusion

[127] Par conséquent, une faute subjective est nécessaire pour qu'il y ait déclaration de culpabilité en vertu du par. 145(3) du *Code*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de M. Zora et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs relatifs à l'omission de répondre à la porte.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Marion & Runyon, Criminal Lawyers, Campbell River; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

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

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Vancouver Area Network of Drug Users : Gratl & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Peck and Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Pivot Legal Society : David N. Fai, Law Corporation, North Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.