

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

61-08-CA

ADAM WADE NASH

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Nash v. R., 2009 NBCA 7

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
May 30, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 14, 2008

Judgment rendered:
January 29, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

ADAM WADE NASH

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Nash c. R., 2009 NBCA 7

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 30 mai 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 14 octobre 2008

Jugement rendu :
Le 29 janvier 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Graham J. Sleeth, Q.C.

For the respondent:
Cameron H. Gunn

THE COURT

The appeal is allowed and the period of parole ineligibility is reduced from 20 to 12 years.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Graham J. Sleeth, c.r.

Pour l'intimée :
Cameron H. Gunn

LA COUR

Accueille l'appel et ramène le délai préalable à la libération conditionnelle de vingt à douze ans.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

I. Introduction

[1] When it comes to sentencing, the only difference between persons guilty of first as opposed to second degree murder is the period during which the offender remains ineligible for parole. While both offenders receive mandatory life sentences, those convicted of first degree murder must normally wait 25 years before becoming eligible. On the other hand, the period of ineligibility for those guilty of second degree murder ranges from 10 to 25 years. It is s. 745.4 of the *Criminal Code* which provides the trial or sentencing judge with the discretion to delay the offender's eligibility for parole beyond the 10 year minimum. Not only must that discretion be exercised in accordance with the three criteria set out in s. 745.4, the judge must consider the general sentencing principles set out in ss. 718, 718.1 and 718.2, together with the Supreme Court's decision in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL).

[2] A jury found the appellant, Adam Nash, guilty of second degree murder. The jury declined the trial judge's obligatory invitation to make a recommendation with respect to the matter of parole ineligibility (s. 745.2). The trial judge fixed the period at 20 years. Mr. Nash appeals, as of right, and asks that the period in "excess of ten years" be reduced (s. 675(2)). I would allow the appeal. In my respectful view, the trial judge erred. She erred in principle by holding that the failure to express remorse, following a conviction for second degree murder, is an "aggravating factor" that supports a decision to extend the period of parole ineligibility. In fairness to the trial judge, the jurisprudence of this Court pertaining to remorse is ambiguous. It fails to draw a clear distinction between cases where the offender is found guilty of second degree murder and those where the offender has pled guilty. For purposes of deciding this appeal, it is important to recognize that an offender's continuing right to silence based on a plea of not guilty does

not evaporate once the jury returns a verdict of guilty. That is why the failure to express remorse cannot be considered an aggravating factor, save in exceptional circumstances.

[3] I also conclude that the trial judge erred in holding that 20 years of ineligibility fell within the so-called “acceptable range” mandated by the parity principle set out in s. 718.2(b). The older jurisprudence would lead one to believe that the upper end of the range for parole ineligibility is reserved for the “worst of offenders” in the “worst of cases” and that the typical upper range for such cases is between 20 and 25 years. This is not to suggest that the law recognizes a guiding principle of “worst offender-worst offence”. Indeed, the Supreme Court has laid that sentencing principle to rest and, thus, there can be no short-cuts when it comes to deciding a “fit” sentence. The analysis must adhere to the legislative scheme as interpreted by the Supreme Court. At the same time, the concept of “worst offender-worst case” provides an accurate insight into what trial and sentencing judges have been doing over the last two decades. The concept is simply a convenient way to distinguish the present case from those where parole ineligibility was fixed at the upper end of the range and to explain why the present case is not analogous. For example, the period of parole ineligibility fixed in the present case is greater than the one imposed in *R. v. Allen Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361 (C.A.), [1988] N.B.J. No. 712 (QL) (18 years). As to the fate of the “worst offender-worst offence” principle, see *R. v. Cheddesingh*, [2004] 1 S.C.R. 433, [2004] S.C.J. No. 15 (QL), 2004 SCC 16, *R. v. L.M.*, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31 and *R. v. Solowan*, [2008] S.C.J. No. 55 (QL), 2008 SCC 62.

[4] Based on these errors, this Court is entitled to intervene and fix the period of parole ineligibility in accordance with the governing principles and statutory directives. In my respectful view, the acceptable range is from 10 to 15 years. I would fix the period of parole ineligibility at 12 years. As will become evident, the truly difficult cases are those in which the offender (such as Mr. Nash) does not pose a realistic threat of reoffending and, therefore, the sentencing objectives of specific deterrence, rehabilitation and public safety are not in play (e.g. *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, [2001] S.C.J. No. 1 (QL), 2001 SCC 1). Hence, sentencing judges are left with the

difficult task of deciding whether to extend the period of parole ineligibility with a view to promoting the sentencing objectives of general deterrence, retribution and continuing denunciation, knowing full well that a year of parole ineligibility is a 365-day year, that is to say, one that is not subject to a reduction through the application of the statutory release and early parole provisions of other federal legislation. Sentencing judges are also aware that if they err in concluding that an offender does not pose a threat to public safety, the final decision on parole eligibility rests with the National Parole Board and, thus, the public interest is still protected. However, should the period of parole ineligibility be set too high, there is nothing the Parole Board can do to correct the sentencing judge's error. The offender must rely on the "faint hope clause" found in s. 745.6(1) or the royal prerogative of mercy found in s. 749.

[5] I close my introduction with a few observations. The notion that some second degree murder cases are regarded as more benign or callous than others may appear insensitive to those still suffering the personal loss of the victim. Yet, the law requires us to follow and apply an analytical framework which attempts to balance what must appear to be a maze of competing sentencing objectives. Denunciation and retribution are but two of the objectives; but they are not paramount. As the late Chief Justice MacEachern so aptly stated in *R. v Mafi* (2000), 142 C.C.C. (3d) 449, [2000] B.C.J. No. 339, 2000 BCCA 135 at para. 34: "This is the kind of case where judges cannot usually reach popular decisions."

II. The Factual Context

[6] Gordon Nash was the murder victim and brother of the appellant, Adam Nash. At around 4:30 p.m., on October 31, 2006, Gordon Nash picked up their nephew, Catlin Nash. Gordon and Catlin intended to go hunting. On route, they stopped at an intersection. Adam Nash was also stopped at the same intersection. Adam then gave his brother the "finger". In response, Gordon got out of his vehicle and the two began fighting. The Pre-Sentence Report suggests that the fight may have been provoked by an

earlier incident in which Gordon had reported his brother Adam to the police for driving while impaired.

[7] In the midst of the fight, a third brother, Tommy Nash, arrived on the scene. Tommy and Adam had just spent part of the day in the woods. Tommy testified that Adam had been drinking but was unclear as to the amount consumed. Catlin Nash testified that he saw Adam Nash wield a bat but that Gordon had gotten the best of Adam. Tommy testified that he did see a bat on the side of the road but that Adam was on the losing side of the fight having suffered a “bloody face”.

[8] Once the fight ended, Gordon and his nephew headed north in furtherance of their hunting trip. Adam and Tommy got into their respective vehicles and drove a half kilometre to the latter’s house. Shortly thereafter, Adam decided to pursue his brother Gordon. Along the way, Adam stopped beside a vehicle being driven by Dennis Doiron and asked whether he had seen the white van that Gordon was driving. During this brief conversation, Adam held up a rifle and chambered a bullet. Mr. Doiron told Adam of the direction in which Gordon’s white van was headed. A short while later, while driving on a “woods road”, Adam came upon Gordon’s vehicle. The two vehicles were 20 metres apart and faced one another. Adam fired two shots. The first struck Gordon in the jaw, the second hit him in the head. Death ensued.

[9] Immediately following the shooting, Adam Nash told Catlin to get out of Gordon’s van and to get into Adam’s vehicle. Catlin complied and the two drove off together. Adam then told Catlin to telephone Adam’s wife and tell her what had happened. Catlin complied with that demand. Eventually, Adam dropped Catlin off on a country road. Catlin then phoned home and told his parents of the events surrounding the murder.

[10] Adam Nash drove to his home and telephoned the police and a friend, and told them of the killing. When the police arrived, Adam refused to surrender and fired

several shots from the house though not at the police. The standoff lasted through the night and into the next day. At around 3:00 p.m., Adam surrendered himself to the police.

[11] The jury convicted Adam Nash, of second degree murder. Pursuant to s. 745.2 of the *Criminal Code*, the trial judge asked the jury whether it wished to make a recommendation with respect to the matter of parole ineligibility. The jury declined the invitation. The trial judge's sentencing reasons refer to the fact that the 40 year-old appellant had been drinking heavily the night before and the day of the murder. The trial judge recognized that the offence required a "modest amount of planning" but not enough to convince the jury that Adam Nash was guilty of first degree murder ("planned and deliberate"). We are also told that the two brothers' past relationship had been marked by physical violence. The trial judge acknowledged that the appellant had been co-operative and exceptionally polite when interviewed by the author of the Pre-Sentence Report and that Adam had expressed regret over the devastating effect that the murder had on his own family. At the same time, the trial judge was struck by the callousness of Adam's behaviour with respect to his nephew who was present when the fatal shots were fired. This observation is followed by the following conclusion: "This is obviously a case where the ten year minimum would not be appropriate."

[12] The trial judge went on to state that in considering the "character" of Mr. Nash she could not help but note that he expressed no remorse for the crime nor had he expressed any regret with respect to the effect the killing had on the family of his deceased brother. When dealing with the favorable comments offered in the Pre-Sentence Report, the trial judge again noted Mr. Nash's failure to express remorse over the killing when given the opportunity to do so at the sentencing hearing. At the same time, the trial judge recognized that Mr. Nash was under no obligation to "say anything". However, she held that his failure to do so weighed against him when it came to setting the period for parole ineligibility. The trial judge acknowledged that Mr. Nash did not have a "substantial" criminal record but after looking at the nature of his offence and all of the surrounding circumstances, she was satisfied the period of parole ineligibility should be greater than 10 years. She also acknowledged that according to *R. v. Shropshire* it was

unnecessary for the Crown to establish “extraordinary circumstances” to justify an increase in the period of ineligibility for parole. At the same time, she stated that “... in this case there were some unusual circumstances...” Ultimately, the trial judge concluded that this was a case where parole ineligibility should be extended beyond the 10 year minimum in the name of “deterrence” and decided that the minimum period should be fixed at 20 years. Aside from *R. v. Shropshire*, the trial judge relied on two decisions in support of the proposition that the 20 year period fell within the “acceptable range”: *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1 (C.A.), [1991] N.S.J. No. 447 (QL) and *R. v. Walton* (1988), 92 N.B.R. (2d) 254 (C.A.), [1988] N.B.J. No. 919 (QL).

[13] In brief, the trial judge extended Mr. Nash’s parole ineligibility from 10 to 20 years based on three supposed aggravating factors: (1) the failure to express remorse for the killing; (2) the degree of planning that went into the killing; and (3) Mr. Nash’s disregard for the safety of his nephew. No mitigating factors are singled out.

III. The Standard of Appellate Review

[14] *R. v. Shropshire* is a leading decision dealing with the standard of appellate review in the sentencing context. The Supreme Court’s analysis begins with an acknowledgment that although s. 687 of the *Criminal Code* provides that courts of appeal are to consider the “fitness” of the sentence appealed against, the provision is not an invitation for “interventionist” review. At paragraph 46 of its reasons, the Court speaks of an unfit sentence as one “to be clearly unreasonable”. At paragraph 47, the Court refers to case law which requires deference to a trial judge’s imposition of sentence unless there has been a misapplication of principles or, unless, the sentence imposed was “clearly excessive or inadequate”. The Supreme Court goes on to state that “unreasonableness” in the sentencing process involves a sentencing order which falls outside the “acceptable range” of orders.

[15] While the standard of appellate review with respect to sentencing decisions has been addressed in subsequent Supreme Court decisions, all of the

jurisprudence is canvassed in this Court's decision in *R. v. R.K.J.* (1998), 207 NBR (2d) 24 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 483 (QL) at paras. 11-13, per Drapeau J.A. (as he then was). See also *R. v. Hawkins (R.K.)* (2008), 331 N.B.R. (2d) 129, [2008] N.B.J. No. 190 (QL), 2008 NBCA 40 at paras. 7-8, per Richard J.A. writing for the majority and with which the dissenting justice, Bell J.A., is in agreement.

[16] In brief, this Court has stated that appellate intervention is not justified unless it can be shown that the judge erred in principle or in law. If the sentencing judge applies the wrong principles or test or omits to consider all of the relevant factors or misapprehends the evidence, appellate intervention is warranted. Finally, a sentence is "clearly unreasonable" where it is inordinately long or short and it will only reach this mark if it is a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes. The latter task is embraced by the parity principle prescribed in s. 718.2(b).

IV. Parole Ineligibility and *R. v. Shropshire*

[17] In *R. v. Shropshire*, the trial judge had extended the period of parole ineligibility from 10 to 12 years. On appeal, the period was reduced to 10 years on the basis that an extension period was not justified unless "unusual circumstances" were present. The Supreme Court rejected that threshold test and affirmed the trial judge's decision.

[18] I pause here to note that prior to *Shropshire* being decided, this Court had affirmed the adoption of the threshold standard of "unusual circumstances" (see *R. v. Black* (1990), 110 N.B.R. (2d) 208 (Q.B.), [1990] N.B.J. No 952 (QL), aff'd (1991), 117 N.B.R. (2d) 178 (C.A.), [1991] N.B.J. 821 (QL)). I note also that this standard was recently applied in the Court of Queen's Bench (see *R. v. Beaulieu (G.)* (2005), 284 N.B.R. (2d) 356 (Q.B.), [2005] N.B.J. No. 416 (QL), 2005 NBQB 221). On this point, the decision should not be followed. However, this is not to suggest that the trial judge in

Beaulieu ultimately erred in fixing the period of parole ineligibility. To the contrary, the decision is otherwise as thorough as it is persuasive.

[19] In *Shropshire*, the Supreme Court made two guiding observations that are inevitably cited in any case dealing with parole ineligibility for second degree murder. The first observation is found at paragraph 27 where the Court states: "...an extension of the period of parole ineligibility would not be "unusual", although it may well be that in the median number of cases, a period of 10 years might still be awarded." The second is found at paragraph 31: "...the power to extend the period of parole ineligibility need not be sparingly used." This statement follows the Court's rejection of the notion that unusual circumstances must be established before the sentencing judge may go beyond the statutory minimum. The point being that there is "both a range of seriousness and varying degrees of moral culpability" such as to give the trial judge an element of discretion to go beyond the minimum.

[20] The Supreme Court's analysis focuses on the three statutory criteria set out in s. 745.4: (1) the character of the offender; (2) the nature of the offence and the circumstances surrounding the commission of the offence; and (3) the recommendation of the jury, if any. While noting that the statutory framework makes no reference to "denunciation" or "assessments of future dangerousness", the Supreme Court explains that those factors remain relevant considerations. The sentencing objective of denunciation is said to fall within the statutory criterion of the nature of the offence. Similarly, "future dangerousness" was declared a factor to be considered under the rubric of the "character of the offender". The Supreme Court expressly rejected the notion that the power to extend an offender's eligibility for parole usurps or impinges upon the function of the parole board. Thus, sentencing judges have the right and obligation to be concerned with the risk of recidivism and whether the offender represents a threat to public safety. However, the Supreme Court held that the Court of Appeal had erred in treating those criteria as the only ones pertinent to the task at hand. The Supreme Court went on to hold that deterrence is also a relevant consideration for the same reason. The only difference in terms of punishment between first and second degree murder is the

duration of the parole eligibility, thus indicating that parole ineligibility is part of the punishment and, therefore, forms an important element of sentencing policy. As such, the Court held that the sentencing judge must be concerned with deterrence, whether general or specific.

[21] It is instructive to look at the factual scenario underlying *R. v. Shropshire* and to see how the Supreme Court applied its analytical framework in support of its conclusion that the Court of Appeal's intervention in that case was unwarranted. The pertinent facts are plagiarized from the case's headnote. The 23-year-old accused pled guilty to second degree murder and the Crown had not sought a period of parole ineligibility beyond the minimum. The offence was committed at the accused's home during a marijuana transaction. Without any warning, the accused shot the deceased three times in the chest as they were about to enter the garage to complete the deal. Two days later, the accused gave himself up to the police. He professed remorse for his actions but was unwilling or unable to explain why he murdered his victim. No motive for the killing was ever ascertained. The accused had a prior criminal record including two convictions in Youth Court for robbery, a conviction for impaired driving, and two narcotic offences as an adult. On these facts the sentencing judgment determined that eligibility for parole should be delayed for 12 years for the following reasons: (a) the circumstances of the killing were strange in that they provided no real answer to why it took place, and the respondent was unwilling or unable to explain his actions; (b) the murder was committed during the course of committing another offence, namely a drug transaction; and (c) the respondent had a record for both narcotic offences and violence. The Supreme Court held that appellate intervention was not warranted.

V. Sentencing Principles –The Statutory Framework

[22] It is important to recognize that following the Supreme Court's decision in *R. v. Shropshire*, Parliament enacted new provisions (ss. 718, 718.1 and 718.2) governing the "Purpose and Principles of Sentencing". I offer a synoptic overview of the present statutory scheme.

[23] Section 718 of the *Criminal Code* states that the fundamental purpose of sentencing is to “contribute” to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing sanctions that have one or more of the following objectives: (1) denunciation, (2) deterrence of the offender and others (specific and general deterrence); (3) to separate offenders from society where necessary; (4) rehabilitation of the offender; (5) reparation; and (6) to promote a sense of responsibility in offenders and an acknowledgment of the harm done to victims and to the community. (Item 6 is of relevance to the concept of “remorse”.) In a subsequent decision, the Supreme Court re-introduced another sentencing objective even though not expressly mentioned in the legislation. That objective is “retribution”, which is not to be confused with the notion of vengeance. Retribution requires that a judicial sentence properly reflect the “moral blameworthiness of the particular offender” (see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, [1996] S.C.J. No. 28 (QL)).

[24] The proportionality principle is set out in s. 718.1 of the *Criminal Code*: “a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”. Section 718.2 incorporates two more principles. Section 718.2(a) provides that a sentence is to take into account aggravating and mitigating circumstances and goes on to offer a non-exhaustive list of circumstances that are deemed aggravating. None of the enumerated circumstances are applicable in the present case. Section 718.2(b) embraces the parity principle: “a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences in similar circumstances”. While s. 718.2 refers to other sentencing principles, subsection (d) has been found to be relevant to the issue of parole eligibility (see *R. v. Mafi*). That subsection provides that an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances, and was not in force at the time *R. v. Shropshire* was decided.

[25] Parole ineligibility is an integral component of the sentencing process dealt with in two sections of the *Criminal Code*. The first is s. 743.6(1). It applies to offenders who are sentenced to prison for two years or more. Such offenders may be required to serve one half of their sentence or ten years, whichever is less, before being

eligible for release on full parole. In making that determination, the sentencing judge must be satisfied, having regard to the circumstances surrounding the commission of the offence and the character and circumstances of the offender, that the “expression of society’s denunciation of the offence or the objective of specific or general deterrence so requires”. For greater certainty, s. 743.6(2) expressly provides that the principles of denunciation and deterrence are paramount and that the rehabilitation of the offender is subordinate (see generally, *R. v. Cormier (D.)* (1999), 209 N.B.R. (2d) 289 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 83 (QL)).

[26] The second provision dealing with parole ineligibility is s. 745. When it comes to convictions for second degree murder, s. 745.4 governs. It provides that in cases where the offender is convicted of second degree murder, the sentencing judge may delay eligibility for a period greater than 10 years but not more than 25. It is s. 745.4 that lies at the heart of this appeal. It expressly states that the following three criteria must be addressed when fixing the period of parole ineligibility: (1) the character of the offender; (2) the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission; and (3) the recommendation, if any, of the jury made pursuant s. 745.2.

[27] At this juncture, it is important to draw attention to a distinction between the application of s. 743.6 and s. 745.4. As noted above, s. 743.6 provides that the sentencing objectives of denunciation and deterrence are paramount. Section 745.4 is conspicuously silent on this point. This omission did not escape the attention of the Supreme Court. At paragraph 30 of *R. v. Zinck*, [2003] 1 S.C.R. 41, [2003] S.C.J. No. 5 (QL), 2003 SCC 6, the Supreme Court stated: “It is worth noting that Parliament has not given priority to these specific factors in the application of s. 745.4”. The factors being referred to in that sentence are general and specific deterrence, and denunciation. It is only logical to infer that those factors are no longer of “paramount” significance, in cases involving second degree murder, as s. 745.4 provides for a minimum period of parole ineligibility of 10 years.

[28] Two final points with respect to parole ineligibility under s 745.4. Should the period of ineligibility be fixed at greater than 15 years, offenders can turn to what is commonly referred to as the “faint hope clause”. Section s. 745.6(1) entitles the offender to seek a review after having served 15 years. However, the section does not apply to those who have been convicted of more than one murder (see s. 745.6(2)). Finally, as noted in *R. v. Latimer, supra*, there is always the royal prerogative of mercy found in s. 749 of the *Criminal Code*.

VI. Remorse and Parole Ineligibility

[29] Before turning to the issue of remorse as a legal concept in the sentencing context, I draw attention to one contentious factual aspect of the present case. It is certainly true that Mr. Nash chose to remain silent after the trial judge extended an invitation to speak at the sentencing hearing. But this should not be taken to mean that he expressed no regret with respect to the killing. The Pre-Sentence Report contains a passage that arguably conflicts with the finding that Mr. Nash was unwilling to express regret over the killing and its impact on the deceased’s family. That passage is discussed below when dealing with Mr. Nash’s “character”. For the moment, I am going to focus on the substantive aspects of the law of remorse.

[30] No one ever quibbles with the understanding that the offender’s expression of genuine remorse is a mitigating factor when deciding on the period of parole ineligibility (see *R. v. Black, supra*). On the other hand, if one plods through the sentencing jurisprudence decided over the last two decades, it is not difficult to isolate a sentence or two that simply states that the offender’s failure to express remorse for his or her wrongdoing must be weighed against the offender (see *R. v. Walton, supra*). Inevitably these run-away-statements are not supported by legal analysis or case law and, therefore, cannot be regarded as either authoritative or persuasive. Indeed, the recent jurisprudence of this Court offers an accurate statement of the law: a failure to express remorse is not an aggravating factor; the expression of remorse is a mitigating one: *R. v.*

Cormier. As a general principle, this formulation is sound. But it can be tweaked to provide even greater certainty in the law.

[31] It is important to distinguish between cases in which the offender has pled guilty and those in which the offender is convicted of an offence. The law is clear when it comes to cases falling within the latter category. The failure to express remorse following a conviction is not an aggravating factor. The expression of sincere remorse is a mitigating one. The decision of this Court in *R. v. Cormier* confirms that understanding of the law. The law in other provinces is no different (see *R. v. Valentini* (1999), 43 O.R. (3d) 178 (C.A.), [1999] O.J. No. 251 (QL), *R. v. Caulfield*, [1999] B.C.J. No. 935 (QL), 1999 BCCA 190, *R. v. Muhammad* (2004), 187 C.C.C. (3d) 14, [2004] B.C.J. No. 1561 (QL), 2004 BCCA 396 at para. 9, *R. v. Ambrose* (2000), 261 A.R. 345, [2000] A.J. No. 472 (QL), 2000 ABCA 125, *R. v. Clarke* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 309, [2001] N.J. No. 190 (QL), 2001 NFCA 35, *R. v. Upson* (2001), 194 N.S.R. (2d) 87, [2001] N.S.J. No. 189 (QL), 2001 NSCA 89).

[32] Parenthetically, note that the misapplication of the above rules does not mean that the sentencing judge committed reversible error. On occasion he or she may be guilty of making a run-away-statement that simply declares, for example, that the failure to express remorse following a finding of guilt qualifies as an aggravating factor. However, the error may not be fatal when measured against the panoply of factors to be considered before fixing the period of parole ineligibility. More often than not, other factors are regarded as far more pressing when it comes to fixing the period and, therefore, it is simply unnecessary for this Court to conduct a *de novo* review. This Court so held in *R. v. C.B.H.*, [2008] N.B.J. No. 389 (QL), 2008 NBCA 76.

[33] The policy reason underscoring acceptance of the proposition that the failure to express remorse after a finding of guilt is not to be considered an aggravating factor is both simple and persuasive. The refusal or failure to express remorse may well rest on the continued assertion of innocence in the face of a guilty verdict following a trial. To treat lack of remorse as an aggravating factor in these circumstances comes

perilously close to increasing a sentence because the offender exercised his or her right to remain silent and make full answer and defence (see *R. v. Valentini*). These truths are not disturbed by the fact that the offender elects not to appeal his or her conviction as the decision to appeal is made after the offender has been sentenced and after the opportunity to express remorse has past. But this leads one to ask whether there is room for exceptions to the rule against treating a failure to express remorse as an aggravating factor following a conviction.

[34] The Ontario Court of Appeal has left the door open for exceptions. In “very unusual circumstances” lack of remorse may be viewed as an aggravating factor and offers the example of a case in which the offender’s attitude toward the crime demonstrates a substantial likelihood of future dangerousness: *R. v. Valentini* at para. 82. I draw attention to this exception to the general principle because, in the present case, the Crown seizes upon it to overcome the trial judge’s reliance on the failure of the appellant to express remorse as a basis for extending the period of parole ineligibility. I shall deal with the Crown’s argument below. For the moment I am focusing on recognizing exceptions to the proposition that the failure to express remorse following a finding of guilt is not to be treated as an aggravating factor.

[35] Despite the fact that an offender is convicted of second degree murder and continues to profess his or her innocence, it is conceivable that a trial judge might view the failure to express remorse as an aggravating factor. It may well be a relevant consideration when assessing whether the offender represents a continuing threat to public safety (“future dangerousness”) as envisaged by s. 718(c) of the *Criminal Code*. This is particularly true of offenders who admit to the *actus reus* of an offence but who persist with the misguided belief they have committed no legal wrong (e.g., the unrepentant and committed pedophile). There may be instances where, despite the continuing plea of innocence, the offender’s guilt is a non-issue and the trial judge is concerned about the prospect of recidivism having regard to the offender’s previous criminal record. In such cases, the failure to express remorse may be confirmatory of the view that the offender represents a threat to public safety and, indeed, the task of

rehabilitation may appear to be remote. In brief, there may be cases in which the failure to express remorse is regarded as a relevant consideration even though the offender pled not guilty.

[36] Strictly speaking, we do not have to deal with the question of whether the offender's failure to express remorse following a guilty plea is to be considered an aggravating factor when it comes to fixing the period of parole ineligibility. Yet, I deal with the question for two reasons. First, it is important not to conflate the cases dealing with those who are convicted after a trial with those in which the offender is sentenced after pleading guilty. In my view, a substantive difference exists. The policy rationale underscoring one category is not applicable in the other context. Second, experience teaches us that it may be a long time before this "narrow" issue surfaces again in this Court.

[37] Turning to cases in which the offender has entered a guilty plea, which is accepted, we must decide whether the failure to express remorse should be regarded as an aggravating factor. The question is valid because the policy rationale underscoring the principle applicable in cases where the offender has pled guilty loses its persuasiveness. The offender's continued right to silence based on the presumption of innocence has evaporated. With respect to the jurisprudence there is a passing statement in *R. v. E.S.* (1997), 191 N.B.R. (2d) 3 (C.A.), [1997] N.B.J. No. 316 (QL) in which this Court states that a failure to express remorse is not an aggravating factor. However, there is no discussion of the issue in terms of principle or case law. As well, there is no reference to s. 718(f), a 1995 amendment to the *Criminal Code*, which states that a fundamental purpose of sentencing is to promote respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing sanctions that have as one of their objectives: "to promote a sense of responsibility in offenders and an acknowledgment of the harm done to victims and to the community." Surely, if a person pleads guilty to an offence would not one expect that person to express remorse for the crime and for the law to sanction such failure with the object of promoting a sense of responsibility in the offender?

[38] Should the offender be able to claim the right to silence when it comes to sentencing for purposes of deciding parole ineligibility? Although not directly on point, *R. v. Shropshire* supports the view that those who plead guilty and continue to remain silent do so at the risk of having silence treated as an aggravating factor. In that case, the offender had pled guilty to second degree murder and expressed remorse but failed to explain the circumstances surrounding what appeared to be a “senseless killing”. The trial judge had gone so far as to invite the accused to suggest why he may have committed the offence but no response was offered. The trial judge treated silence as an aggravating factor and the Supreme Court agreed. At paragraph 39, the Court observed: “...the right to silence, which is fully operative in the investigative and prosecutorial stages of the criminal process, wanes in importance in the post-conviction phase when sentencing is at issue.”

[39] The question of whether the failure to express remorse after pleading guilty should be considered an aggravating factor is further complicated by the reality that in some cases there may be a rational explanation why an offender might not be able to express remorse for an admitted crime. There may be instances where it would be hypocritical on the part of the offender to express remorse once the circumstances leading up to the murder are unraveled. This is particularly true with respect to cases involving “crimes of passion”. A jilted spouse or lover may simply be unwilling or unable to express immediate regret for their wrongful acts. Better still; take the case of a spouse who, for decades, suffered physical and psychological abuse at the hands of the other spouse. The relationship ends abruptly with the murder of the abuser and with the abused being convicted of second degree murder. In these circumstances, a plausible argument can be advanced that the law would not encourage offenders to feign remorse solely for the purpose of ensuring that the date of parole ineligibility is not extended. On the other hand, there will be cases where the offender pleads guilty to heinous crimes involving innocent victims (e.g. children) where the failure to express remorse reflects on the offender’s character as a possible recidivist who is unable to accept responsibility for his or her wrongful conduct. In these cases, one cannot help but ask why the failure to express remorse should not be treated as an aggravating factor. In the absence of a self-

evident or plausible explanation for the offender's continued silence when it comes to expressing genuine remorse, the offender runs the risk of having silence treated as an aggravating factor.

[40] In brief, the law of remorse may be reduced to the following general propositions. A failure to express remorse following a conviction is not an aggravating factor unless the case comes within the narrow exception outlined in the jurisprudence. The failure of an offender to express remorse following a guilty plea will be treated as an aggravating factor unless there is a rational explanation for the failure. More often than not the explanation will be self-evident. The expression of genuine remorse is always regarded as a mitigating factor.

[41] Returning to the facts of the present case, we know that the failure to express remorse following a conviction for second degree murder does not qualify as an aggravating factor unless the case falls within the exceptional category. The Crown acknowledges the applicability of the general rule, but seeks to invoke the exception by arguing that the failure to express remorse can be considered under the criterion of "character". I cannot subscribe to this argument for two reasons. First, the trial judge did not approach her sentencing decision in this manner. The trial judge effectively treated "lack of remorse" as an aggravating factor. That factor coupled with the aggravating fact that the killing occurred in the presence of Mr. Nash's nephew were sufficient to propel the trial judge to move the period of parole ineligibility from 10 to 20 years. Second, the facts of the present case do not support the application of the exception to the general rule as outlined in *R. v. Valentini* and discussed above.

[42] In summary, the trial judge erred in relying on the appellant's failure to express remorse as an aggravating factor. Moreover, the error cannot be displaced by having regard to the remaining aggravating and mitigating factors. The trial judge effectively held lack of remorse to be an overriding factor. Thus, this Court must fix the period of parole ineligibility in accordance with the governing legal principles and statutory criteria.

VII. The Analytical Framework - Mitigating and Aggravating Factors

[43] It is worth repeating the statutory principles governing sentencing before considering what the jurisprudence typically considers aggravating and mitigating factors. Section 718 of the *Criminal Code* provides that the fundamental purpose of sentencing is to maintain respect for the law and a safe society by imposing sanctions that have as their objective: (1) denunciation; (2) deterrence (general and specific); (3) segregation of offenders from society where necessary; (4) rehabilitation of the offender; (5) reparation; and (6) acknowledgment of wrongdoing. Above all else the sentence must be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility and, hence must take into account aggravating and mitigating circumstances. Without limiting the generality of those circumstances the *Code* goes so far as to deem certain circumstances as aggravating factors (none of which are applicable in the present case). When it comes to the issue of parole eligibility in the context of second degree murder, the *Code* singles out three specific criteria: (1) the character of the offender; (2) the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission; and (3) the recommendation, if any, of the jury.

[44] Ignoring for the moment the criteria set out in s. 745.4 of the *Criminal Code*, the task of fixing the minimum period for parole ineligibility requires consideration of virtually all of the factors that are examined in the typical sentencing process. However, there is a subtle difference. When it comes to parole ineligibility, denunciation and deterrence cannot be considered paramount factors. Elsewhere, the opinion has been expressed that the task of sentencing has become a “very complicated exercise” and that the principle difficulty lies in the requirement that “so much emphasis be given to so many factors” (see *R. v. Mafi* at paras. 45-46). While the following analysis may indeed support these perceptions, the task of identifying aggravating and mitigating factors remains obligatory.

[45] It would be unwise to draft a list of mitigating and aggravating factors and then to declare the list “exhaustive”. Instead, I propose to address only those that are

invariably addressed in the jurisprudence. To facilitate the analysis, I have attempted to group those factors relevant to each of the three criteria identified in s. 745.4.

[46] If we turn to the “character” of the offender, consideration will be given to the offender’s background, age, mental state at the time of the murder as reflected in medical, psychological or psychiatric evidence. Age is a relevant consideration and we are told that the prospect of offender recidivism is to be examined when dealing with the “character of the offender”. The youthful offender may exhibit the characteristics of one who is capable of rehabilitation. The elderly offender may not present a threat of recidivism or need rehabilitation. Thus, in some cases “age” may be looked on as a mitigating factor when combined with other factual circumstances. The offender’s criminal record is examined with meticulous care. With respect to those with a previous record, the sentencing judge will look to the offender’s penal history, its duration and the number of convictions and their seriousness. One constant in the jurisprudence is that previous convictions for serious violent offences will be regarded as an aggravating factor. The sentencing judge is concerned not only with the objectives of denunciation and deterrence but also with whether the offender represents a “future dangerousness” as contemplated by s. 718(c) of the *Criminal Code*. This explains why a “positive” Pre-Sentence Report will be looked on favourably while a “negative” one may serve as one of the grounds reinforcing the need to extend the period of parole ineligibility.

[47] Remorse as an aggravating or mitigating factor has been examined above. In brief, the expression of genuine remorse is always regarded as a mitigating factor. In cases where the offender has pled not guilty and been found guilty, the general rule is that the failure to express remorse is not an aggravating factor. In cases where the offender fails to express remorse after entering a guilty plea, this failure may or may not be regarded as an aggravating factor. A timely plea of guilty is also treated as a mitigating factor since scarce judicial and public resources are preserved. As well, the offender who expresses remorse provides the trial or sentencing judge with a clear statement that the offender acknowledges the harm which he or she has done, a sentencing objective that is

set out in s. 718(f) of the *Criminal Code*. The offender who was cooperative with the investigating authorities can also plead this reality as a mitigating factor.

[48] Turning to the second criteria set out in s. 745.4 of the *Criminal Code* (the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission) the sentencing judge will examine an array of factors. Typically, very little is said with respect to the nature of the offence as all involve second degree murder. The comments of Lambert J.A. in *R. v. Paterson* (2001), 151 C.C.C. (3d) 1, [2001] B.C.J. No. 26 (QL), 2001 BCCA 11 at para. 30 are apt: “The truth of the matter is that just about every second degree murder is brutal and vicious.” At the same time, the events surrounding some killings appear on their face to be more shocking than others. At one end of the spectrum, there are crimes of passion in which death is sudden: the bullet or blow to the head. Other murders involve egregious or sadistic brutality, including torture. The law says that there is a difference between the two factual scenarios. Trial and sentencing judges have treated egregious brutality as an aggravating factor. However, such brutality is not a condition precedent to extending the period of parole ineligibility (see *R. v. Shropshire* citing *R. v. Doyle*).

[49] Turning to the circumstances surrounding the commission of the offence, case law reveals that the degree of planning involved in the murder is generally regarded as a relevant factor. There is said to be a continuum between first degree murder and manslaughter when it comes to the extent to which the murder was the product of an informed decision to take the life of another. The more planning surrounding the killing, the more likely this circumstance will be treated as an aggravating factor, but one that can be overridden by other factors. A contract killing is at one end of the spectrum and is expressly dealt with in the *Criminal Code* (s. 231(3)). At the other end is the one-punch bar room brawl. The more “spontaneous” or “impulsive” the killing, the more likely it is that this factor will militate in favour of the offender. Frankly, I find the application of this factor truly problematic. We know from *R. v. Shropshire* that the period of ineligibility cannot be extended simply because the facts might have supported a first degree murder conviction. Of course, it would be improper for Crown counsel to seek an

extension with respect to parole ineligibility in order to overcome the refusal of the jury to find the offender guilty of first degree murder. The fact of the matter is that if a jury is unwilling to find the offender guilty of first degree murder or of manslaughter, by default the killing lies somewhere between the two when it comes to the notion of premeditation. Therefore, it makes no sense to revisit this issue. Perhaps a case can be made for an exception. In which case, the onus would remain on the Crown to argue persuasively that the case is one of exceptional circumstances. Ours is not one of those cases.

[50] Invariably, if the murder were committed during the course of another crime and particularly a crime of violence, the sentencing judge will employ this reality as an aggravating factor. On the other hand, if the murder were fuelled by drugs or alcohol, this circumstance may be regarded as a mitigating factor. The reasons that propelled the offender to commit the murder will be examined. If no explanation is available as to what prompted the offender to commit the murder, the trial judge may draw the conclusion that this omission is an aggravating factor as was true in *R. v. Shropshire*. A random and “senseless” murder without provocation is always a concern for sentencing judges (see *R. v. Mafi, supra*). A murder that is the product of years of abuse at the hands of the victim is unlikely to be treated in the same manner as the random killing of a stranger.

[51] Both the mitigating and aggravating factors must be weighed in combination with the recommendation of the jury made pursuant to s. 745.2 of the *Criminal Code* (see *R. v. Hanscom (D.A.)* (1996), 172 N.B.R. (2d) 29 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 37 (QL)). The jurisprudence holds that a failure of a jury to make a recommendation cannot be treated as a recommendation that the jury is content with the 10 year minimum: *R. v. Cerra* (2004), 192 C.C.C. (3d) 78, [2004] B.C.J. No. 2453 (QL), 2004 BCCA 594. In any event, it is settled law that the sentencing judge is not bound by the jury’s recommendation. The trial judge has the authority to increase the period of parole ineligibility even if the jury declines to make a recommendation or makes a recommendation to fix eligibility at the minimum. In short, the trial judge may also reject a jury recommendation by either decreasing or augmenting the recommended period of

ineligibility after having regard to the analytical framework set down in the *Criminal Code* and the jurisprudence.

[52] Again, I emphasize that the factors discussed above are not exhaustive. For example, the impact which the killing has had on the victim's family and friends is not to be forgotten. More often than not this factor is subsumed by the sentencing objectives of denunciation and retribution. But at the very least, sentencing judges should offer reasons for their decisions regarding parole ineligibility that address the factors outlined above. This is true to the extent that any one factor is relevant to the case at hand. Finally, I do not want to leave the impression that any one factor should be given more weight than another or that an aggravating factor cannot be overtaken by one or more mitigating factors. All the while, the trial judge must be mindful of the legislated objectives underscoring the imposition of a sentence involving parole ineligibility.

VIII. The Parity Principle

[53] While the Supreme Court recognizes the highly subjective nature of the sentencing process and the critical role of the trial judge, s. 718.2(b) of the *Criminal Code* goes on to prescribe that the sentence ultimately imposed must respect the parity principle: the sentence must be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences in similar circumstances, the so-called "acceptable range" (see *R. v. W.(G)*, [1999] 3 S.C.R. 597, [1999] S.C.J. No. 37 (QL) adopting *R. v. Muise (D.R.)* (No. 4) (1994), 135 N.S.R. (2d) 81 (C.A.), [1994] N.S.J. No. 487 (QL)).

[54] The role of an appellate court is to ensure that the trial judge did not err in principle and that the sentence is not "demonstrably unfit". Part of the task is to ensure that the parity principle is respected and, indeed, the Court of Appeal is ultimately responsible for deciding what constitutes an "acceptable range". The one constant that exists when applying s. 745.4 is that all of the offenders are guilty of the same offence: "second degree murder". This leaves for consideration the task of isolating cases in which offenders have similar profiles and the murders involve similar circumstances. At times,

it may be helpful for trial and sentencing judges to isolate those cases that bear a close resemblance with respect to key facts. For example, cases in which the murder conviction involves the death of the offender's spouse or partner are, unfortunately, too plentiful. The same holds true with respect to parents or guardians convicted of murdering their child. While the present case does not fit neatly within either category, I am going to focus initially on a few cases involving the murder of a child. Not only are these cases instructive, they provide support for a general thesis: more often than not, trial and sentencing judges work with three time frames when fixing the period of parole ineligibility: (1) 10 to 15 years; (2) 15 to 20 years; and (3) 20 to 25 years. In practice, the third time frame is reserved for the "worst of offenders" in the "worst of cases". The first is reserved for those offenders for whom the prospects of rehabilitation appear good and little would be served by extending the period of parole ineligibility other than to further the sentencing objectives of denunciation and retribution. The second time frame is reserved for those who fall somewhere in between the first and third. Obviously, these time frames are not cast in cement and represent a basic starting point for analysis.

[55] There are three decisions involving the murder of a child which support the understanding that, in practice, the "upper range" for parole ineligibility is reserved for what I cautiously refer to as the worst of offenders in the worst of cases (see paragraph 3 above and also s. 718.2(a)(ii.1) and (iii)). In *R. v. Olsen (L.) and Podniewicz (M.)* (1999), 116 O.A.C. 357, [1999] O.J. No. 218 (QL), the male offender was convicted of second degree murder of his six month old daughter after violently shaking the child to death. His parole ineligibility was fixed at 25 years. The child's mother was also convicted of the same murder but the period of parole ineligibility was fixed at 15 years. The difference in the two sentences can be traced to the fact that six years earlier the male offender had been convicted of aggravated assault on his son, leaving him severely brain damage, paralyzed, blind and deaf. Two other cases involving second degree murder of a child are instructive. In *R. v. Dewald* (2001), 54 O.R. (3d) 1 (C.A.), [2001] O.J. No. 1716 (QL), the trial judge concluded that the true reason why the father drowned his two children was to remove an impediment to having a continuing relationship with his girlfriend who was not interested in raising children. The trial judge fixed the period of

parole ineligibility at 23 years. On appeal, the period was reduced to 17 years, principally because the father had no previous criminal record, the prospects for rehabilitation looked good, the offender was severely depressed when he committed the murders and was remorseful. Another case involving a conviction for second degree murder of a child is *R. v. Latimer* (SCC). The facts of that case are well-known. Mr. Latimer placed his severely handicapped daughter in the front seat of his pickup truck with the motor running and the exhaust fumes being directed into the front seat. She died of carbon monoxide poisoning. Ultimately, parole ineligibility was fixed at 10 years.

[56] There is other jurisprudence which adds support to the understanding that, traditionally, the upper range has been reserved for the “worst of offenders for the worst offences”. These are the offenders who commit brutal murders and who have a criminal record involving brutal or violent crimes. Typically, cases in which the period of parole ineligibility has been fixed at 20 to 25 years involve offenders with criminal records involving violence and, hence, are considered to be a threat to public safety. It is not difficult to find examples.

[57] In *R. v Cousins* (2004), 234 Nfld. & P.E.I.R. 195, [2004] N.J. No. 75, 2004 NLCA 14, the offender was convicted of second degree murder. The victim was a fellow boarder in a rooming house. There was no apparent reason for the killing. Parole ineligibility was fixed at 25 years in circumstances where the offender had four years earlier killed another boarder. Curiously, the offender was convicted of the second murder before being tried and convicted of the first murder. Thus, s. 745(b) of the *Criminal Code* did not apply (a person convicted of second degree murder is not be eligible for parole for 25 years if that person had been previously convicted of murder). In *R. v. Cerra*, the period of parole ineligibility was fixed at 20 years following a brutal beating and eventual drowning of a young woman. Death came about after a prolonged period and arose out of a petty drug dispute (\$40). The offender had a minor criminal record for which he had been pardoned and the evidence did not indicate future dangerousness or poor rehabilitation prospects. In *R. v. Strongman (K.) et al.* (2007), 425 A.R. 200, [2007] A.J. No. 1377 (QL), 2007 ABCA 413, the offender was one of three

persons tried for robbery, forcible confinement and first degree murder of a taxi driver. The 29-year-old offender was convicted of second degree murder and the period of parole ineligibility fixed at 22 years. The offender had 47 prior convictions, 10 of which were assault related.

[58] In *R. v. Hammond*, [2000] B.C.J. No. 1476 (QL), 2000 BCCA 428, the offender was convicted of second degree murder after shooting the victim twice in the face with a rifle. The motive for the killing was to acquire access to the victim's property. The offender was 35 years old with a prior conviction for voluntary manslaughter in California for which he had received a significant sentence. Parole ineligibility was fixed at 20 years. In *R. v. Mafi*, the offender was convicted of two counts of second degree murder after killing two co-workers for no apparent reason. The trial judge accepted the jury's recommendation that parole ineligibility be fixed at 20 years. The British Columbia Court of Appeal reduced that period to 15 years having regard to the case law in that Province and elsewhere based on the "acceptable range". The Court noted that the 36 year old offender had no previous criminal record and no history of violence. In *R. v. Cruz* (1998), 124 C.C.C. (3d) 157 (C.A.), [1998] B.C.J. No. 811 (QL), the offender had met his victim in a bar for the first time before shooting her four times in the head and then incinerating her body. Even though the offender had no criminal record the trial judge formed the opinion that the offender presented himself as a danger to society. The Court of Appeal dismissed the appeal from the trial judge's decision to extend the period of parole ineligibility to 18 years.

[59] Viewed collectively, the above cases support the following general observations. Those offenders who have no previous criminal record involving violent criminal acts are less likely to see the period of parole ineligibility extended beyond the 10 to 15 year range. Those offenders with a criminal record that involve violence or other serious criminal conduct are more likely to have the period of ineligibility extended to somewhere in the vicinity of 15 to 20 years. In cases involving multiple murders or extreme brutality committed by offenders with a violent past the period of parole ineligibility may exceed 20 years. But still, you have to factor in other considerations

such as age and whether the murder was committed during the commission of another crime. Again, I emphasize that these are general observations and meant only to provide general guidance and a focal point for future analysis.

[60] To this point, the analysis fails to acknowledge the New Brunswick jurisprudence. Most of it is the product of the Court of Queen's Bench. There are 19 reported decisions involving second degree murder and parole ineligibility. Approximately, one half of the cases fix the period of parole ineligibility at between 10 to 15 years. The remaining half lead one to believe that the present upper range is from 17 to 20 years. Interestingly, trial and sentencing judges in this Province have exercised restraint in not going beyond the 20 year mark and yet there is no legal impediment to extending the ineligibility period in the proper case. That said; it is worthwhile looking at the salient facts of each case to appreciate why some cases are treated differently than others.

[61] I turn first to those cases in which parole ineligibility was fixed at what I loosely term the "upper end" of the range (17 to 20 years). In *R. v. Cunningham* [1994] CANLII 3922 (N.B. Q.B.), the offender had spent 13 years in prison for manslaughter and within a year of his release had committed a murder. The trial judge found the offender to be a disturbed young man who was a serious threat to society. Parole ineligibility was fixed at 20 years. In *R. v. Mailloux* (1989), 99 N.B.R. (2d) 356 (C.A.), [1989] N.B.J. No. 837 (QL), the offender was convicted of second degree murder. In the course of an armed robbery, he took a young clerk to the back of the store and shot her for no apparent reason. Parole ineligibility was fixed at 20 years. In *R. v. Lewis* (1987), 81 N.B.R. (2d) 324 (Q.B.), [1987] N.B.J. No. 542 (QL), the offender had spent 29 of his 41 years in jail for offences ranging from "break and enter" to "manslaughter". The murder was described as a "violent killing" committed while the offender was on mandatory supervision. He was found to be a danger to the community and parole ineligibility was fixed at 20 years. In *R. v. Mailman* (1988), 84 N.B.R. (2d) 407 (C.A.), [1988] N.B.J. No. 145 (QL), parole ineligibility was fixed at 18 years. All we know from this reported decision is that the offender had a previous criminal record. So too did

Mr. Mailman's accomplice have his parole ineligibility fixed at 18 years (see *R. v. Gillespie* (1988), 85 NBR (2d) 142 (C.A.), [1988] N.B.J. No. 116 (QL)). In *R. v. McIntyre (M.)* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266 (C.A.), [1993] N.B.J. No. 293 (QL), the victim was a nun who was murdered in the Chapel of the local Catholic Church. The offender was caught in a sting operation in which two undercover police officers posed as Montreal crime bosses willing to recruit the offender provided he could demonstrate that he was capable of killing. This Court refused to interfere with the trial judge's decision to fix parole ineligibility at 18 years.

[62] In *R. v. Legere, supra*, the offender was convicted of second degree murder, along with two others, for the strangulation of an elderly gentleman. The murder was committed during a home robbery and the gentleman's wife was brutally beaten but "miraculously" survived. Parole ineligibility was fixed at 18 years. One of the three offenders convicted of the murder, had his period of parole ineligibility fixed at 16 years. He was 19 years of age and had pled guilty during the course of the trial (see *R. v. Curtis (S.)* (1993), 133 N.B.R. (2d) 297 (C.A.), [1993] N.B.J. No. 138 (QL)). As is well known in this Province, Mr. Leger subsequently escaped from custody and went on a killing rampage which led to his subsequent convictions for first degree murder.

[63] In *R. v. Melanson (S.A.) et al.* (2003), 265 N.B.R. (2d) 284, [2003] N.B.J. No. 372 (QL), 2003 NBQB 371, the offender shot the victim in the back of the head, without warning and without reason, during the course of an armed robbery. The offender was 23 years old and although he had a previous criminal record there were no convictions involving the use of violence. Although eight of the twelve jurors recommended that parole ineligibility be fixed at 20 years, the trial judge settled on 17 years. In *R. c. Mazerolle*, [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 37, [2002] A.N.-B. no. 148 (QL), 2002 NBBR 141, the 38 year old offender was convicted of second degree murder in a savage beating and strangulation of another man (the worst the judge had seen in 34 years). The trial judge accepted a joint submission that parole ineligibility be fixed at 17 years. Two of the aggravating factors were that the murder was committed during a robbery and the victim was brutalized over several hours. These factors were weighed

against the fact that the accused had no previous criminal record, had a favourable Pre-Sentence Report, pled guilty, expressed remorse and assisted the police. Up until a few months prior to the murder the offender was well respected within his community.

[64] An examination of the remaining New Brunswick cases reveals the period of parole ineligibility being fixed at between 10 and 15 years. In *R. v. Beaulieu*, the victim had psychologically abused and traumatized the offender as a young man. The offender fired seven shots as the victim attempted to escape. The offender pled guilty to second degree murder. The Pre-Sentence Report showed that the offender took responsibility for his actions and that he had no criminal record involving violence. The Crown maintained that the range for parole ineligibility was between 10 to 14 years, but that it would *not* bring the administration of justice into disrepute to have the parole ineligibility fixed at 10 years. In extensive reasons, the trial judge fixed on a period of 10 years. Although the trial judge employed the rule against extending the ineligibility period unless unusual circumstances could be established, that error does not, in my respectful view, undermine his decision to fix parole ineligibility at 10 years.

[65] There are four decisions that fix parole ineligibility at 15 years. In *R. v. Savoie (N.)* (1998), 209 N.B.R. (2d) 378 (Q.B.), [1998] N.B.J. No. 530 (QL), the offender was convicted of second degree murder of his wife. She was stabbed twice in the back and bled to death after which the offender placed her body in a burning truck. The trial judge described the offence as a “crime of passion committed on impulse”. Apparently the offender’s four year old daughter was forced to witness the murder. But his attempts to enlist the aid of their 16 year old daughter in burning the body were rebuffed. The trial judge erroneously drew attention to the fact that during the trial the offender “showed no remorse”. The offender had a previous conviction for uttering death threats to which he pled guilty and received a two year suspended sentence. The trial judge settled on a period of parole ineligibility of 15 years. The second case to fix parole ineligibility at 15 years is *R. v. Black, supra*. In that case the 17 year old offender was convicted of two counts of second degree murder for strangling his girlfriend and her mother. After a lengthy trial, the offender pled guilty and expressed remorse for the “irrational” killings.

Parole ineligibility was fixed at 15 years. The third case to fix parole ineligibility at 15 years is *R. v. Walton, supra*. The offender had a lengthy criminal record, 37 convictions over a period of 18 years. The facts reveal an execution style murder and little likelihood of the offender's rehabilitation. This Court confirmed the trial judge's decision to fix the term of parole ineligibility at 15 years. The fourth case to fix parole ineligibility at 15 years is *R. v. Chedore (J.R.)* (1997), 187 N.B.R. (2d) 372 (C.A.), [1997] N.B.J. No. 197 (QL). The 19 year old offender broke into a home and ended up stabbing the owner to death. While parole ineligibility was fixed at 15 years, the appeal of sentence was abandoned at the hearing of the appeal against conviction.

[66] There are three cases in which parole ineligibility was fixed at 14 years. In *R. v. Stewart*, [1999] N.B.J. No. 415 (Q.B.) (QL), the 29 year old offender pleaded guilty to the second degree murder of his common-law spouse in circumstances that came close to decapitation ("sadistic and brutal"). The offender had a history of psychological problems (personality disorder) and substance abuse and was prone to violence. His psychiatrist considered him to be dangerous and he had a lengthy criminal record involving crimes of violence. In my respectful view, the offender was fortunate to have his period of parole ineligibility fixed at 14 years. The second case to have parole ineligibility fixed at 14 years is *R. v. Eagles (J.)* (2005), 284 N.B.R. (2d) 370, [2005] N.B.J. No. 219 (QL), 2005 NBQB 206. In that case, the offender was found guilty of second degree murder for shooting a taxi driver (the mother of three children) in the back of the head during a robbery which netted \$160. The youthful offender had no criminal record as an adult and had expressed remorse for the killing. The third case in which parole ineligibility was fixed at 14 years is *R. v. Sheehan*, [2008] N.B.J. No. 317 (QL), 2008 NBQB 268. In that case the 41 year old offender was found guilty of second degree murder of a drunk and defenseless victim in what was described as a "brutal murder". The offender had a previous criminal record for violent offences and the Pre-Sentence Report was described as "negative". While the Crown argued that the acceptable range was 15 to 20 years, the trial judge settled on 14 years after concluding that the case was more analogous to *Eagles* and *Black* than to *Mazerolle* and *Curtis*. Quære: Were not the

offenders in *Eagles* and *Black* young and without a previous criminal record involving violence?

[67] A decision in which parole ineligibility was fixed at 12 years is *R. v. Hanscom, supra*. It is a case in which the offender was convicted of second degree murder of his wife's new lover after his wife was about to leave after 15 years of marriage. The offender waited for his victim, fired two shots, reloaded and fired a third. The offender had no previous criminal record, was in poor health, had a good work history and had been under stress surrounding the breakup of the marriage at the time of the killing. He was also drunk at the time of the killing. The jury recommended 10 years of parole ineligibility. The trial judge settled on 12 years. The offender appealed both the conviction and the sentence. The majority set aside the conviction and ordered a new trial. The dissenting justice addressed the sentencing issue having regard to the then recent decision of the Supreme Court in *R. v. Shropshire* and would have dismissed the appeal against sentence.

[68] In summary, and subject to a few exceptions, the jurisprudence makes it clear that the "upper range" of parole ineligibility has been traditionally reserved for the "worst of offenders" in the "worst of cases". One might wish to speak of the upper range in terms of 20 to 25 years. The jurisprudence from outside this Province supports that understanding. In New Brunswick, trial and sentencing judges have been reticent to go outside the 17 to 20 year range. In either scenario, however, one is dealing with a person who has committed a brutal, if not sadistic, killing in circumstances where the offender has a previous criminal record that embraces other violent acts. In fixing the period of parole ineligibility, it is not so much a question of promoting the sentencing objectives of denunciation and deterrence as it is to promote public safety and to instill public confidence in the administration of justice. These are the cases where the evidence supports the belief that the offender's chances of rehabilitation pale in comparison to the risk of recidivism and public safety. Against this background, we are left with the question whether the present case involves the "worst of offenders" in the "worst of

cases”. When the facts of the present case are measured against the case law discussed above the answer should be obvious.

IX. Application of Law to Facts

[69] As stated at the outset, I do not view this case as one involving the worst of offenders in the worst of cases. But this does not mean that I can ignore the analytical framework that Parliament and the Supreme Court have prescribed. The task of fixing the period of parole ineligibility begins with the criteria set out in s. 745.4 of the *Criminal Code*. I start with Mr. Nash’s “character”. At the time of his conviction Mr. Nash was 40 years old, married with two young children (age 15 and 9). He owns his own home and other property valued collectively at \$48,500. For the last 14 years he has been employed as a seasonal logger with the St. Mary’s First Nation. When working his income approximated \$3,500 per month. His employer described him as one of the “best”. Mr. Nash’s Pre-Sentence Report begins with the statement that: “Adam Nash was exceptionally polite, cooperative, and respectful during the Pre-Sentence Report Interview process.” Mr. Nash is of aboriginal descent; abandoned by his mother and abused by his father. Mr. Nash is the youngest of 10 children but spent most of his life in foster homes as did his siblings; however all lived within walking distance of one another when growing up. Mr. Nash abandoned school in Grade 9 and admitted to having “anger management” issues as a child; issues which were “curbed significantly” after he married, with the arrival of his two children, and after he received court ordered treatment. Mr. Nash also admitted to alcohol related problems. Mrs. Nash admitted that her husband’s attempts to stop drinking were exacerbated by her decision to continue drinking alcohol. Individually and cumulatively, these circumstances weigh in Mr. Nash’s favour.

[70] While the trial judge concluded that the appellant had expressed no remorse for his crime, this is true so far as the appellant declined the invitation to speak at the sentencing hearing. But this is what the author of the Pre-Sentence Report wrote with respect to the matter of remorse:

ADAM NASH admitted he is still trying to sort out his feelings about the matter before Your Ladyship. With tears welling in his eyes, he stated that he feels absolutely horrible for his conduct. Pragmatically speaking, ADAM NASH added that there is nothing he can do to recant what he did, and that the welfare of his wife and children weigh heavily on his mind as well.

[71] In response to the above statement, the trial judge stated that nowhere in the report did the appellant express sorrow with respect to the murder of his brother. Leaving aside the fact that the failure to express remorse is not an aggravating factor, I am not confident that the passage quoted should be interpreted so narrowly. But even if Mr. Nash failed to express remorse and even if this were a relevant factor, arguably there is a plausible explanation for Mr. Nash's hesitancy to express remorse for his brother's death. His relationship with his male siblings, other than his brother Brian, has been a tumultuous one. The author of the Pre-Sentence Report stated that the "physical altercations amongst the brothers were not uncommon" and went on to characterize the relationships as "a perpetual familial conflict". The author cited a 2006 incident in which Mr. Nash was involved in a serious physical confrontation with his brothers that lead to an eye infection and surgery (we are not told which brothers were involved). In brief, what is certain is that Mr. Nash's failure to express remorse at the sentencing hearing is not an aggravating factor. The fact that he expressed some remorse is a mitigating factor even if accorded little weight.

[72] Mr. Nash's previous criminal record is critical to the matter of "character" and Parliament's sentencing objectives. As discussed earlier, it is here that the potential for rehabilitation, recidivism and future dangerousness must be considered. The trial judge characterized Mr. Nash's previous criminal record in the following manner: "...I agree that he doesn't have a substantial criminal record but he does have a criminal record...." The trial judge makes no mention of the nature of the convictions. Most involve motor vehicle offences under the *Criminal Code*, but there are four convictions for assault. The first dates back to 1984. Mr. Nash was 18 at the time. He received a jail term of 10 days. The next conviction for assault came in 1989. For this offence, Mr. Nash

received a jail sentence of 60 days. The third conviction came in 1991. It was for assault causing bodily harm. This time Mr. Nash was jailed for 9 months. The last assault conviction was entered in 1997 for which he received a jail sentence of 60 days.

[73] The Crown argues that Mr. Nash's previous criminal record demonstrates a propensity for violence and, therefore, he represents a future threat to public safety. I disagree. The trial judge did not draw that inference and I am not prepared to do so. As well, I am mindful of the existence of the "gap principle". If a substantial period of time passes without a conviction, the sentencing judge will take this factor into account as a sign of the offender's rehabilitation and that he does not represent a threat to public safety. If on the other hand, the offence is committed shortly after the offender's release from custody for another offence, the trial judge is entitled to draw a negative inference (see generally, Clayton C. Ruby et al., *Sentencing*, 7th ed. (Markham: LexisNexis, 2008) at 391). In the present case, there is little support for the Crown's contention that Mr. Nash represents a threat to public safety. The fact that Mr. Nash has established himself in his community and has had no convictions with respect to violent offences over the past 11 years undermines the Crown's argument. Moreover, if the Crown had a concern with respect to the prospects of Mr. Nash's rehabilitation, surely the fact that he is to spend a minimum of 10 years in prison before becoming eligible for parole should be sufficient for purposes of achieving that objective. Moreover, I am cognizant of the reality that if I am in error and Mr. Nash does pose a threat to public safety, the final decision on parole eligibility rests with the National Parole Board and, thus, the public interest is still protected. However, should the period of parole ineligibility be set too high, there is nothing the Parole Board can do to correct my error. Mr. Nash would have to rely on the "faint hope clause" found in s. 745.6(1) or the royal prerogative of mercy found in s. 749.

[74] Turning to the legislated criteria of the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, the record reveals an enduring and violent hostility between the appellant and his brother prior to the day of the murder. The beating which the appellant took at the hands of his brother, an hour or so before the fatal killing,

proved to be the catalyst for his decision to pursue his brother. A catalyst that was fuelled by alcohol. Thus, there is an “explanation” for the murder unlike the situation in *R. v. Shropshire*. I accept, as I must, the trial judge’s finding that Mr. Nash had been drinking heavily the night before and the day of the murder. This factor weighs in Mr. Nash’s favour.

[75] This leads us to assess the degree of planning or premeditation leading up to the murder. The trial judge concluded that: “...if we had a continuum from manslaughter to first degree murder this crime is further along the continuum toward a first degree murder than it is with respect to those elements necessary to prove manslaughter.” As stated earlier, I have difficulty in accepting the validity of this factor. The fact of the matter is that the jury was unwilling to find Mr. Nash guilty of first degree murder or of manslaughter and, therefore, by default the killing lies somewhere between the two when it comes to the notion of premeditation and, hence, it makes no sense to revisit this issue. Moreover, there is nothing exceptional about this case that would justify a debate as to whether the killing was closer to first degree murder than manslaughter.

[76] An important consideration surrounding the murder of Mr. Nash’s brother is the fact that it was committed in the presence of their nephew who was seated next to the victim at the time the fatal shots were fired. The trial judge held that Mr. Nash’s disregard for the welfare and safety of his nephew was an aggravating factor. On the other hand, the sentencing transcript contains a passage in which Crown counsel admits there is no evidence to support the contention that Mr. Nash knew that his nephew was seated next to his uncle. Thus, for example, the present case cannot be compared to those in *R. v. Savoie* where the father had his four year old daughter witness the murder of her mother. However, putting aside such comparisons, I am prepared to accept that Mr. Nash’s apparent disregard for the safety of others may be considered an aggravating factor when combined with his post-offence conduct that led to the “police stand-off”.

[77] In summary, we have a relatively young man, aged 42, married with two young children and a supportive wife, who himself is able to provide for his family. The

offender has a previous criminal record for four assaults. The first was committed when he was 18 years of age. The last was committed over a decade ago. But there are no convictions for the type of violent offences that would lead one to characterize the offender as a recidivist. Though no negative inference may be drawn from a failure to express remorse, there has been an expression of some remorse and the Pre-sentence Report is positive. The killing occurred shortly after the offender suffered a beating at the hands of the victim and was fuelled by alcohol and a festering relationship marked by animosity and physical altercations between Mr. Nash and the victim. The murder was not committed during the commission of another offence (e.g. robbery), nor did the murder involve egregious or sadistic brutality. But it was committed in circumstances where there was a general disregard for the safety of others (the offender's nephew and the police).

[78] Having regard to the sentencing objectives set out in s. 718 of the *Criminal Code*, I am of the view that the objectives of rehabilitation, specific deterrence and public safety would not be furthered by extending the period of parole ineligibility beyond the minimum 10 years. This leads me to consider whether there are any factors that warrant an extension of the period for the sake of denunciation, general deterrence and retribution. In my view, Mr. Nash's disregard for the safety of his nephew and police officers does warrant an extension. But this is the only aggravating circumstance that propels me in that direction. None of the other circumstances surrounding the murder discussed above fall into the "aggravating" category. This reality coupled with the jurisprudence canvassed herein leads me to conclude that this is a case which falls within the 10 to 15 year range and that the period of parole ineligibility should be fixed at 12 years. In reaching this conclusion, I am mindful of the Supreme Court's decision in *R. v. Shropshire* and its observations that the power to extend the period of parole ineligibility need not be sparingly used and that it would not be unusual to do so. However, I am also mindful of the fact that the Court went on to predict that in the median number of cases a period of 10 years might still be appropriate. While the case law does not bear out the latter prediction, the decision to fix parole ineligibility within the 10 to 15 year range and to settle on 12 years accords with the jurisprudence.

[79] It may seem unnecessary to examine the two cases which the trial judge cited in support of her decision to fix the period of parole ineligibility at 20 years. In my respectful view, those cases are not analogous. The first decision is *R. v. Walton* discussed earlier. It is readily distinguishable from the present case. The offender in *Walton* had a lengthy criminal record, 37 convictions over a period of 18 years. The facts reveal an execution style murder and little likelihood of the offender's rehabilitation, which is another way of saying that the offender represented a threat to public safety. Moreover, this Court confirmed the trial judge's decision to fix the term of parole ineligibility at 15 years. The difference of five years when it comes to parole ineligibility is not inconsequential. (On this point see *R. v. McKnight* (1999), 44 O.R. (3d) 263 (C.A.), [1999] O.J. No. 1321 (QL) where the Court reduced the period of ineligibility from 17 to 14 years and also the dissenting opinion of Lambert J. in *R. v. Paterson, supra*, at para. 38.)

[80] The second decision cited by the trial judge is *R. v. Doyle*, a decision of the Nova Scotia Court of Appeal. In that case the 33 year old offender shot his wife while she was sleeping. He was an alcoholic undergoing treatment. His marriage started to fall apart once his wife returned to work. He was jealous and there was the possibility of her leaving. A psychiatrist testified that the offender was depressed at the time of the offence. He pled guilty to the charge and had no previous criminal record except for impaired driving. The offender had a "good work" record and had expressed remorse on the "third of three interviews". The sentencing judge fixed the period of parole ineligibility at 10 years having regard to the offender's state of mind at the time of the murder and by invoking the threshold standard of "unusual circumstances". The Crown appealed and asked that the period be increased to 15 years.

[81] The Court of Appeal increased the period of ineligibility to 17 years. The Court concluded that the sentencing judge had erred in applying the threshold standard of unusual circumstances and went on to conclude that the offender was a danger and a threat to public safety. The Court also held that the husband/wife relationship is of great importance and is a factor to be taken into account in "moving towards the upper end of

the range of parole ineligibility.” In short, the Court held the murder of one’s spouse in bed while she is sleeping is an aggravating factor of the “highest degree”. Aside from concluding that the murder came “close to first degree murder”, the Court went on to hold that although the offender expressed some remorse there was a relative lack of remorse “having regard to the magnitude of his crime”. Finally, the Court had this to say: “The importance of deterrence as the major consideration in the protection of society is apparent and must be given substantial weight.”

[82] I offer four comments with respect to *R. v. Doyle*. First, to the extent that the Court’s finding that the offender posed a threat to public safety is correct, the case cannot be faulted as it accords with the jurisprudence generally. Second, whether or not that specific finding was supported by the evidence referred to in the decision is a separate question. Third, the notion that deterrence must be given substantial weight conflicts with the Supreme Court’s decision in *R. v. Zinck*. That case highlights the fact that unlike s. 743.6, which expressly provides that denunciation and deterrence are of paramount significance, s. 745.4 is conspicuously silent on this point. Arguably, the Court in *Doyle* treated denunciation and deterrence as paramount or overriding considerations. Fourth, the *Doyle* decision leads one to believe that the murder of one’s spouse or partner is by itself an aggravating factor. I prefer not to address that issue (see generally: s.718.2(a)(iii), *R. v. Trochym* (2004), 71 O.R. (3d) 611 (C.A.), [2004] O.J. No. 2850 (QL), *R. v McCormack (S.E.)* (1995), 83 O.A.C. 73, [1995] O.J. No. 1897 (QL) and *R. v. Muir (F.)* (1995), 80 O.A.C. 7, [1995] O.J. No. 670 (QL) and compare with *Dale Patterson, McKnight, R. v. Wristen* (1999), 47 O.R. (3d) 66 (C.A.), [1999] O.J. No. 4589 (QL), *R. v. Lenius* (2007), 299 Sask.R. 139 (C.A.), [2007] S.J. No. 276 (QL), 2007 SKCA 65 and *Stewart* (NB case).

X. Disposition

[83] In summary, the trial judge's decision for extending the parole ineligibility period to 20 years is materially flawed. I would allow the appeal and reduce the period of parole ineligibility to 12 years.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Lorsque vient le moment de déterminer la peine, la seule différence entre la personne coupable de meurtre au premier degré et celle coupable de meurtre au deuxième degré est la durée de la période pendant laquelle le délinquant reste inadmissible à la libération conditionnelle. Bien qu'elles soient toutes deux obligatoirement condamnées à l'emprisonnement à perpétuité, celle coupable de meurtre au premier degré doit normalement attendre vingt-cinq ans avant d'y devenir admissible. Par contre, dans le cas des personnes coupables de meurtre au deuxième degré, la période d'inadmissibilité va de dix à vingt-cinq ans. C'est l'art. 745.4 du *Code criminel* qui confère au juge du procès ou au juge chargé de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle au-delà du minimum de dix ans. Non seulement ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux trois critères énoncés à l'art. 745.4, mais en outre, le juge doit tenir compte des principes généraux de la détermination de la peine énoncés aux art. 718, 718.1 et 718.2, ainsi que de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n° 52 (QL).

[2] Un jury a déclaré l'appelant, Adam Nash, coupable de meurtre au deuxième degré. Le jury a décliné l'invitation que lui a faite la juge du procès, comme elle y était tenue, à faire une recommandation en ce qui concernait la question du délai préalable à la libération conditionnelle (art. 745.2). La juge du procès a fixé ce délai à vingt ans. M. Nash interjette appel de plein droit et demande que le délai préalable « supérieur à dix ans » soit réduit (par. 675(2)). Je suis d'avis d'accueillir l'appel. Je suis respectueusement d'avis que la juge du procès a commis une erreur. Elle a commis une erreur de principe en statuant que l'absence d'expression de remords, à la suite d'une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, constitue une

[TRADUCTION] « circonstance aggravante » qui appuie la décision de prolonger la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. En toute justice pour la juge du procès, la jurisprudence de notre Cour concernant les remords est ambiguë. Elle n'établit pas de distinction claire entre les instances où le délinquant est déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et celles où il a plaidé coupable. Aux fins de trancher le présent appel, il importe de reconnaître que le droit continu qu'a le délinquant de garder le silence du fait d'un plaidoyer de non-culpabilité ne se volatilise pas dès lors que le jury rend un verdict de culpabilité. C'est pourquoi l'absence d'expression de remords ne peut être considérée comme une circonstance aggravante, si ce n'est dans des cas exceptionnels.

[3] Je conclus également que la juge du procès a commis une erreur en statuant qu'une période d'inadmissibilité de vingt ans s'inscrivait dans ce qu'il est convenu d'appeler les « limites acceptables » que prescrit le principe de l'harmonisation des peines qui est énoncé à l'al. 718.2b). La jurisprudence plus ancienne nous amènerait à croire que la limite supérieure du délai préalable à la libération conditionnelle est réservée aux « pires délinquants » dans les « pires cas » et que la limite supérieure habituelle se situe, dans ces cas, entre vingt et vingt-cinq ans. Cela ne veut pas dire que le droit reconnaît le principe directeur « pire délinquant, pire infraction ». En effet, la Cour suprême a enterré ce principe de détermination de la peine et il n'y a donc aucun raccourci possible lorsqu'il s'agit de décider ce qu'est une peine « juste ». L'analyse doit respecter le cadre législatif tel qu'il a été interprété par la Cour suprême. D'un autre côté, la notion de « pire délinquant, pire infraction » nous donne une idée exacte de ce que les juges de procès et les juges chargés de la détermination de la peine ont fait au cours des deux dernières décennies. Cette notion est tout simplement une façon commode d'établir une distinction entre la présente instance et celles où les tribunaux ont statué que le délai préalable à la libération conditionnelle devait se situer à la limite supérieure et d'expliquer pourquoi la présente instance s'en différencie. Par exemple, la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle qui a été fixée en l'espèce est plus longue que celle fixée dans l'arrêt *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361 (C.A.), [1988] A.N.-B. n^o 712 (QL) (dix-huit ans). En ce qui concerne le sort qui a été réservé au

principe « pire délinquant, pire infraction », voir les arrêts *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, [2004] A.C.S. n° 15 (QL), 2004 CSC 16, *R. c. L.M.*, [2008] A.C.S. n° 31 (QL), 2008 CSC 31 et *R. c. Solowan*, [2008] A.C.S. n° 55 (QL), 2008 CSC 62.

[4] Étant donné ces erreurs, notre Cour a le droit d'intervenir et de fixer la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle conformément aux principes directeurs et aux directives législatives. Je suis respectueusement d'avis que les limites acceptables vont de dix à quinze ans. J'estime qu'il y a lieu de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle à douze ans. Comme cela deviendra évident, les cas véritablement difficiles sont ceux où le délinquant (comme M. Nash) ne constitue pas un risque réaliste de récidive et où, par conséquent, les objectifs de la détermination de la peine que sont la dissuasion spécifique, la réinsertion sociale et la protection du public ne s'appliquent pas (voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, [2001] A.C.S. n° 1 (QL), 2001 CSC 1). Par conséquent, il incombe aux juges chargés de la détermination de la peine une tâche difficile qui consiste à décider s'il y a lieu de prolonger la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle dans le but de favoriser l'atteinte des objectifs de détermination de la peine que sont la dissuasion générale, le châtement et la réprobation continue, tout en sachant fort bien qu'une année d'inadmissibilité à la libération conditionnelle est une année qui compte trois cent soixante-cinq jours, c'est-à-dire une année qui ne peut faire l'objet d'une réduction par l'application des dispositions régissant la libération d'office et la libération conditionnelle anticipée énoncées dans d'autres textes législatifs fédéraux. Les juges chargés de la détermination de la peine sont également conscients du fait que s'ils commettent une erreur en concluant qu'un délinquant ne constitue pas une menace pour la sécurité publique, la décision finale en matière d'admissibilité à la libération conditionnelle revient à la Commission nationale des libérations conditionnelles et l'intérêt public est néanmoins protégé. Toutefois, pour le cas où la Cour fixerait une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle trop longue, il n'y a rien que la Commission des libérations conditionnelles puisse faire pour corriger l'erreur du juge qui a déterminé la peine. Le délinquant doit s'en remettre à la disposition dite « du faible

espoir» que l'on trouve au par. 745.6(1) ou à la prérogative royale de clémence mentionnée à l'art. 749.

- [5] Je termine mon introduction en faisant quelques observations. La notion voulant que certains cas de meurtre au deuxième degré soient considérés comme plus bénins ou plus abjects que d'autres peut sembler insensible envers ceux et celles qu'afflige toujours la perte personnelle de la victime. Pourtant, le droit nous oblige à suivre et à appliquer un cadre analytique qui vise à pondérer ce qui doit sembler être un dédale d'objectifs concurrents en matière de détermination de la peine. La réprobation et le châtement ne sont que deux de ces objectifs, mais ils ne sont pas primordiaux. Comme l'a si justement dit le juge en chef MacEachern, maintenant décédé, dans l'arrêt *R. c. Mafi* (2000), 142 C.C.C. (3d) 449, [2000] B.C.J. No. 339, 2000 BCCA 135 au par. 34 : [TRADUCTION]« C'est là le genre d'instances où les juges ne peuvent habituellement en arriver à des décisions populaires ».

II. Le contexte factuel

- [6] Gordon Nash est la victime du meurtre et il était le frère de l'appelant, Adam Nash. Vers 16 h 30, le 31 octobre 2006, Gordon Nash est passé prendre leur neveu, Catlin Nash. Gordon et Catlin avaient l'intention d'aller à la chasse. En route, ils se sont arrêtés à une intersection. Adam Nash était lui aussi immobilisé à la même intersection. Adam a alors fait un « bras d'honneur » à son frère. Gordon a réagi en descendant de son véhicule et ils ont tous deux commencé à se battre. Le rapport présentiel donne à penser que la bagarre a pu être provoquée par un incident antérieur où Gordon avait dénoncé son frère Adam à la police pour conduite avec facultés affaiblies.

- [7] Au milieu de la bagarre, un troisième frère, Tommy Nash, est arrivé sur les lieux. Tommy et Adam venaient de passer une partie de la journée dans les bois. Tommy a témoigné qu'Adam avait bu mais n'a pas été précis en ce qui concerne la quantité consommée. Catlin Nash a témoigné qu'il a vu Adam Nash brandir un bâton de baseball mais que Gordon avait eu le dessus sur Adam. Tommy a témoigné qu'il a

effectivement vu un bâton de baseball sur le côté de la route mais qu'Adam était en train de perdre la bagarre étant donné qu'il avait le [TRADUCTION] « visage en sang ».

[8] Après que la bagarre a pris fin, Gordon et son neveu se sont dirigés vers le nord afin de poursuivre leur expédition de chasse. Adam et Tommy sont montés dans leurs véhicules respectifs et ont parcouru un demi-kilomètre jusqu'à la maison de ce dernier. Peu après, Adam a décidé de se lancer à la poursuite de son frère Gordon. En chemin, Adam s'est arrêté à côté d'un véhicule conduit par Dennis Doiron et a demandé à celui-ci s'il avait vu la fourgonnette blanche que conduisait Gordon. Pendant cette brève conversation, Adam tenait un fusil et il a mis une balle dans la chambre. M. Doiron a indiqué à Adam la direction qu'avait prise la fourgonnette blanche de Gordon. Un peu plus tard, pendant qu'il roulait sur un [TRADUCTION] « chemin forestier », Adam est tombé sur le véhicule de Gordon. Les deux véhicules étaient à vingt mètres l'un de l'autre et ils se faisaient face. Adam a tiré deux coups. Le premier a atteint Gordon à la mâchoire et le deuxième, à la tête. La mort en a résulté.

[9] Tout de suite après la fusillade, Adam Nash a dit à Catlin de descendre de la fourgonnette de Gordon et de monter dans la sienne, celle d'Adam. Catlin a obéi et ils sont partis ensemble. Adam a alors dit à Catlin de téléphoner à l'épouse d'Adam et de lui dire ce qui s'était passé. Catlin a obtempéré. Finalement, Adam a laissé Catlin sur une petite route de campagne. Catlin a alors téléphoné chez lui et a raconté à ses parents les circonstances du meurtre.

[10] Adam Nash s'est rendu chez lui en voiture et il a téléphoné aux policiers ainsi qu'à un ami et leur a fait part de l'homicide. Lorsque les policiers sont arrivés, Adam a refusé de se rendre et a tiré plusieurs coups de feu depuis la maison, mais pas en direction des policiers. L'impasse a persisté toute la nuit et jusqu'au lendemain. Vers 15 heures, Adam s'est rendu à la police.

[11] Le jury a déclaré Adam Nash coupable de meurtre au deuxième degré. Conformément à l'art. 745.2 du *Code criminel*, la juge du procès a demandé au jury s'il

souhaitait formuler une recommandation en ce qui concernait l'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Le jury a refusé l'invitation. Dans les motifs qui ont accompagné le prononcé de la sentence, la juge du procès mentionne le fait que l'appelant, âgé de quarante ans, avait fait une consommation massive d'alcool la veille et le jour du meurtre. La juge du procès a reconnu que l'infraction s'accompagnait nécessairement d'une [TRADUCTION] « légère préméditation » mais pas assez pour convaincre le jury qu'Adam Nash était coupable de meurtre au premier degré (« commis avec préméditation et de propos délibéré »). On nous dit aussi que dans le passé, les rapports entre les deux frères avaient été marqués par la violence physique. La juge du procès a reconnu que l'appelant s'était montré coopératif et exceptionnellement poli lorsque l'auteur du rapport présentenciel l'avait interrogé et qu'Adam avait exprimé des regrets quant aux conséquences dévastatrices que le meurtre avait eues sur sa propre famille. Par ailleurs, la juge du procès a été frappée par la dureté du comportement d'Adam à l'endroit de son neveu qui était présent lorsque les coups fatals ont été tirés. Elle a fait suivre cette observation de la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Il s'agit manifestement en l'espèce d'un cas où la période minimale de dix ans ne serait pas indiquée ».

[12] La juge du procès a ensuite dit que compte tenu du « caractère » de M. Nash, elle ne pouvait faire autrement que souligner qu'il n'exprimait aucun remords relativement au crime commis et qu'il n'avait non plus exprimé aucun regret en ce qui concerne les conséquences que l'homicide avait eues sur la famille de son frère la victime. Lorsqu'elle a examiné les commentaires favorables formulés dans le rapport présentenciel, la juge du procès a de nouveau souligné le fait que M. Nash n'avait exprimé aucun remords relativement au meurtre lorsqu'on lui avait donné la possibilité de le faire lors de l'audience sur la détermination de la peine. Par ailleurs, la juge a reconnu que M. Nash n'était nullement tenu de [TRADUCTION] « dire quoi que ce soit ». Toutefois, elle a statué que son abstention à cet égard avait été retenue contre lui au moment de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle. La juge du procès a reconnu que M. Nash n'avait pas de casier judiciaire [TRADUCTION] « substantiel » mais, compte tenu de la nature de l'infraction qu'il avait commise et de l'ensemble des

circonstances de sa perpétration, elle était convaincue que le délai préalable à la libération conditionnelle devait être supérieur à dix ans. Elle a également reconnu que selon l'arrêt *R. c. Shropshire*, il n'était pas nécessaire que le ministère public établisse l'existence de « circonstances exceptionnelles » pour justifier la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle. D'un autre côté, elle a dit : [TRADUCTION] « [E]n l'espèce, il y avait certaines circonstances exceptionnelles [...] ». Finalement, la juge du procès a conclu qu'il y avait lieu, en l'espèce, de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle au delà du délai minimal de dix ans, pour les fins de la « dissuasion », et a décidé que le délai minimal devait être fixé à vingt ans. Outre l'arrêt *R. c. Shropshire*, la juge du procès a invoqué deux décisions à l'appui de la proposition voulant que le délai de vingt ans s'inscrive dans les « limites acceptables » : *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1 (C.A.), [1991] N.S.J. No. 447 (QL) et *R. c. Walton* (1988), 92 R.N.-B. (2^e) 254 (C.A.), [1988] AN.-B. n^o 919 (QL).

[13] En somme, la juge du procès a fait passer la période d'inadmissibilité de M. Nash à la libération conditionnelle de dix à vingt ans en s'appuyant sur trois supposées circonstances aggravantes : (1) l'absence d'expression de remords relativement à l'homicide; (2) la mesure dans laquelle le meurtre a été prémédité; et (3) le peu de cas que M. Nash a fait de la sécurité de son neveu. Aucune circonstance atténuante n'est mentionnée.

III. La norme de contrôle en appel

[14] L'arrêt *R. c. Shropshire* est un arrêt-clé qui traite de la norme de contrôle applicable en appel en matière de détermination de la peine. Dans son analyse, la Cour suprême commence par reconnaître que bien que l'art. 687 du *Code criminel* dispose que les cours d'appel doivent considérer la « justesse » de la peine dont appel est interjeté, cette disposition n'est pas une invitation à effectuer un contrôle « interventionniste ». Au paragraphe 46 de ses motifs, la Cour dit d'une peine qui n'est pas indiquée qu'elle équivaut à une peine « nettement déraisonnable ». Au paragraphe 47, la Cour se reporte à des précédents qui prescrivent la déférence envers la peine infligée par le juge du procès

sauf si le juge a appliqué des principes erronés ou si la peine infligée était « nettement excessive ou inadéquate ». La Cour suprême dit ensuite que pour être considérée comme « déraisonnable », l'ordonnance relative à la détermination de la peine doit tomber en dehors des « limites acceptables ».

[15] Bien que la norme de contrôle applicable en appel lorsqu'il s'agit de décisions ressortissant à la détermination de la peine ait été examinée dans des décisions subséquentes de la Cour suprême, on trouve un rappel de l'ensemble de la jurisprudence dans la décision de notre Cour dans l'affaire *R. c. R.K.J.* (1998), 207 R.N.-B. (2^e) 24 (C.A.), [1998] A.N.-B. n^o 483 (QL), aux par. 11 à 13, le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre). Voir aussi l'arrêt *R. c. Hawkins (R.K.)* (2008), 331 R.N.-B. (2^e) 129, [2008] A.N.-B. n^o 190 (QL), 2008 NBCA 40, aux par. 7 et 8, le juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom de la majorité et aux propos duquel a souscrit le juge d'appel Bell, dissident.

[16] En résumé, notre Cour a dit que l'intervention de la cour d'appel n'est pas justifiée à moins que l'on ne puisse établir que le juge a commis une erreur de principe ou de droit. Si le juge qui détermine la peine applique les mauvais principes ou le mauvais critère, ne tient pas compte de l'ensemble des facteurs pertinents ou interprète mal la preuve, l'intervention de la cour d'appel est justifiée. Finalement, une peine est « nettement déraisonnable » si elle est excessivement longue ou excessivement courte. Cela ne se produit que si elle constitue un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables. Cette dernière tâche est visée par le principe de l'harmonisation des peines qui est prescrit à l'al. 718.2*b*).

IV. Le délai préalable à la libération conditionnelle et l'arrêt *R. c. Shropshire*

[17] Dans l'affaire *R. c. Shropshire*, le juge du procès avait porté le délai préalable à la libération conditionnelle de dix à douze ans. En appel, ce délai avait été ramené à dix ans pour le motif que sa prorogation n'était pas justifiée sauf

« circonstances exceptionnelles ». La Cour suprême a rejeté ce critère préliminaire et a confirmé la décision du juge du procès.

[18] J'ouvre une parenthèse, ici, pour souligner qu'avant que l'affaire *Shropshire* ne soit tranchée, notre Cour avait confirmé l'adoption de la norme préliminaire des « circonstances exceptionnelles » (voir *R. c. Black (J.)* (1990), 110 R.N.-B. (2^e) 208 (C.B.R.), [1990] A.N.-B. n^o 952 (QL), conf. (1991), 117 R.N.-B. (2^e) 178 (C.A.), [1991] A.N.-B. 821 (QL)). Je souligne aussi que cette norme a récemment été appliquée par la Cour du Banc de la Reine (voir la décision *R. c. Beaulieu (G.)* (2005), 284 R.N.-B. (2^e) 356 (C.B.R.), [2005] A.N.-B. n^o 416 (QL), 2005 NBBR 221). Sur ce point, cette décision ne devrait pas être suivie. Toutefois, cela ne veut pas dire que dans la décision *Beaulieu*, le juge du procès a, en définitive, commis une erreur en fixant la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Au contraire, sa décision est par ailleurs aussi approfondie qu'elle est convaincante.

[19] Dans l'arrêt *Shropshire*, la Cour suprême a fait deux observations fondamentales qui sont inévitablement citées dans toute instance portant sur l'inadmissibilité à la libération conditionnelle dans le cas du meurtre au deuxième degré. La première de ces observations se trouve au par. 27 où la Cour dit que « la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle ne serait pas 'exceptionnelle', quoiqu'il se puisse bien que, dans la plupart des cas, le délai continue d'être fixé à 10 ans ». La deuxième se trouve au par. 31 : « [L]e pouvoir de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle n'a pas à être exercé avec modération ». Cet énoncé est fait à la suite du rejet par la Cour de la notion voulant qu'il faille établir l'existence de circonstances exceptionnelles avant que le juge chargé de la détermination de la peine puisse aller au-delà du minimum prescrit par la loi. Le fait est qu'il y a « divers degrés de gravité et divers degrés de culpabilité morale » qui confèrent au juge du procès un certain pouvoir discrétionnaire qui l'autorise à aller au-delà du délai minimal.

[20] L'analyse de la Cour suprême s'attache aux trois critères énoncés à l'art. 745.4 : (1) le caractère du délinquant; (2) la nature de l'infraction et les

circonstances de sa perpétration et (3) la recommandation du jury, le cas échéant. Tout en soulignant que le cadre législatif ne mentionne ni la « réprobation » ni la « détermination de la dangerosité future », la Cour suprême explique que ces facteurs demeurent des considérations pertinentes. Elle dit que l'objectif de la détermination de la peine qu'est la réprobation est visé par le critère légal de la nature de l'infraction. De même, elle a dit que la « dangerosité future » ressortissait au facteur du « caractère du contrevenant ». La Cour suprême a expressément écarté la notion voulant que le pouvoir de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle du délinquant usurpe la fonction de la commission des libérations conditionnelles, ou empiète sur celle-ci. Par conséquent, les juges qui déterminent la peine ont le droit et l'obligation d'être préoccupés par le risque de récidive et de se demander si le délinquant constitue une menace pour la sécurité publique. Toutefois, la Cour suprême a statué que la Cour d'appel avait commis une erreur en considérant que ces critères étaient les seuls pertinents à cet égard. Elle a ensuite statué que la dissuasion est également une considération pertinente pour la même raison. La seule différence au niveau du châtement entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré réside dans la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle, ce qui indique clairement que l'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du châtement et est donc un élément important des principes de la détermination de la peine. La Cour a statué que cela étant, le juge qui détermine la peine doit se soucier de la dissuasion, qu'elle soit générale ou particulière.

[21] Il est instructif de considérer le contexte factuel qui est à l'origine de l'arrêt *R. c. Shropshire* et de voir de quelle façon la Cour suprême a appliqué son cadre analytique à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'intervention de la Cour d'appel était, dans cette affaire, injustifiée. L'exposé des faits pertinents est tiré presque textuellement du sommaire de l'arrêt. L'accusé, âgé de vingt-trois ans, avait plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré et le ministère public n'avait pas demandé que le délai préalable à la libération conditionnelle soit prorogé au-delà du minimum. L'infraction avait été commise au domicile de l'accusé, au moment où il s'apprêtait à conclure un marché concernant de la marijuana. Sans donner aucun avertissement, l'accusé avait fait feu à trois reprises sur la victime, l'atteignant à la

poitrine, au moment où ils allaient entrer dans le garage pour conclure le marché. Deux jours plus tard, l'accusé s'était rendu à la police. Il avait affirmé qu'il avait des remords pour ses actes, mais il n'avait ni voulu ni pu expliquer pourquoi il avait assassiné sa victime. Le mobile de l'homicide n'avait jamais été établi. L'accusé avait un casier judiciaire faisant état notamment de deux déclarations de culpabilité pour vol qualifié prononcées devant le tribunal pour adolescents, d'une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies et de deux autres déclarations de culpabilité relatives à des infractions en matière de stupéfiants, prononcées devant un tribunal pour adultes. D'après ces faits, le juge avait déterminé, lors du prononcé de la sentence, que l'admissibilité à la libération conditionnelle devait être différée pour une période de douze ans et ce, pour les motifs suivants : a) les circonstances de l'homicide étaient étranges, car elles n'expliquaient pas véritablement pourquoi il avait été commis, et l'accusé n'avait ni voulu ni pu expliquer ses actes, b) le meurtre avait été commis pendant la perpétration d'une autre infraction, soit un marché concernant de la drogue, et c) l'accusé avait un casier judiciaire faisant état d'infractions en matière de stupéfiants et de crimes violents. La Cour suprême a statué que l'intervention de la Cour d'appel n'était pas justifiée.

V. Les principes de la détermination de la peine – Le cadre législatif

[22] Il importe de reconnaître qu'après la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Shropshire*, le législateur fédéral a adopté de nouvelles dispositions (les art. 718, 718.1 et 718.2) régissant l'« Objectif et [les] principes » de la détermination de la peine. Je fais ici un exposé synoptique du régime législatif en vigueur.

[23] L'article 718 du *Code criminel* dit que le prononcé des peines a pour objectif essentiel de « contribuer » au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants : (1) la dénonciation; (2) la dissuasion du délinquant et du public (savoir la dissuasion spécifique et générale); (3) la séparation, au besoin, des délinquants du reste de la société; (4) la réinsertion sociale du délinquant; (5) la réparation; et (6) l'incitation à

la prise de conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité. (Le sixième objectif est pertinent en ce qui concerne la notion de « remords ».) Dans une décision subséquente, la Cour suprême a réintroduit un autre objectif de la détermination de la peine bien qu'il ne soit pas expressément mentionné dans la loi. Cet objectif est le « châtement », qu'il ne faut pas confondre avec la notion de vengeance. Le châtement exige que la peine infligée par le tribunal reflète bien « la culpabilité morale du contrevenant visé » (voir l'arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, [1996] A.C.S. n° 28 (QL)).

[24] Le principe de la proportionnalité est énoncé à l'art. 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». L'article 718.2 intègre deux autres principes. L'alinéa 718.2a) dispose que la peine doit être adaptée aux circonstances aggravantes et atténuantes et propose ensuite une liste non exhaustive de circonstances qui sont réputées être aggravantes. Aucune des circonstances énumérées ne s'applique en l'espèce. L'alinéa 718.2b) souscrit au principe de l'harmonisation des peines : « [L']harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Bien que l'art. 718.2 mentionne d'autres principes de détermination de la peine, l'alinéa d) a été jugé pertinent en ce qui concerne la question de l'admissibilité à la libération conditionnelle (voir l'arrêt *R. c. Mafi*). Cet alinéa dispose qu'avant d'envisager la privation de liberté, il faut examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient et il n'était pas en vigueur au moment où l'affaire *R. c. Shropshire* a été tranchée.

[25] L'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie intégrante du processus de détermination de la peine qui est énoncé dans deux dispositions du *Code criminel*. La première est le paragraphe 743.6(1). Il s'applique aux délinquants condamnés à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans. Ces délinquants peuvent être contraints de purger le moindre de la moitié de leur peine ou dix ans avant d'être

admissibles à la libération conditionnelle totale. Pour prendre cette décision, le juge qui détermine la peine doit être convaincu, compte tenu des circonstances de l'infraction ainsi que du caractère et des particularités du délinquant, que « la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise ou l'effet dissuasif de l'ordonnance l'exige ». Le par. 743.6(2) dispose expressément, pour plus de sûreté, que les principes suprêmes sont la réprobation de la société et l'effet dissuasif et que la réadaptation du délinquant est subordonnée à ces principes (voir, en général, l'arrêt *R. c. Cormier (D.)* (1999), 209 R.N.-B. (2^e) 289 (C.A.), [1999] A.N.-B. n^o 83 (QL)).

[26] La deuxième disposition qui traite de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle est l'art. 745. Lorsqu'il s'agit de déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, l'art. 745.4 prévaut. Il dispose que dans les cas où le délinquant est déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, le juge qui détermine la peine peut faire passer de dix à tout au plus vingt-cinq ans le délai préalable à sa libération conditionnelle. C'est l'art. 745.4 qui se situe au cœur du présent appel. Il dispose expressément qu'il faut prendre en compte les trois critères suivants aux fins de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle : (1) le caractère du délinquant; (2) la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration et (3) toute recommandation que le jury a pu formuler conformément à l'art. 745.2.

[27] À cette étape-ci, il importe de prêter attention à une distinction qui existe entre l'application de l'art. 743.6 et celle de l'art. 745.4. Comme je l'ai souligné ci-dessus, l'art. 743.6 dispose que les objectifs de la détermination de la peine que sont la réprobation de la société et l'effet dissuasif sont les principes suprêmes. L'article 745.4 est remarquablement muet sur ce point. Cette omission n'a pas échappé à la Cour suprême. Au paragraphe 30 de l'arrêt *R. c. Zinck*, [2003] 1 R.C.S. 41, [2003] A.C.S. n^o 5 (QL), 2003 CSC 6, elle a dit ceci : « Il convient de souligner que ce dernier [le législateur] n'a pas donné priorité à ces facteurs pour l'application de l'art. 745.4 ». Les facteurs dont il est question dans cette phrase sont l'effet dissuasif et la réprobation. Il est permis, en toute logique, d'inférer que ces facteurs n'ont plus une importance

« suprême » dans les instances où il y a meurtre au deuxième degré, puisque l'art. 745.4 fixe à dix ans au minimum le délai préalable à la libération conditionnelle.

[28] J'aimerais faire deux dernières observations en ce qui concerne le délai préalable à la libération conditionnelle prescrit à l'art. 745.4. Dans le cas où le délai préalable à sa libération conditionnelle est fixé à plus de quinze ans, le délinquant peut s'en remettre à ce qu'il est convenu d'appeler la disposition « du faible espoir ». Aux termes du par. 745.6(1), le délinquant a le droit de demander une révision après avoir purgé quinze ans de sa peine. Toutefois, ce paragraphe ne s'applique pas aux personnes qui ont été déclarées coupables de plus d'un meurtre (voir le par. 745.6(2)). Finalement, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Latimer*, précité, il y a toujours la prérogative royale de clémence mentionnée à l'art. 749 du *Code criminel*.

VI. Les remords et le délai préalable à la libération conditionnelle

[29] Avant d'examiner la question des remords en tant que concept juridique dans le contexte de la détermination de la peine, je veux mettre en lumière un aspect factuel litigieux de la présente affaire. Il est certainement vrai que M. Nash a choisi de garder le silence après que la juge du procès l'eut invité à parler à l'audience sur la détermination de la peine. Il ne faut pas toutefois en déduire qu'il n'a exprimé aucun regret en ce qui concerne l'homicide commis. Le rapport présentiel contient un passage qui, peut-on penser, est incompatible avec la conclusion selon laquelle M. Nash n'était pas disposé à exprimer des regrets relativement au meurtre et à ses conséquences sur la famille de la victime. Ce passage sera examiné plus loin lorsqu'il sera question du « caractère » de M. Nash. Pour l'instant, j'entends me concentrer sur les aspects substantiels des règles de droit relatives aux remords.

[30] Personne n'ergote jamais sur la prémisse qui veut que l'expression de remords sincères de la part du délinquant constitue une circonstance atténuante au moment de fixer la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle (voir la décision *R. c. Black*, précitée). Par ailleurs, si l'on parcourt la jurisprudence des deux

dernières décennies en matière de détermination de la peine, il n'est pas difficile d'en dégager une phrase ou deux qui disent tout simplement que l'omission du délinquant d'exprimer des remords relativement à la faute qu'il a commise doit être retenue contre celui-ci (voir l'arrêt *R. c. Walton*, précité). Ces déclarations à l'emporte-pièce ne sont, fatalement, pas appuyées par l'analyse juridique ni par la jurisprudence et elles ne peuvent donc être considérées comme faisant autorité ni comme convaincantes. D'ailleurs, la jurisprudence récente de notre Cour contient un exposé exact du droit : l'omission d'exprimer des remords ne constitue pas une circonstance aggravante; l'expression de remords est un facteur atténuant : *R. c. Cormier*. En règle générale, cet énoncé est valable, mais on peut le peaufiner pour rendre le droit encore plus certain.

[31] Il importe de faire la distinction entre les instances où le délinquant a plaidé coupable et celles où il est déclaré coupable d'une infraction. Le droit est clair pour ce qui concerne les instances relevant de cette dernière catégorie. L'absence d'expression de remords à la suite d'une déclaration de culpabilité n'est pas une circonstance aggravante. L'expression de remords sincères est un facteur atténuant. La décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Cormier* confirme cette interprétation du droit. Les règles de droit en vigueur dans d'autres provinces ne sont pas différentes (voir les arrêts *R. c. Valentini* (1999), 43 O.R. (3d) 178 (C.A.), [1999] O.J. No. 251 (QL), *R. c. Caulfield*, [1999] B.C.J. No. 935 (QL), 1999 BCCA 190, *R. c. Muhammad* (2004), 187 C.C.C. (3d) 14, [2004] B.C.J. No. 1561 (QL), 2004 BCCA 396, au par. 9, *R. c. Ambrose (B.A.)* (2000), 261 A.R. 345, [2000] A.J. No. 472 (QL), 2000 ABCA 125, *R. c. Clarke (T.W.)* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 309, [2001] N.J. No. 190 (QL), 2001 NFCA 35 et *R. c. Upson (D.M.)* (2001), 194 N.S.R. (2d) 87, [2001] N.S.J. No. 189 (QL), 2001 NSCA 89).

[32] Il est à remarquer, incidemment, qu'une mauvaise application des règles susmentionnées ne signifie pas que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. Il peut arriver, parfois, qu'il fasse une déclaration à l'emporte-pièce portant tout simplement, par exemple, que l'omission d'exprimer des remords à la suite d'une déclaration de culpabilité constitue une circonstance aggravante.

Toutefois, il est possible que cette erreur ne soit pas fatale lorsqu'on la mesure à l'aune des nombreux facteurs qu'il faut prendre en considération avant de fixer la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Plus souvent qu'autrement, d'autres facteurs sont considérés comme davantage impératifs lorsqu'il s'agit de fixer la durée de cette période et il est donc tout simplement inutile que notre Cour effectue une révision *de novo*. C'est ce que notre Cour a statué dans l'arrêt *R. c. C.B.H.*, [2008] A.N.-B. n° 389 (QL), 2008 NBCA 76.

[33] La raison de principe qui sous-tend l'acceptation de la proposition voulant que l'omission d'exprimer des remords après une déclaration de culpabilité ne doit pas être considérée comme une circonstance aggravante est à la fois simple et convaincante. Il est fort possible que le refus ou l'omission de manifester du remords découle de la persistance du délinquant à clamer son innocence malgré un verdict de culpabilité prononcé à l'issue d'un procès. Dans ces circonstances, le fait de considérer l'absence de remords comme un facteur aggravant s'apparente dangereusement au fait d'augmenter la peine parce que le délinquant a exercé son droit de garder le silence et de présenter une défense pleine et entière (voir l'arrêt *R. c. Valentini*). Le fait que le délinquant choisisse de ne pas interjeter appel de sa déclaration de culpabilité ne modifie en rien ces vérités puisque la décision d'interjeter appel est prise après que le délinquant a reçu sa sentence et après que la possibilité d'exprimer des remords a disparu. Toutefois, cela nous amène à nous demander si des exceptions sont possibles à la règle qui interdit de considérer l'omission d'exprimer des remords comme une circonstance aggravante à la suite d'une déclaration de culpabilité.

[34] La Cour d'appel de l'Ontario a entrouvert la porte à certaines exceptions. Dans des [TRADUCTION] « circonstances tout à fait exceptionnelles », l'absence de remords peut être considérée comme une circonstance aggravante et la Cour donne comme exemple une instance dans laquelle l'attitude du délinquant envers le crime traduit une probabilité substantielle de dangerosité future : *R. c. Valentini*, au par. 82. Si j'attire l'attention sur cette exception au principe général, c'est qu'en l'espèce, le ministère public invoque cette exception aux fins de compenser le fait que la juge du

procès s'est appuyée sur l'omission de l'appelant de manifester du remords pour prolonger la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. J'examinerai l'argument du ministère public plus loin dans les présents motifs. Pour l'instant, je me concentre sur la reconnaissance de certaines exceptions à la proposition voulant que l'omission d'exprimer des remords à la suite d'une déclaration de culpabilité ne doive pas être considérée comme une circonstance aggravante.

[35] Malgré le fait qu'un délinquant soit déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et continue de clamer son innocence, il peut arriver que le juge du procès considère l'omission d'exprimer des remords comme une circonstance aggravante. Cela pourrait fort bien être une considération pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer si le délinquant constitue toujours une menace pour la sécurité publique (la « dangerosité future ») comme le veut l'al. 718c) du *Code criminel*. Cela est particulièrement vrai dans le cas des délinquants qui reconnaissent avoir commis l'*actus reus* d'une infraction mais qui persistent dans la croyance erronée qu'ils n'ont commis aucune transgression du droit (par exemple, le pédophile impénitent et convaincu). Il peut y avoir des cas où, malgré le fait que le délinquant continue à protester de son innocence, la question de sa culpabilité ne se pose pas et le juge du procès est préoccupé par la possibilité d'une récidive compte tenu des antécédents judiciaires du délinquant. Dans ce cas, l'omission de manifester du remords pourrait confirmer l'opinion voulant que le délinquant constitue une menace pour la sécurité publique et, même, que les possibilités de réadaptation puissent être bien minces. En somme, il peut y avoir des cas où l'omission d'exprimer des remords est tenue pour être une considération pertinente malgré le fait que le délinquant a plaidé non coupable.

[36] À strictement parler, nous n'avons pas à examiner la question de savoir si l'omission du délinquant d'exprimer des remords à la suite d'un plaidoyer de culpabilité doit être considérée comme un facteur d'aggravation lorsqu'il s'agit de fixer la durée de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. J'examine néanmoins cette question pour deux raisons. En premier lieu, il importe de ne pas confondre les instances se rapportant à des personnes qui sont déclarées coupables à l'issue d'un procès avec

celles où le délinquant reçoit sa sentence après avoir plaidé coupable. J'estime qu'il existe une différence importante entre les deux. Les considérations de principe qui sous-tendent une de ces catégories ne s'appliquent pas dans l'autre contexte. En second lieu, l'expérience nous enseigne qu'il pourrait s'écouler beaucoup de temps avant que cette question « restreinte » se fasse jour de nouveau devant notre Cour.

[37] Pour en revenir aux instances où le délinquant a inscrit un plaidoyer de culpabilité, qui a été accepté, nous devons décider s'il y a lieu de considérer l'omission d'exprimer des remords comme une circonstance aggravante. La question est valable parce la raison de principe qui sous-tend la proposition qui s'applique dans les cas où le délinquant a plaidé coupable perd sa force de persuasion. Le droit continu qu'avait le délinquant de garder le silence du fait de la présomption d'innocence s'est évanoui. En ce qui concerne la jurisprudence, on trouve, dans l'arrêt *R. c. E.S.* (1997), 191 R.N.-B. (2^e) 3 (C.A.), [1997] A.N.-B. n° 316 (QL), un énoncé fait en passant dans lequel notre Cour dit que l'absence d'expression de remords n'est pas une circonstance aggravante. Toutefois, elle n'y aborde pas la question à la lumière des principes ou de la jurisprudence applicables. De plus, il n'est pas fait mention de l'al. 718f), qui est le fruit d'une modification apportée au *Code criminel* en 1995 et qui dispose que le prononcé des peines a notamment pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions visant, entre autres, l'objectif suivant : « [S]usciter la conscience de leur responsabilité chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité ». Si une personne plaide coupable relativement à une infraction, est-ce qu'on ne s'attend pas à ce que cette personne exprime des remords relativement au crime et à ce que la loi sanctionne cette absence d'expression de remords dans le but de susciter la conscience de ses responsabilités chez le délinquant?

[38] Le délinquant devrait-il pouvoir invoquer le droit de garder le silence pour ce qui concerne la détermination de la peine et plus précisément de la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle? Bien qu'il ne soit pas directement pertinent, l'arrêt *R. c. Shropshire* appuie l'opinion qui veut que les personnes qui plaident

coupables et continuent de garder le silence le font au risque de voir leur silence considéré comme une circonstance aggravante. Dans cette affaire, le délinquant avait plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré et avait exprimé des remords mais n'avait pas expliqué les circonstances de ce qui semblait avoir été un « homicide [...] insensé ». Le juge du procès était allé jusqu'à inviter l'accusé à dire pourquoi il pouvait avoir commis l'infraction en cause, sans toutefois obtenir une réponse. Le juge du procès avait considéré le silence comme une circonstance aggravante et la Cour suprême a souscrit à sa décision à cet égard. Au paragraphe 39, la Cour a fait remarquer que « le droit au silence, qui est entièrement applicable aux étapes de l'enquête et des poursuites en matière criminelle, perd de son importance à l'étape qui suit la déclaration de culpabilité, quand il s'agit de déterminer la peine ».

[39] La question de savoir s'il y a lieu de considérer l'absence d'expression de remords après un plaidoyer de culpabilité comme une circonstance aggravante est davantage compliquée par la réalité qui veut que, dans certains cas, il puisse y avoir une explication rationnelle à l'incapacité du délinquant de manifester du remords relativement à un crime qu'il a admis. Il peut y avoir des situations où il serait hypocrite de la part du délinquant d'exprimer des remords une fois que les circonstances ayant mené au meurtre sont connues. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les instances où il s'agit de « crimes passionnels ». Un conjoint ou un amant délaissé peut tout simplement ne pas vouloir exprimer un regret immédiat relativement à sa faute ou en être incapable. Mieux encore, prenons l'exemple d'une conjointe ou d'un conjoint qui, pendant des décennies, a subi des violences physiques et psychologiques aux mains de son conjoint ou de sa conjointe. La relation prend subitement fin avec le meurtre de l'auteur ou de l'auteure des violences et avec la condamnation de la victime des violences pour meurtre au deuxième degré. Dans ces circonstances, on pourrait faire valoir, d'une façon plausible, que les règles de droit n'encouragent pas les délinquants à feindre le remords dans l'unique but de s'assurer que la date de leur admissibilité à la libération conditionnelle ne sera pas repoussée. Par ailleurs, il y a des cas où le délinquant se reconnaît coupable de crimes odieux commis contre des victimes innocentes (des enfants, par exemple) et où l'absence d'expression de remords dénigre le caractère du délinquant en le dépeignant comme un

récidiviste possible qui est incapable d'assumer la responsabilité de sa faute. Dans ce cas, on ne peut s'empêcher de se demander pourquoi l'absence d'expression de remords ne devrait pas être considérée comme une circonstance aggravante. En l'absence d'une explication évidente ou plausible justifiant la persistance du délinquant à garder le silence lorsqu'il s'agit d'exprimer des remords sincères, le délinquant court le risque de voir son silence considéré comme une circonstance aggravante.

[40] En résumé, les règles de droits régissant le remords peuvent se réduire aux propositions générales suivantes. L'omission d'exprimer des remords à la suite d'une déclaration de culpabilité n'est pas une circonstance aggravante sauf si l'instance relève de l'exception restreinte mentionnée dans la jurisprudence. L'omission du délinquant d'exprimer des remords à la suite d'un plaidoyer de culpabilité sera considérée comme un facteur d'aggravation à moins qu'il n'existe une explication rationnelle justifiant cette omission. Plus souvent qu'autrement, l'explication sera évidente. L'expression de remords sincères est toujours considérée comme un facteur atténuant.

[41] Pour en revenir aux faits qui nous occupent, nous savons que l'absence d'expression de remords à la suite d'une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré ne constitue pas une circonstance aggravante sauf si l'instance s'inscrit dans la catégorie des cas exceptionnels. Le ministère public reconnaît l'applicabilité de la règle générale, mais cherche à invoquer l'exception en prétendant que l'absence d'expression de remords peut être prise en compte dans le cadre du critère ressortissant au « caractère ». Il m'est impossible de souscrire à cet argument pour deux raisons. Premièrement, la juge du procès n'a pas abordé la détermination de la peine de cette manière. Elle a effectivement considéré [TRADUCTION] « l'absence de remords » comme une circonstance aggravante. Ce facteur et la circonstance aggravante consistant dans le fait que l'homicide a été commis en présence du neveu de M. Nash ont, ensemble, été suffisants pour amener la juge du procès à faire passer de dix à vingt ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Deuxièmement, les faits de la présente instance ne justifient pas l'application de l'exception à la règle générale qui a été énoncée dans l'arrêt *R. c. Valentini* et examinée ci-dessus.

[42] En résumé, la juge du procès a commis une erreur en considérant l'omission de l'appelant d'exprimer des remords comme une circonstance aggravante. De plus, cette erreur ne peut être réparée par la prise en compte des facteurs d'aggravation restants et des facteurs atténuants. La juge du procès a effectivement statué que l'absence de remords était un facteur primordial. Notre Cour doit donc fixer le délai préalable à la libération conditionnelle conformément aux principes juridiques pertinents et aux critères fixés par la loi.

VII. Le cadre analytique – Les circonstances atténuantes et les circonstances aggravantes

[43] Il vaut la peine de répéter les principes législatifs qui régissent la détermination de la peine avant d'examiner ce qui, dans la jurisprudence, est habituellement considéré comme des circonstances atténuantes et des circonstances aggravantes. L'article 718 du *Code criminel* dispose que le prononcé des peines a pour objectif essentiel de favoriser le respect de la loi et le maintien d'une société juste par l'infliction de sanctions qui visent les objectifs suivants : (1) la dénonciation; (2) la dissuasion (spécifique et générale); (3) la séparation, au besoin, des délinquants du reste de la société; (4) la réinsertion sociale du délinquant; (5) la réparation; et (6) la reconnaissance de la faute. Par-dessus tout, la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité et doit donc tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes. Sans préjudice du caractère général de ces circonstances, le *Code* va jusqu'à mentionner certaines circonstances qui sont réputées être des facteurs d'aggravation (dont aucune n'est applicable en l'espèce). Pour ce qui concerne la question du délai préalable à la libération conditionnelle dans le contexte du meurtre au deuxième degré, le *Code* énonce trois critères précis : (1) le caractère du délinquant; (2) la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration et (3) la recommandation du jury, le cas échéant.

[44] Si l'on ne tient pas compte, pour l'instant, des critères énoncés à l'art. 745.4 du *Code criminel*, il est évident que la tâche qui consiste à fixer la période minimale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle exige que l'on prenne en compte

la presque totalité des facteurs qui sont examinés dans le cadre du processus habituel de détermination de la peine. Il existe, toutefois, une différence subtile. Lorsqu'il s'agit du délai préalable à la libération conditionnelle, la réprobation (ou la dénonciation) et la dissuasion ne peuvent être considérées comme des facteurs primordiaux. Dans un autre ressort, un tribunal a exprimé l'opinion que la tâche qui consiste à déterminer la peine est devenue un [TRADUCTION] « exercice très compliqué » et que la principale difficulté tient à l'obligation [TRADUCTION] « d'accorder autant d'importance à autant de facteurs » (voir l'arrêt *R. c. Mafi*, aux par. 45 et 46). Bien que l'analyse qui suit puisse effectivement étayer ces perceptions, l'identification des circonstances aggravantes et des circonstances atténuantes demeure obligatoire.

[45] Il serait peu judicieux de dresser une liste de facteurs atténuants et de facteurs d'aggravation et ensuite de déclarer cette liste « exhaustive ». Je me propose plutôt de ne faire état que de ceux qui sont invariablement examinés dans la jurisprudence. Pour faciliter l'analyse, j'ai essayé de regrouper les facteurs en fonction de leur pertinence relativement à chacun des trois critères mentionnés à l'art. 745.4.

[46] Pour ce qui concerne le « caractère » du délinquant, sont pris en considération les antécédents du délinquant, son âge et son état mental au moment du meurtre selon ce qu'établit la preuve médicale, psychologique ou psychiatrique. L'âge est une considération pertinente et on nous dit que la possibilité d'une récidive de la part du délinquant doit être examinée lorsqu'il est question du « caractère du délinquant ». Il se peut qu'un délinquant adolescent présente les caractéristiques d'une personne susceptible de réinsertion sociale. Il se peut qu'un délinquant âgé ne présente pas un risque de récidive ou n'ait pas besoin de mesures de réinsertion sociale. Ainsi, dans certains cas, l'« âge » peut être considéré comme un facteur atténuant lorsque ajouté à d'autres circonstances factuelles. Le casier judiciaire du délinquant est examiné avec un soin méticuleux. En ce qui concerne les personnes ayant des antécédents judiciaires, le juge chargé de déterminer la peine examinera les antécédents carcéraux du délinquant, la durée de l'incarcération et le nombre des déclarations de culpabilité ainsi que la gravité des infractions en cause. La constante qui se dégage de la jurisprudence est que des

déclarations de culpabilité antérieures pour des infractions graves avec violence seront considérées comme une circonstance aggravante. Le juge qui détermine la peine se préoccupe non seulement des objectifs que sont la réprobation et la dissuasion mais aussi de savoir si le délinquant présente une probabilité de « dangerosité future » comme l'envisage l'al. 718c) du *Code criminel*. Cela explique pourquoi un rapport présenticiel « positif » sera considéré d'un œil favorable alors qu'un rapport « négatif » pourra constituer un des motifs qui viendront renforcer la nécessité de prolonger le délai préalable à la libération conditionnelle.

[47] Les remords comme facteur atténuant ou facteur d'aggravation ont été examinés ci-dessus. En résumé, l'expression de remords sincères est toujours considérée comme un facteur atténuant. Dans les cas où le délinquant a plaidé non coupable mais a été déclaré coupable, la règle générale veut que l'absence d'expression de remords ne soit pas une circonstance aggravante. Dans les cas où le délinquant n'exprime aucun remords après avoir inscrit un plaidoyer de culpabilité, cette absence d'expression de remords peut ou non être considérée comme une circonstance aggravante. Un plaidoyer de culpabilité inscrit en temps utile est également tenu pour être un facteur atténuant puisque des ressources judiciaires et publiques limitées sont ainsi conservées. De plus, le délinquant qui exprime des remords montre clairement au juge du procès ou au juge chargé de la détermination de la peine qu'il reconnaît le tort qu'il a causé, ce qui est un des objectifs du prononcé des peines qui est énoncé à l'al. 718f) du *Code criminel*. Le délinquant qui a coopéré avec les autorités chargées de l'enquête peut lui aussi invoquer cette réalité comme facteur atténuant.

[48] Pour ce qui concerne le deuxième critère énoncé à l'art. 745.4 du *Code criminel* (la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration), le juge chargé de déterminer la peine examine un ensemble de facteurs. Habituellement, peu de choses sont dites à propos de la nature de l'infraction puisqu'il s'agit toujours d'un meurtre au deuxième degré. Les commentaires du juge d'appel Lambert, au par. 30 de l'arrêt *R. c. Paterson* (2001), 151 C.C.C. (3d) 1, [2001] B.C.J. No. 26 (QL), 2001 BCCA 11 sont fort justes : [TRADUCTION] « La vérité, c'est que presque tous les meurtres au deuxième

degré sont brutaux et crapuleux ». Par contre, les événements dont s'accompagnent certains homicides semblent, à première vue, plus atroces que d'autres. À une extrémité du spectre, il y a les crimes passionnels dans lesquels la mort est subite : la balle ou le coup à la tête. D'autres meurtres s'accompagnent d'une brutalité abjecte ou sadique, y compris la torture. La loi dit qu'il y a une différence entre ces deux scénarios factuels. Les juges des procès et les juges qui déterminent la peine ont considéré la brutalité abjecte comme une circonstance aggravante. Toutefois, une brutalité de cet ordre n'est pas une condition nécessaire de la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle (voir l'arrêt *R. c. Shropshire* où l'on cite l'arrêt *R. c. Doyle*).

[49] En ce qui concerne, maintenant, les circonstances de la perpétration de l'infraction, la jurisprudence révèle que le degré de planification ou de préméditation dont s'est accompagné le meurtre est généralement considéré un facteur pertinent. Il y a un continuum entre le meurtre au premier degré et l'homicide involontaire coupable lorsqu'il s'agit de la mesure dans laquelle le meurtre était le fruit d'une décision éclairée de donner la mort à quelqu'un. Plus l'homicide a été planifié ou prémédité, plus il est probable que cette circonstance sera considérée comme un facteur d'aggravation, facteur qui, toutefois, pourra être atténué par d'autres facteurs. L'homicide à forfait se situe à une extrémité du spectre et est expressément mentionné dans le *Code criminel* (par. 231(3)). Par ailleurs, l'unique coup de poing donné lors d'une bagarre dans un bar se situe à l'autre extrémité du spectre. Plus l'homicide est « spontané » ou « impulsif », plus il est probable que ce facteur militera en faveur du délinquant. Pour être franc, j'estime réellement difficile l'application de ce facteur. Nous savons depuis l'arrêt *R. c. Shropshire* que le délai préalable à la libération conditionnelle ne peut être prorogé pour la simple raison que les faits auraient pu étayer une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Bien entendu, le ministère public ne serait pas fondé à solliciter une prorogation en ce qui concerne l'inadmissibilité à la libération conditionnelle afin de compenser le refus du jury de déclarer le délinquant coupable de meurtre au premier degré. Le fait est que si le jury n'est pas disposé à déclarer le délinquant coupable de meurtre au premier degré ou d'homicide involontaire coupable, l'homicide se situe, par défaut, quelque part entre les deux pour ce qui concerne la notion

de préméditation. Par conséquent, le bon sens commande de ne pas revenir sur cette question. Dans certains cas, il est peut-être possible de justifier une exception et alors le ministère public conserve la charge de démontrer de façon convaincante qu'il s'agit de circonstances exceptionnelles. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[50] Si le meurtre a été commis pendant la perpétration d'un autre crime, tout particulièrement un crime accompagné de violence, le juge qui détermine la peine retiendra inmanquablement cette réalité comme circonstance aggravante. Par ailleurs, si le meurtre est imputable à la drogue ou à l'alcool, cette circonstance peut être considérée comme un facteur atténuant. La raison qui a poussé le délinquant à commettre le meurtre sera examinée. S'il n'existe aucune explication quant à ce qui a pu amener le délinquant à commettre le meurtre, le juge du procès peut tirer la conclusion selon laquelle cette absence d'explication constitue une circonstance aggravante comme ce fut le cas dans l'affaire *R. c. Shropshire*. Un meurtre « insensé » commis par hasard et sans provocation est toujours un motif de préoccupation pour le juge chargé de la détermination de la peine (voir l'arrêt *R. c. Mafi*, précité). Il est peu probable que le meurtre qui est le produit d'années de violence subie aux mains de la victime sera traité de la même manière que le meurtre au hasard d'un étranger.

[51] Les facteurs atténuants et les facteurs d'aggravation doivent tous être appréciés conjointement avec la recommandation que le jury a faite conformément à l'art. 745.2 du *Code criminel* (voir l'arrêt *R. c. Hanscom (D.A.)* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 29 (C.A.), [1996] A.N.-B. n^o 37 (QL)). La jurisprudence dit que l'absence de recommandation de la part du jury ne saurait être considérée comme une recommandation selon laquelle le jury est satisfait du délai minimal de dix ans : *R. c. Cerra* (2004), 192 C.C.C. (3d) 78, [2004] B.C.J. No. 2453 (QL), 2004 BCCA 594. Quoiqu'il en soit, il est bien établi en droit que le juge chargé de la détermination de la peine n'est pas lié par la recommandation du jury. Le juge du procès a le pouvoir de prolonger le délai préalable à la libération conditionnelle même si le jury refuse de faire une recommandation ou recommande que le délai minimal soit fixé. Bref, le juge du procès peut également rejeter la recommandation du jury soit en raccourcissant soit en

prolongeant la période d'inadmissibilité recommandée après avoir tenu compte du cadre analytique énoncé dans le *Code criminel* et la jurisprudence.

[52] Je souligne, encore une fois, que les facteurs examinés ci-dessus ne sont pas exhaustifs. Ainsi, il ne faut pas oublier les conséquences que l'homicide a eues sur la famille et les amis de la victime. Plus souvent qu'autrement, ce facteur est subsumé sous les objectifs de la détermination de la peine que sont la réprobation et le châtement. Toutefois, les juges qui déterminent la peine devraient à tout le moins motiver leurs décisions concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle et accompagner ces motifs d'un examen des facteurs dont j'ai fait état ci-dessus. Cela s'applique dans la mesure où l'un ou l'autre de ces facteurs est pertinent dans l'affaire dont le juge est saisi. Enfin, je ne veux pas donner l'impression qu'il faut accorder une plus grande importance à un facteur qu'à un autre ou qu'une circonstance aggravante ne peut être compensée par un ou plusieurs facteurs atténuants. Le juge du procès doit, en tout temps, être conscient des objectifs législatifs qui sous-tendent l'infliction d'une peine comportant une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

VIII. Le principe de l'harmonisation des peines

[53] Bien que la Cour suprême reconnaisse le caractère hautement subjectif du processus de détermination de la peine et le rôle fondamental du juge du procès, l'al. 718.2b) du *Code criminel* dispose ensuite que la peine doit, en dernière analyse, respecter le principe de l'harmonisation des peines : la peine infligée doit être semblable à celles infligées à des délinquants semblables pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables, ce qu'il est convenu d'appeler les « limites acceptables » (voir l'arrêt *R. c. W. (G)*, [1999] 3 R.C.S. 597, [1999] A.C.S. n° 37 (QL), la Cour ayant souscrit à l'arrêt *R. c. Muise (D.R.)* (No. 4) (1994), 135 N.S.R. (2d) 81 (C.A.), [1994] N.S.J. No. 487 (QL)).

[54] Le rôle d'une cour d'appel consiste à s'assurer que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe et que la peine infligée n'est pas une peine qui n'est

« manifestement pas indiquée ». Elle doit notamment s'assurer que le principe de l'harmonisation des peines est respecté et d'ailleurs, c'est à la Cour d'appel qu'incombe, au bout du compte, la responsabilité de décider ce qui constitue des « limites acceptables ». La seule constante qui existe aux fins de l'application de l'art. 745.4 est que les délinquants sont tous coupables de la même infraction : le « meurtre au deuxième degré ». Il reste donc à examiner la tâche qui consiste à repérer les instances dans lesquelles les délinquants ont des profils semblables et où les meurtres s'accompagnent de circonstances semblables. À certains moments, il pourrait être utile aux juges des procès et aux juges chargés de la détermination de la peine d'isoler les instances qui présentent de grandes similitudes sur le plan des faits essentiels. À titre d'exemple, les instances dans lesquelles la condamnation pour meurtre résulte du décès de l'épouse ou de la conjointe du délinquant sont, malheureusement, trop nombreuses. La même chose est vraie en ce qui concerne les parents ou les tuteurs déclarés coupables d'avoir assassiné leur enfant. Bien que l'affaire qui nous occupe ici ne relève pas parfaitement de l'une ou l'autre catégories, mon examen portera principalement, au début, sur quelques instances où il y a eu meurtre d'un enfant. Non seulement ces instances sont instructives, mais elles viennent étayer une hypothèse générale : plus souvent qu'autrement, les juges des procès et les juges qui déterminent la peine utilisent trois périodes de référence lorsqu'ils fixent le délai préalable à la libération conditionnelle : (1) dix à quinze ans; (2) quinze à vingt ans; et (3) vingt à vingt-cinq ans. Dans la pratique, la troisième période est réservée aux « pires délinquants » dans les « pires cas ». La première est réservée aux délinquants qui présentent de bonnes possibilités de réinsertion sociale dans le cas où on n'accomplirait pas grand-chose en prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle si ce n'est contribuer à la réalisation des objectifs de la détermination de la peine que sont la réprobation et le châtement. La deuxième période de référence est réservée à ceux qui occupent un espace intermédiaire entre la première et la troisième. Il est évident que ces périodes de référence ne sont pas coulées dans le bronze et constituent un simple point de départ à l'analyse.

[55] Il existe trois décisions relatives au meurtre d'un enfant qui appuient l'idée voulant que dans la pratique, la limite ou l'échelle « supérieure » de la période

d'inadmissibilité à la libération conditionnelle soit réservée à ce que j'appelle, avec circonspection, les « pires délinquants » dans les « pires cas » (voir le paragraphe 3 ci-dessus ainsi que les ss-al. 718.2a)(ii.1) et (iii)). Dans l'affaire *R. c. Olsen (L.) and Podniewicz (M.)* (1999), 116 O.A.C. 357, [1999] O.J. No. 218 (QL), le délinquant avait été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa fille, âgée de six mois, après avoir violemment secoué l'enfant à mort. Le délai préalable à la libération conditionnelle avait été fixé à vingt-cinq ans. La mère de l'enfant avait elle aussi été déclarée coupable du même meurtre mais dans son cas, le délai préalable à la libération conditionnelle avait été fixé à quinze ans. La différence entre les deux peines était imputable au fait que six ans auparavant, le délinquant avait été déclaré coupable d'avoir commis sur la personne de son fils des voies de fait graves qui avaient causé à celui-ci de graves lésions cérébrales et l'avaient laissé paralysé, aveugle et sourd. Deux autres instances où il y a eu meurtre au deuxième degré d'un enfant sont instructives. Dans l'affaire *R. c. Dewald* (2001), 54 O.R. (3d) 1 (C.A.), [2001] O.J. No. 1716 (QL), le juge du procès avait conclu que la véritable raison pour laquelle le père avait noyé ses deux enfants était qu'il voulait supprimer un obstacle à la poursuite d'une relation permanente avec son amie de cœur qui n'était pas intéressée à élever des enfants. Le juge du procès avait fixé la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle à vingt-trois ans. En appel, cette période avait été ramenée à dix-sept ans surtout parce que le père n'avait pas d'antécédents judiciaires, que les possibilités de réinsertion sociale étaient bonnes, que le délinquant était profondément déprimé au moment où il avait commis les meurtres et qu'il éprouvait des remords. Une autre des instances où il y a eu déclaration de culpabilité pour le meurtre au deuxième degré d'un enfant est l'affaire *R. c. Latimer* (CSC). Les faits de cette affaire sont bien connus. M. Latimer avait déposé sa fille lourdement handicapée sur le siège avant de sa camionnette pendant que le moteur était en marche et que les fumées d'échappement étaient dirigées vers le siège avant. Elle était décédée d'intoxication par l'oxyde de carbone. La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a finalement été fixée à dix ans.

[56] Il y d'autres précédents qui viennent étayer la prémisse selon laquelle, traditionnellement, l'échelle supérieure a été réservée aux « pires délinquants dans les

pires cas ». Il s'agit des délinquants qui commettent des meurtres brutaux et qui ont un casier judiciaire comportant des crimes commis avec brutalité ou avec violence. Habituellement, les instances dans lesquelles la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a une durée de vingt à vingt-cinq ans concernent des délinquants qui ont des casiers judiciaires comportant de la violence et qui sont donc considérés constituer une menace pour la sécurité publique. Il n'est pas difficile d'en trouver des exemples.

[57] Dans l'affaire *R. c. Cousins (J.D.)* (2004), 234 Nfld. & P.E.I.R. 195, [2004] N.J. No. 75, 2004 NLCA 14, le délinquant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La victime était, comme lui, pensionnaire d'une maison de chambres. Il n'y avait aucun mobile apparent expliquant l'homicide. La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à vingt-cinq ans dans les circonstances, le délinquant ayant tué un autre pensionnaire quatre ans plus tôt. Chose curieuse, le délinquant avait été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré avant de subir son procès relativement au premier meurtre et d'en être déclaré coupable. Par conséquent, l'al. 745b) du *Code criminel* ne s'appliquait pas (la personne condamnée pour meurtre au deuxième degré ne peut bénéficier de la libération conditionnelle avant vingt-cinq ans si cette personne a déjà été condamnée pour meurtre). Dans l'affaire *R. c. Cerra*, la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle avait été fixée à vingt ans après qu'une jeune femme eut été brutalement battue et, finalement, noyée. Le décès était survenu au bout d'une longue période et avait découlé d'une querelle insignifiante concernant de la drogue (40 \$). Le délinquant avait de légers antécédents judiciaires à l'égard desquels il avait été réhabilité et la preuve n'indiquait aucune probabilité de dangerosité future ni une faible possibilité de réinsertion sociale. Dans l'affaire *R. c. Strongman (K.) et al.* (2007), 425 A.R. 200, [2007] A.J. No. 1377 (QL), 2007 ABCA 413, le délinquant, Crane, était une des trois personnes jugées pour vol qualifié, séquestration et meurtre au premier degré d'un chauffeur de taxi. Le délinquant, âgé de vingt-neuf ans, a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à vingt-deux ans. Le délinquant avait déjà fait l'objet de quarante-sept déclarations de culpabilité antérieures dont dix pour voies de fait.

[58] Dans l'affaire *R. c. Hammond*, [2000] B.C.J. No. 1476 (QL), 2000 BCCA 428, le délinquant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré après avoir tiré deux coups de fusil au visage de la victime. Le mobile du meurtre était qu'il voulait avoir accès aux biens de la victime. Le délinquant était âgé de trente-cinq ans et avait déjà été déclaré coupable d'homicide volontaire en Californie, infraction pour laquelle on lui avait infligé une peine considérable. La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à vingt ans. Dans l'affaire *R. c. Mafi*, le délinquant avait été déclaré coupable relativement à deux accusations de meurtre au deuxième degré après avoir tué deux compagnons de travail sans raison apparente. Le juge du procès avait accepté la recommandation du jury voulant que la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle fût fixée à vingt ans. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ramené cette période à quinze ans compte tenu de la jurisprudence de la Colombie-Britannique et d'ailleurs en matière de « limites acceptables ». La Cour a souligné que le délinquant, âgé de trente-six ans, n'avait pas d'antécédent judiciaire et n'avait pas d'antécédent de violence. Dans l'affaire *R. c. Cruz* (1998), 124 C.C.C. (3d) 157 (C.A.), [1998] B.C.J. No. 811 (QL), le délinquant avait tiré quatre balles dans la tête de la victime et incinéré son corps après l'avoir rencontrée pour la première fois dans un bar. Bien que le délinquant n'eût pas d'antécédent judiciaire, le juge du procès en était venu à la conclusion qu'il constituait un danger pour la société. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la décision du juge du procès de prolonger à dix-huit ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

[59] Envisagées collectivement, les instances susmentionnées appuient les observations générales suivantes. Les délinquants qui n'ont pas de casier judiciaire antérieur comportant des actes criminels accompagnés de violence sont moins susceptibles de voir la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle prorogée au-delà de l'échelle de dix à quinze ans. Les délinquants qui ont un casier judiciaire comportant de la violence ou un autre genre de conduite criminelle grave sont davantage susceptibles de voir la période d'inadmissibilité prolongée jusqu'à une durée d'environ quinze à vingt ans. Dans les cas de brutalité extrême ou de meurtres multiples commis par des délinquants ayant un passé violent, la période d'inadmissibilité peut excéder vingt

ans. Néanmoins, il faut malgré tout tenir compte d'autres considérations comme l'âge et la question de savoir si le meurtre a été commis pendant la perpétration d'un autre crime. Là encore, je souligne que ce sont là des observations générales qui ne visent qu'à donner des orientations générales ainsi qu'un point vers lequel pourrait converger une analyse future.

[60] Jusqu'à maintenant, mon analyse ne tient pas compte de la jurisprudence du Nouveau-Brunswick, laquelle procède presque entièrement de la Cour du Banc de la Reine. Il y a dix-neuf décisions publiées concernant des meurtres au deuxième degré et l'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Dans la moitié de ces instances, environ, la durée de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle est de dix à quinze ans. La moitié restante nous amène à croire que l'échelle supérieure actuelle va de dix-sept à vingt ans. Chose intéressante, c'est que dans notre province, les juges des procès et les juges chargés de la détermination de la peine ont fait preuve de retenue en n'allant pas au-delà de la limite de vingt ans et pourtant il n'y a aucun obstacle juridique à la prorogation de la période d'inadmissibilité lorsque les circonstances le justifient. Cela dit, il vaut la peine, en examinant les faits saillants de chaque instance, de comprendre pourquoi certains cas sont traités différemment des autres.

[61] J'examinerai d'abord les instances où la durée du délai préalable à la libération conditionnelle a été fixée à ce que j'appelle plutôt librement la « limite supérieure » du délai applicable (de dix-sept à vingt ans). Dans l'affaire *R. c. Cunningham*, [1994] CANLII 3922 (C.B.R.N.-B.), le délinquant avait passé treize ans en prison pour homicide involontaire coupable et dans l'année qui avait suivi sa libération, il avait commis un meurtre. Le juge du procès a conclu que le délinquant était un jeune homme perturbé qui constituait une grave menace pour la société. Le délai préalable à la libération conditionnelle a été fixé à vingt ans. Dans l'affaire *R. c. Mailloux (P.J.)* (1989), 99 R.N.-B. (2^e) 356 (C.A.), [1989] A.N.-B. n^o 837 (QL), le délinquant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Pendant un vol à main armée, il avait emmené une jeune commis à l'arrière du magasin et avait tiré sur elle sans motif apparent. Le délai préalable à la libération conditionnelle a été fixé à vingt ans. Dans l'affaire *R. c.*

Lewis (1987), 81 R.N.-B. (2^e) 324 (C.B.R.), [1987] A.N.-B. n^o 542 (QL), le délinquant avait passé en prison vingt-neuf de ses quarante et un ans pour des infractions allant du [TRADUCTION] « vol avec effraction » à [TRADUCTION] l'« homicide involontaire coupable ». Le meurtre a été qualifié [TRADUCTION] d'« homicide très violent » commis pendant que l'accusé était sous le régime de la surveillance obligatoire. La Cour a conclu qu'il était dangereux pour la population et a fixé à vingt ans la période d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle. Dans l'affaire *R. c. Mailman* (1988), 84 R.N.-B. (2^e) 407 (C.A.), [1988] A.N.-B. n^o 145 (QL), la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à dix-huit ans. Tout ce que nous savons à la lecture de cette décision publiée, c'est que le délinquant avait des antécédents judiciaires. Le délai préalable à la libération conditionnelle du complice de M. Mailman a lui aussi été fixé à dix-huit ans (voir l'arrêt *R. c. Gillespie* (1988), 85 R.N.-B. (2^e) 142 (C.A.), [1988] A.N.-B. n^o 116 (QL)). Dans l'affaire *R. c. McIntyre (M.)* (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266 (C.A.), [1993] A.N.-B. n^o 293 (QL), la victime était une religieuse qui avait été tuée dans la chapelle de l'église catholique de la localité. Le délinquant avait fait l'objet d'une opération d'infiltration dans le cadre de laquelle deux agents de police banalisés s'étaient fait passer pour des caïds de Montréal disposés à le recruter à la condition qu'il les convainque qu'il était capable de tuer. Notre Cour a refusé de modifier la décision du juge du procès de fixer la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle à dix-huit ans.

[62] Dans l'affaire *R. c. Legere*, précitée, le délinquant, ainsi que deux autres personnes, avait été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré pour l'homicide par strangulation d'un homme âgé. Le meurtre avait été commis pendant un vol qualifié perpétré dans une maison d'habitation et l'épouse de l'homme avait été violemment battue mais avait [TRADUCTION] « miraculeusement » survécu. La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle avait été fixée à dix-huit ans. Un des trois délinquants déclarés coupables du meurtre avait vu le délai préalable à sa libération conditionnelle fixé à seize ans. Il était âgé de dix-neuf ans et avait plaidé coupable pendant le procès (voir l'arrêt *R. c. Curtis (S.)* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 297 (C.A.), [1993] A.N.-B. n^o 138 (QL)). Comme chacun le sait dans notre province, M. Legere s'est

subséquentement évadé de son lieu de détention et s'est lancé dans une série d'homicides qui a donné lieu à ses déclarations de culpabilité ultérieures pour meurtre au premier degré.

[63] Dans l'affaire *R. c. Melanson (S.A.) et al.* (2003), 265 R.N.-B. (2^e) 284, [2003] A.N.-B. n^o 372 (QL), 2003 NBBR 371, le délinquant avait tué la victime de plusieurs balles à l'arrière de la tête sans aucun avertissement et sans motif, pendant un vol à main armée. Le délinquant était âgé de vingt-trois ans et bien qu'il eût des antécédents judiciaires, il n'avait jamais fait l'objet de déclarations de culpabilité concernant un quelconque recours à la violence. Malgré le fait que huit des douze jurés avaient recommandé qu'il soit condamné à une période d'inadmissibilité de vingt ans, le juge du procès a fixé cette période à dix-sept ans. Dans l'affaire *R. c. Mazerolle*, [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 37, [2002] A.N.-B. n^o 148 (QL), 2002 NBBR 141, le délinquant, âgé de trente-huit ans, a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir sauvagement battu et étranglé un autre homme (le crime le plus odieux que le juge avait vu en trente-quatre ans). Le juge du procès a accepté une recommandation conjointe des parties portant que la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle soit fixée à dix-sept ans. Deux des circonstances aggravantes étaient que le meurtre avait été commis pendant un vol qualifié et que la victime avait été brutalisée pendant plusieurs heures. Ces facteurs ont été pris en compte à la lumière du fait que l'accusé n'avait pas d'antécédents judiciaires, que le rapport présentenciel lui était favorable, qu'il avait plaidé coupable, qu'il avait exprimé des remords et qu'il coopérait avec les policiers. Quelques mois avant le meurtre, le délinquant était encore bien respecté dans sa communauté.

[64] L'examen des autres décisions rendues au Nouveau-Brunswick révèle que la durée de la période d'inadmissibilité se situe entre dix et quinze ans. Dans l'affaire *R. c. Beaulieu*, la victime avait exercé de la violence psychologique contre le délinquant dans sa jeunesse et l'avait traumatisé. Le délinquant avait tiré sept coups de feu pendant que la victime essayait de s'échapper. Le délinquant a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Le rapport présentenciel indiquait qu'il assumait la responsabilité de ses actes et qu'il n'avait pas d'antécédents judiciaires comportant de la

violence. Le ministère public a fait valoir que l'échelle applicable en ce qui concernait l'inadmissibilité à la libération conditionnelle allait de dix à quatorze ans mais que le fait de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle à dix ans n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans des motifs détaillés, le juge du procès a retenu une période de dix ans. Bien qu'il ait eu recours à la règle qui interdit la prorogation de la période d'inadmissibilité sauf si l'on peut établir l'existence de circonstances exceptionnelles, je suis respectueusement d'avis que cette erreur ne porte pas atteinte à sa décision de fixer la période d'inadmissibilité à dix ans.

[65] Il y a quatre décisions dans lesquelles la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à quinze ans. Dans l'affaire *R. c. Savoie (N.)* (1998), 209 R.N.-B. (2^e) 378 (C.B.R.), [1998] A.N.-B. n^o 530 (QL), le délinquant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré sur la personne de son épouse. Celle-ci avait reçu deux coups de couteau dans le dos et était morte au bout de son sang, après quoi le délinquant avait mis son corps dans une camionnette en feu. Le juge du procès a dit de l'infraction qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « crime de passion commis subitement ». La fille du délinquant, âgée de quatre ans, avait, semble-t-il, été forcée d'assister au meurtre. Toutefois, les tentatives qu'il avait faites afin de solliciter l'aide de leur fille de seize ans pour brûler le corps avaient été repoussées. Le juge du procès a erronément mis en lumière le fait que pendant le procès, le délinquant n'avait [TRADUCTION] « démontré aucun remords ». Le délinquant avait déjà fait l'objet d'une déclaration de culpabilité pour avoir proféré des menaces de mort, accusation relativement à laquelle il avait plaidé coupable et avait été condamné à une peine de deux ans avec sursis. Le juge du procès a porté à quinze ans le délai préalable à sa libération conditionnelle. La deuxième affaire dans laquelle le délai préalable à la libération conditionnelle a été fixé à quinze ans est l'affaire *R. c. Black*, précitée. Dans cette affaire, le délinquant, âgé de dix-sept ans, a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré pour avoir étranglé son amie de cœur et la mère de cette dernière. Après un long procès, le délinquant avait plaidé coupable et exprimé des remords pour ces assassinats [TRADUCTION] « irrationnels ». La période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à quinze ans. La troisième

instance dans laquelle la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à quinze ans est l'affaire *R. c. Walton*, précitée. Le délinquant avait un long casier judiciaire, soit trente-sept déclarations de culpabilité sur une période de dix-huit ans. Les faits révèlent qu'il s'agissait d'un meurtre ayant le caractère d'une exécution et que la réinsertion sociale du délinquant était peu probable. Notre Cour a confirmé la décision du juge du procès de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle à quinze ans. La quatrième instance dans laquelle la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à quinze ans est l'affaire *R. c. Chedore (J.R.)* (1997), 187 R.N.-B. (2^e) 37 (C.A.), [1997] A.N.-B. n^o 197 (QL). Le délinquant, âgé de dix-neuf ans, s'était introduit dans une maison par effraction et avait finalement poignardé la propriétaire à mort. Bien que le délai préalable à la libération conditionnelle eût été fixé à quinze ans, le délinquant s'était désisté de l'appel de la peine lors de l'audition de l'appel de sa déclaration de culpabilité.

[66] Il y a trois instances dans lesquelles la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à quatorze ans. Dans l'affaire *R. c. Stewart*, [1999] A.N.-B. n^o 415 (C.B.R) (QL), le délinquant, âgé de vingt-neuf ans, avait plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré sur la personne de sa conjointe de fait, meurtre qui avait été commis dans des circonstances proches de la décapitation (meurtre [TRADUCTION] « sadique et brutal »). Le délinquant avait dans ses antécédents des problèmes psychologiques (trouble de la personnalité) et un abus d'alcool ou d'autres drogues et il était enclin à recourir à la violence. Son psychiatre le considérait comme dangereux et il avait un long casier judiciaire comportant des crimes accompagnés de violence. Je suis respectueusement d'avis que le délinquant a eu de la chance que le délai préalable à sa libération conditionnelle soit fixé à quatorze ans. La deuxième instance dans laquelle la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à quatorze ans est l'affaire *R. c. Eagles (J.)* (2005), 284 R.N.-B. (2^e) 370, [2005] A.N.-B. n^o 219 (QL), 2005 NBBR 206. Dans cette affaire, le délinquant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir tué une chauffeuse de taxi (qui était mère de trois enfants) d'une balle derrière la tête pendant un vol qualifié qui lui avait rapporté 160 \$. Le jeune délinquant n'avait pas d'antécédents judiciaires devant le tribunal pour adultes

et il avait exprimé des remords relativement à l'homicide. La troisième instance dans laquelle la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle a été fixée à quatorze ans est l'affaire *R. c. Sheehan*, [2008] A.N.-B. n° 317 (QL), 2008 NBBR 268. Dans cette affaire, le délinquant âgé de quarante et un ans a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré sur la personne de la victime, qui était ivre et sans défense, lors de ce qui a été décrit comme un [TRADUCTION] « meurtre brutal ». Le délinquant avait des antécédents judiciaires comportant des infractions accompagnées de violence et le rapport présentenciel avait été qualifié de [TRADUCTION] « négatif ». Bien que le ministère public ait prétendu que l'échelle acceptable allait de quinze à vingt ans, le juge du procès a fixé le délai à quatorze ans après avoir conclu que l'affaire s'apparentait davantage aux affaires *Eagles* et *Black* qu'aux affaires *Mazerolle* et *Curtis*. Question : dans les affaires *Eagles* et *Black*, les délinquants n'étaient-ils pas des adolescents qui n'avaient pas d'antécédents judiciaires comportant de la violence?

[67] L'affaire *R. c. Hanscom*, précitée, est une décision dans laquelle le délai préalable à la libération conditionnelle a été fixé à douze ans. Il s'agit d'une affaire dans laquelle le délinquant a été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré du nouvel amant de son épouse; celle-ci était sur le point de quitter le délinquant après quinze ans de mariage. Le délinquant avait attendu sa victime, avait tiré deux coups, rechargé le fusil et tiré un troisième coup. Il n'avait pas d'antécédents judiciaires, était en mauvaise santé et avait de bons antécédents professionnels. Au moment de l'homicide, il éprouvait du stress en raison de la rupture de son mariage. Il était également ivre à ce moment-là. Le jury avait recommandé un délai préalable à la libération conditionnelle de dix ans. Le juge du procès l'avait fixé à douze ans. Le délinquant a interjeté appel à la fois de la déclaration de culpabilité et de la peine prononcée. Les juges majoritaires ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Le juge dissident a examiné la question de la détermination de la peine en tenant compte de la décision alors récente de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Shropshire* et il était d'avis de rejeter l'appel de la peine prononcée.

[68] En somme, et sous réserve de quelques exceptions, la jurisprudence établit clairement que la « limite supérieure » du délai préalable à la libération conditionnelle a traditionnellement été réservée aux « pires délinquants » dans les « pires cas ». Pour définir la limite supérieure, on pourrait dire qu'elle se situe entre vingt et vingt-cinq ans. La jurisprudence de l'extérieur de notre province appuie cette interprétation. Au Nouveau-Brunswick, les juges des procès et les juges chargés de la détermination de la peine ont été réticents à dépasser la limite qui va de dix-sept à vingt ans. Dans les deux situations, toutefois, le tribunal a devant lui une personne qui a commis un homicide brutal, sinon sadique, dans des circonstances où le délinquant a des antécédents judiciaires comportant d'autres actes de violence. Au moment de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle, il ne s'agit pas tant de favoriser l'atteinte des objectifs de la détermination de la peine que sont la réprobation et la dissuasion, mais plutôt d'assurer la protection du public et de contribuer au maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice. Il s'agit des instances où la preuve étaye la perception que les possibilités de réinsertion sociale du délinquant sont nettement moins importantes que le risque de récidive et la sécurité publique. Dans ce contexte, il nous reste à examiner la question de savoir s'il s'agit en l'espèce du « pire délinquant » dans le « pire cas ». Une fois les faits de la présente instance analysés à la lumière des précédents examinés ci-dessus, la réponse devrait être évidente.

IX. L'application du droit aux faits

[69] Comme je l'ai dit au début, je ne considère pas qu'il s'agisse en l'espèce du pire délinquant dans le pire cas. Toutefois, cela ne veut pas dire que je peux passer outre au cadre analytique que le législateur fédéral et la Cour suprême ont prescrit. La tâche qui consiste à fixer le délai préalable à la libération conditionnelle commence par l'application des critères énoncés à l'art. 745.4 du *Code criminel*. J'examine en premier lieu le « caractère » de M. Nash. Au moment de sa déclaration de culpabilité, M. Nash était âgé de quarante ans, était marié et était père de deux jeunes enfants (âgés de quinze et neuf ans). Il est propriétaire de la maison qu'il habite ainsi que d'autres biens collectivement évalués à 48 500 \$. Au cours des quatorze dernières années, il a travaillé

comme bûcheron saisonnier pour la Première nation de St. Mary's. Pendant qu'il travaillait, son revenu était d'environ 3 500 \$ par mois. Son employeur a dit de lui qu'il était un des [TRADUCTION] « meilleurs ». Le rapport présentenciel de M. Nash commence par l'énoncé suivant : [TRADUCTION] « Adam Nash s'est montré exceptionnellement poli, coopératif et respectueux pendant les entretiens qui ont eu lieu en vue du rapport présentenciel ». M. Nash est d'origine autochtone; il a été abandonné par sa mère et maltraité par son père. M. Nash est le plus jeune d'une famille de dix enfants, mais il a passé la plus grande partie de sa vie dans des familles d'accueil tout comme ses frères et sœurs; toutefois, ils pouvaient tous se rendre facilement à pied chez l'un et l'autre pendant leur enfance. M. Nash a abandonné l'école en neuvième année et a reconnu avoir eu des problèmes de [TRADUCTION] « maîtrise de la colère » pendant son enfance; problèmes qui se sont [TRADUCTION] « considérablement réduits » après qu'il s'est marié, avec l'arrivée de ses deux enfants, et après qu'il a suivi un traitement sur ordonnance de la Cour. M. Nash a également admis avoir une tendance à l'alcoolisme. M^{me} Nash a aussi reconnu que les tentatives de son mari pour cesser de boire ont été compromises par sa décision à elle de continuer à boire de l'alcool. Individuellement et cumulativement, ces circonstances militent en faveur de M. Nash.

[70] La juge du procès a conclu que l'appelant n'avait exprimé aucun remords relativement à son crime et cela est vrai dans la mesure où il a refusé l'invitation à prendre la parole à l'audience sur la détermination de la peine. Toutefois, voici ce qu'on peut lire dans le rapport présentenciel sur la question des remords :

[TRADUCTION]

ADAM NASH a reconnu qu'il essayait toujours de démêler ses sentiments en ce qui concerne l'affaire dont Votre Seigneurie est saisie. Les larmes aux yeux, il a dit qu'il se sent affreusement mal à propos de sa conduite. Sur un plan plus pragmatique, ADAM NASH a ajouté qu'il n'y a rien qu'il puisse faire pour revenir sur ce qu'il a fait et que le bien-être de sa femme et de ses enfants le préoccupe énormément aussi.

[71] En réponse à cet énoncé, la juge du procès a dit que nulle part dans le rapport il n'est dit que l'appelant a exprimé du chagrin en ce qui concerne le meurtre de son frère. Si j'excepte le fait que l'absence d'expression de remords n'est pas une circonstance aggravante, je ne suis pas certain que le passage cité ci-dessus doive être interprété d'une façon aussi restrictive. Cependant, même si M. Nash n'a pas exprimé de remords et même si cela était un facteur pertinent, il est permis de penser qu'il existe une explication plausible à l'hésitation de M. Nash à exprimer des remords relativement au décès de son frère. Ses rapports avec ses frères, autres que son frère Brian, ont été tumultueux. L'auteur du rapport présentiel a écrit que [TRADUCTION] « les altercations physiques entre les frères n'étaient pas rares » et a ensuite qualifié les relations en question de [TRADUCTION] « conflit familial perpétuel ». L'auteur a rapporté un incident survenu en 2006 au cours duquel M. Nash a eu avec ses frères une sérieuse empoignade qui a donné lieu à une infection à un œil ainsi qu'à une intervention chirurgicale (on ne nous dit pas de quels frères il s'agissait). Bref, ce qui est certain c'est que l'omission de M. Nash de manifester du remords à l'audience sur la détermination de la peine n'est pas une circonstance aggravante. Le fait qu'il ait exprimé certains remords est un facteur atténuant même si on ne lui accorde que peu de poids.

[72] Le casier judiciaire de M. Nash est crucial en ce qui concerne la question du « caractère » et les objectifs de la détermination de la peine énoncés par le législateur fédéral. Comme nous l'avons vu, c'est là que les possibilités de réinsertion sociale, de récidive et de dangerosité future doivent être prises en compte. La juge du procès a dit ce qui suit à propos des antécédents judiciaires de M. Nash : [TRADUCTION] « [...] Je reconnais qu'il n'a pas un lourd casier judiciaire, mais il a néanmoins un casier judiciaire [...] ». La juge du procès n'a pas fait état de la nature des déclarations de culpabilité en question. Il s'agit, pour la plupart, d'infractions relatives à des véhicules à moteur prévues au *Code criminel*, mais il y a quatre déclarations de culpabilité pour voies de fait. La première remonte à 1984. M. Nash était alors âgé de dix-huit ans. Il avait été condamné à un emprisonnement de dix jours. La déclaration de culpabilité suivante pour voies de fait a été prononcée en 1989. Pour cette infraction, M. Nash a été condamné à un emprisonnement de soixante jours. La troisième déclaration de culpabilité a été

prononcée en 1991. Il s'agissait de voies de fait ayant causé des lésions corporelles. Cette fois-là, M. Nash a été incarcéré pendant neuf mois. La dernière déclaration de culpabilité pour voies de fait a été inscrite en 1997 et il a alors été condamné à un emprisonnement de soixante jours.

[73] Le ministère public prétend que les antécédents judiciaires de M. Nash montrent qu'il a une propension à la violence et qu'il constitue donc une menace future pour la sécurité publique. Je ne souscris pas à sa prétention. La juge du procès n'a pas tiré cette inférence et je ne suis pas disposé à le faire. De plus, je n'oublie pas l'existence du principe dit de « l'intervalle ». Si une période de temps considérable s'écoule sans déclaration de culpabilité, le juge qui détermine la peine prendra ce facteur en compte et le considérera comme un signe de la réinsertion sociale du délinquant et du fait qu'il ne représente pas une menace pour la sécurité publique. Si, d'un autre côté, l'infraction est commise peu après que le délinquant a été remis en liberté après avoir été incarcéré pour une autre infraction, le juge du procès a le droit d'en tirer une inférence négative (voir, en général, l'ouvrage de Clayton C. Ruby et coll., intitulé *Sentencing*, 7^e éd. (Markham : LexisNexis, 2008) à la p. 391). En l'espèce, il n'y a pas grand-chose qui appuie la prétention du ministère public voulant que M. Nash constitue une menace pour la sécurité publique. Le fait que M. Nash se soit établi dans sa collectivité et n'ait fait l'objet d'aucune condamnation pour des infractions avec violence au cours des onze dernières années réfute l'argument du ministère public. De plus, si le ministère public était préoccupé par les possibilités de réinsertion sociale de M. Nash, il est certain que le fait qu'il doive passer dix ans au minimum en prison avant d'être admissible à la libération conditionnelle devrait suffire pour ce qui concerne l'atteinte de cet objectif. En outre, je suis conscient de la réalité qui veut que si je fais erreur et que M. Nash constitue effectivement une menace pour la sécurité publique, la décision finale en ce qui concerne son admissibilité à la libération conditionnelle appartient à la Commission nationale des libérations conditionnelles, de sorte que l'intérêt public est néanmoins protégé. Toutefois, pour le cas où le délai préalable à la libération conditionnelle serait trop long, il n'y aurait rien que la Commission des libérations conditionnelles pourrait faire pour corriger mon

erreur. M. Nash devrait s'en remettre à la disposition dite « du faible espoir » que l'on trouve au par. 745.6(1) ou à la prérogative royale de clémence mentionnée à l'art. 749.

[74] Si j'examine les critères énoncés dans la loi que sont la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration, le dossier révèle qu'une hostilité persistante et violente existait entre l'appelant et son frère avant le jour du meurtre. La raclée que son frère lui a infligée une heure, environ, avant les funestes événements s'est révélée être le catalyseur de la décision de l'appelant de se lancer à la poursuite de son frère. Catalyseur qui était alimenté par l'alcool. Le meurtre a donc une « explication », contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *R. c. Shropshire*. Je souscris, comme je suis tenu de le faire, à la conclusion de la juge du procès selon laquelle M. Nash avait bu massivement la veille et le jour du meurtre. Ce facteur milite en faveur de M. Nash.

[75] Cela nous amène à évaluer le degré de planification ou de préméditation qui a précédé le meurtre. La juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « [...] s'il existait un continuum entre l'homicide involontaire coupable et le meurtre au premier degré, ce crime se rapprocherait davantage, le long de ce continuum, du meurtre au premier degré que de l'homicide involontaire coupable et des éléments nécessaires pour l'établir ». Comme je l'ai dit plus tôt, j'ai de la difficulté à accepter la validité de ce facteur. Le fait est que le jury n'était pas disposé à déclarer M. Nash coupable de meurtre au premier degré ni d'homicide involontaire coupable et il s'ensuit donc, par défaut, que l'homicide se situe quelque part entre les deux pour ce qui concerne la notion de préméditation et, par conséquent, il est contraire à la logique de revenir sur cette question. Qui plus est, il n'y a rien d'exceptionnel, en l'espèce, qui puisse justifier un débat sur la question de savoir si le meurtre se rapprochait davantage d'un meurtre au premier degré ou d'un homicide involontaire coupable.

[76] Une des considérations importantes ressortissant au meurtre du frère de M. Nash est le fait que ce meurtre a été commis en présence de leur neveu qui était assis à côté de la victime au moment où les coups fatals ont été tirés. La juge du procès a statué que l'indifférence dont M. Nash a fait preuve envers le bien-être et la sécurité de son

neveu constituait une circonstance aggravante. Par contre, la transcription du prononcé de la sentence contient un passage dans lequel le substitut du procureur général reconnaît qu'il n'existe aucun élément de preuve qui appuie la prétention selon laquelle M. Nash savait que son neveu se trouvait à côté de son oncle. Par conséquent, la présente instance ne saurait être comparée, par exemple, aux faits de l'affaire *R. c. Savoie* dans laquelle le père avait obligé sa fillette âgée de quatre ans à assister au meurtre de sa mère. Toutefois, si je mets de côté ce genre de comparaisons, je suis disposé à reconnaître que le mépris apparent de M. Nash envers la sécurité d'autrui peut être considéré comme une circonstance aggravante lorsque ajouté à la conduite qu'il a adoptée après l'infraction et qui a donné lieu à l'« impasse » avec la police.

[77] En résumé, nous avons un homme relativement jeune, âgé de quarante-deux ans, qui est marié, a deux jeunes enfants et une épouse qui lui apporte un grand soutien et qui est lui-même en mesure de subvenir aux besoins de sa famille. Le délinquant a des antécédents judiciaires comportant quatre déclarations de culpabilité pour voies de fait. Les premières voies de fait ont été commises lorsqu'il avait dix-huit ans. Les dernières l'ont été il y a plus d'une décennie. Toutefois, il n'y a aucune déclaration de culpabilité pour le genre d'infractions avec violence qui nous amènerait à qualifier le délinquant de récidiviste. Bien qu'aucune inférence négative ne puisse être tirée de l'absence d'expression de remords, il y a eu expression de certains remords et le rapport présentenciel est positif. L'homicide a été commis peu de temps après que la victime eut infligé une raclée au délinquant et il est en partie attribuable à l'alcool ainsi qu'à une relation qui s'était envenimée et qui était marquée par l'animosité et par des empoignades entre M. Nash et la victime. Le meurtre n'a pas été commis pendant la perpétration d'une autre infraction (par exemple un vol qualifié) et il ne s'est pas accompagné non plus d'une brutalité abjecte ou sadique. Il a toutefois été commis dans des circonstances où il y a eu, dans l'ensemble, insouciance envers la sécurité d'autrui (savoir le neveu du délinquant et les policiers).

[78] Compte tenu des objectifs de la détermination de la peine qui sont énoncés à l'art. 718 du *Code criminel*, j'estime qu'on ne se trouverait pas à favoriser l'atteinte des

objectifs que sont la réinsertion sociale, la dissuasion spécifique et la protection du public en prorogeant la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle au-delà du délai minimal de dix ans. Cela m'amène à me demander s'il existe des facteurs qui justifient la prorogation dans un but de dénonciation, de dissuasion générale et de châtement. À mon avis, l'insouciance dont M. Nash a fait preuve envers la sécurité de son neveu et des policiers justifie une prorogation. Toutefois, c'est là le seul facteur d'aggravation qui me pousse dans cette direction. Aucune des autres circonstances du meurtre qui ont été examinées ci-dessus ne relève de la catégorie des circonstances « aggravantes ». Cette réalité, ajoutée à la jurisprudence qui a été examinée dans les présents motifs, m'amène à conclure qu'il s'agit en l'espèce d'une instance qui s'inscrit dans l'échelle allant de dix à quinze ans et qu'il y a lieu de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle à douze ans. En arrivant à cette conclusion, je suis conscient de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Shropshire* et du fait qu'elle y a fait observer que le pouvoir de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle n'a pas à être exercé avec modération et que sa prorogation ne serait pas exceptionnelle. Toutefois, je songe également au fait que la Cour a ensuite prédit qu'il se pourrait bien que, dans la plupart des cas, un délai de dix ans continue d'être approprié. Bien que les précédents ne confirment pas cette dernière prédiction, la décision d'inscrire le délai préalable à la libération conditionnelle dans l'échelle allant de dix à quinze ans et de le fixer à douze ans s'accorde avec la jurisprudence.

[79] Il peut sembler inutile d'examiner les deux arrêts que la juge du procès a invoqués à l'appui de sa décision de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle à vingt ans. Je suis respectueusement d'avis que ces instances ne sont pas analogues à celle qui nous occupe. La première est l'arrêt *R. c. Walton* dont il est fait état ci-dessus. Elle est d'emblée différente de la présente instance. Dans l'affaire *Walton*, le délinquant avait un long casier judiciaire, soit trente-sept déclarations de culpabilité sur une période de dix-huit ans. Les faits révèlent qu'il s'agissait d'un meurtre ayant le caractère d'une exécution et que la réinsertion sociale du délinquant était peu probable, ce qui revient à dire que le délinquant constituait une menace pour la sécurité publique. De plus, notre Cour a confirmé la décision du juge du procès de fixer le délai préalable à la libération

conditionnelle à quinze ans. La différence de cinq ans, lorsqu'il s'agit de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle, n'est pas anodine. (Sur ce point, voir l'arrêt *R. c. McKnight* (1999), 44 O.R. (3d) 263 (C.A.), [1999] O.J. No. 1321 (QL), où la Cour a ramené le délai préalable à la libération conditionnelle de dix-sept à quatorze ans, ainsi que l'opinion dissidente du juge Lambert dans l'arrêt *R. c. Paterson*, précité, au par. 38.)

[80] La deuxième décision qu'a invoquée la juge du procès est l'arrêt *R. c. Doyle*, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. Dans cette affaire, le délinquant, âgé de trente-trois ans, avait abattu son épouse pendant qu'elle dormait. Il était alcoolique et suivait un traitement. Son mariage avait commencé à se désagréger lorsque son épouse était retournée travailler. Il était jaloux et il était possible qu'elle le quitte. Un psychiatre avait témoigné que le délinquant était déprimé au moment de l'infraction. Ce dernier avait plaidé coupable à l'accusation et il n'avait pas d'antécédents judiciaires, sauf une condamnation pour conduite avec facultés affaiblies. Le délinquant avait de [TRADUCTION] « bons antécédents professionnels » et il avait exprimé des remords au [TRADUCTION] « troisième de trois entretiens ». Le juge chargé de la détermination de la peine avait fixé la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle à dix ans compte tenu de l'état d'esprit du délinquant au moment du meurtre et en s'appuyant sur la norme minimale des « circonstances exceptionnelles ». Le ministère public a interjeté appel et a demandé que la période soit prorogée et portée à quinze ans.

[81] La Cour d'appel a porté la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle à dix-sept ans. Elle a conclu que le juge chargé de la détermination de la peine avait commis une erreur en recourant à la norme minimale voulant qu'il existe des circonstances exceptionnelles et a ensuite conclu que le délinquant constituait un danger et une menace pour la sécurité publique. La Cour a également statué que les liens conjugaux ont une grande importance et sont un facteur à considérer [TRADUCTION] « à mesure qu'on se déplace vers la limite supérieure du délai préalable à la libération conditionnelle ». En somme, la Cour a statué que le fait de tuer son épouse au lit pendant qu'elle dort est une circonstance aggravante [TRADUCTION] « au suprême degré ». En plus d'avoir conclu que le meurtre en question se [TRADUCTION] « rapproch[ait] d'un

meurtre au premier degré », la Cour a statué que bien que le délinquant eut exprimé certains remords, il y avait une relative absence de remords [TRADUCTION] « compte tenu de l'ampleur de ce crime ». Finalement, la Cour a ajouté ceci : [TRADUCTION] « L'importance que revêt la dissuasion à titre de considération principale aux fins de la protection de la société est manifeste et il convient de lui donner un poids considérable ».

[82] Je ferai quatre observations en ce qui concerne l'affaire *R. c. Doyle*. Premièrement, dans la mesure où la conclusion de la Cour selon laquelle le délinquant constituait une menace pour la sécurité publique est juste, on ne peut trouver à redire à cet arrêt puisqu'il est conforme à la jurisprudence en général. Deuxièmement, la question de savoir si cette conclusion précise trouvait appui dans la preuve mentionnée dans l'arrêt est une question distincte. Troisièmement, la notion voulant qu'il faille donner un poids considérable à la dissuasion est contraire à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Zinck*. Cette affaire met en lumière le fait que contrairement à l'art. 743.6, qui dispose expressément que la réprobation de la société et l'effet dissuasif sont les principes suprêmes, l'art. 745.4 est remarquablement muet sur ce point. Il est permis de penser que dans l'arrêt *Doyle*, la Cour a estimé que la réprobation et l'effet dissuasif étaient des considérations suprêmes ou primordiales. Quatrièmement, la décision *Doyle* nous amène à croire que le fait d'assassiner son épouse ou sa conjointe est en soi une circonstance aggravante. Je préfère ne pas examiner cette question (voir en général : le ss-al. 718.2a)(iii) et les arrêts *R. c. Trochym* (2004), 71 O.R. (3d) 611 (C.A.), [2004] O.J. No. 2850 (QL), *R. c. McCormack (S.E.)* (1995), 83 O.A.C. 73, [1995] O.J. No. 1897 (QL) et *R. c. Muir (F.)* (1995), 80 O.A.C. 7, [1995] O.J. No. 670 (QL) et comparer ces arrêts aux arrêts *Dale Paterson*, *McKnight*, *R. c. Wristen* (1999), 47 O.R. (3d) 66 (C.A.), [1999] O.J. No. 4589 (QL) et *R. c. Lenius* (2007), 299 Sask.R. 139 (C.A.), [2007] S.J. No. 276 (QL), 2007 SKCA 65 ainsi qu'à la décision *Stewart* (rendue au Nouveau-Brunswick).

X. Dispositif

[83] En résumé, la décision de la juge du procès de porter le délai préalable à la libération conditionnelle à vingt ans est fondamentalement erronée. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de ramener le délai préalable à la libération conditionnelle à douze ans.