

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Michael Thomas Shropshire *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHROPSHIRE

File No.: 24227.

Hearing and judgment: June 15, 1995.

Reasons delivered: November 16, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Period of parole ineligibility — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether trial judge's order should be restored — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 744.

Criminal law — Powers of court of appeal — Appeals against sentence — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether Court of Appeal erred in standard of appellate review it applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 687(1).

The accused pleaded guilty to second degree murder. The offence was committed at his 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 them. No motive for the killing was ever ascertained. The accused has a prior criminal record including two convictions in Youth Court for robbery, a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Michael Thomas Shropshire *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHROPSHIRE

N° du greffe: 24227.

Audition et jugement: 15 juin 1995.

Motifs déposés: 16 novembre 1995.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Droit criminel — Détermination de la peine — Délai préalable à la libération conditionnelle — Accusé plaquant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — Y a-t-il lieu de rétablir l'ordonnance du juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 744.

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Appels contre une peine — Accusé plaquant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur relativement à la norme de contrôle qu'elle a appliquée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 687(1).

L'accusé a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Le crime a été commis à son domicile, au moment où il s'apprêtait à conclure un marché concernant de la marijuana. Sans donner aucun avertissement, l'accusé a 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'est rendu à la police. Il a affirmé qu'il avait des remords pour ses actes, mais il n'a ni voulu ni pu les expliquer. Le mobile de l'hom-

conviction for impaired driving, and two narcotic offences as an adult. Section 742(b) of the *Criminal Code* specifies a sentence of life imprisonment with a period of parole ineligibility of between 10 and 25 years for a person convicted of second degree murder. By virtue of their discretionary power under s. 744, trial judges may extend the period of parole ineligibility beyond the 10-year minimum. The accused was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 12 years. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed his appeal against sentence, and reduced the period of parole ineligibility to 10 years.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's order restored.

The factors to be considered in fixing an extended period of parole ineligibility under s. 744 are (1) the character of the offender, (2) the nature of the offence, and (3) the circumstances surrounding the commission of the offence, all bearing in mind the discretionary power conferred on the trial judge. While an assessment of future dangerousness and denunciation are of relevance in justifying a s. 744 order, deterrence is also a relevant criterion. The conclusion, by the majority of the Court of Appeal, that a period of parole ineligibility in excess of 10 years will not be justified unless there are "unusual circumstances" is too high a standard and makes it overly difficult for trial judges to exercise their discretionary power. A more appropriate standard is that as a general rule, the period of parole ineligibility should be for 10 years, but this can be ousted by a determination of the trial judge that, according to the criteria enumerated in s. 744, the offender should wait a longer period before having his suitability to be released into the general public assessed. To this end, an extension of the period of parole ineligibility would not be "unusual", although in the median number of cases, a period of 10 years might still be awarded. This standard is supported by a review of the legislative history, academic commentary and judicial interpretation of s. 744 and the sentencing scheme for second degree murder. Permitting trial judges to extend the period of parole ineligibil-

cide n'a jamais été établi. L'accusé avait un casier judiciaire faisant état notamment de deux déclarations de culpabilité de vol qualifié prononcées devant le tribunal pour adolescents, d'une déclaration de culpabilité de 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. L'alinéa 742b) du *Code criminel* prescrit l'emprisonnement à perpétuité assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle d'au moins 10 ans et d'au plus 25 ans dans le cas d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a, en vertu de l'art. 744, le pouvoir discrétionnaire de proroger, au-delà du minimum de 10 ans prescrit par la loi, le délai préalable à la libération conditionnelle. L'accusé a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel que l'accusé avait interjeté contre la peine qui lui avait été infligée, et a réduit à 10 ans le délai préalable à sa libération conditionnelle.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge du procès est rétablie.

Les facteurs dont il faut tenir compte pour proroger le délai préalable à la libération conditionnelle, en vertu de l'art. 744, sont (1) le caractère du contrevenant, (2) la nature de l'infraction, et (3) les circonstances de l'infraction. Ce sont tous des facteurs qu'on doit considérer en ayant à l'esprit le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès. Bien que la détermination de la dangerosité future et la réprobation soient pertinentes pour justifier une ordonnance fondée sur l'art. 744, la dissuasion est aussi un critère pertinent. La conclusion de la Cour d'appel à la majorité qu'un délai préalable à la libération conditionnelle de plus de 10 ans ne sera justifié qu'en présence de «circonstances exceptionnelles» est une norme trop sévère qui complique indûment l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Une norme plus appropriée consiste à dire qu'en règle générale le délai préalable à la libération conditionnelle est de 10 ans, mais que le juge du procès peut y déroger en décidant que, suivant les critères énumérés à l'art. 744, un délai plus long devrait s'écouler avant que l'on examine l'opportunité de mettre le contrevenant en liberté. Dans cette optique, la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle ne serait pas «exceptionnelle», même s'il se pourrait que, dans la plupart des cas, le délai continue d'être fixé à 10 ans. Cette norme s'appuie sur un examen de l'historique et de l'interprétation judiciaire de l'art. 744, ainsi que de la doctrine s'y rapportant, et sur le régime de détermination de la peine applicable au meurtre au deuxième degré. Ce n'est pas

ity does not usurp or impinge upon the function of the parole board.

The trial judge made no error in this case. He adverted to the fact that the accused had pleaded guilty and was only 23 years old, and referred to the following factors as specifically justifying the 12-year period of parole ineligibility he was imposing: (a) the circumstances of the killing were strange in that they provided no real answer to why it took place, and the accused 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 accused has a record for both narcotic offences and violence. Factors (b) and (c) clearly fall within the categories established by s. 744. While factor (a) presents some difficulty, the silence referred to is readily assimilable within the "circumstances surrounding the offence" criterion. In the absence of any explanation for a random and seemingly senseless killing, the trial judge was correct in sentencing the accused as he did in light of the accused's refusal to offer an explanation. 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. It should be emphasized, however, that the accused pleaded guilty; the question of drawing a negative inference from the accused's silence when he or she has pleaded not guilty and wishes to appeal the conviction should be left for future consideration.

The Court of Appeal erred in suggesting that an appellate court should reduce the period of parole ineligibility imposed by the trial judge unless the trial judge has given specific reasons which, in the opinion of the appeal court, justify the increased period. This very broad standard of review is inappropriate. Orders made under s. 744 are part of the "sentence" and are thus to be appealed pursuant to s. 687(1), which provides for consideration of the "fitness" of the sentence. An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit, that is, if it has found the sentence to be

usurper la fonction de la commission des libérations conditionnelles, ou empiéter sur celle-ci, que de permettre au juge du procès de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur en l'espèce. Il a mentionné le fait que l'accusé avait plaidé coupable et qu'il n'était âgé que de 23 ans, et il a affirmé que les facteurs suivants justifiaient de fixer à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle: a) les circonstances de l'homicide étaient étranges, car elles n'expliquaient pas véritablement pourquoi il avait été commis, et l'accusé n'a ni voulu ni pu expliquer ses actes, b) le meurtre a 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. Les facteurs b) et c) relèvent clairement des catégories établies à l'art. 744. Quoique le facteur a) présente certaines difficultés, le silence dont il est fait état est facilement assimilable au critère des «circonstances» de l'infraction. En l'absence de toute explication d'un homicide commis au hasard et apparemment insensé, le juge du procès a eu raison de fixer la peine de l'accusé en fonction de son refus d'expliquer son acte. 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. Toutefois, il y a lieu d'insister sur le fait que l'accusé a plaidé coupable, et de remettre à plus tard l'examen de la question de savoir si une conclusion défavorable peut être tirée du silence de l'accusé qui a plaidé non coupable et qui souhaite en appeler de sa déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel a commis une erreur en affirmant qu'une cour d'appel devrait réduire le délai préalable à la libération conditionnelle fixé par le juge du procès, sauf si ce dernier a donné des motifs précis qui, de l'avis de la cour d'appel, justifient la prorogation du délai. Cette norme de contrôle très large est inadéquate. Les ordonnances fondées sur l'art. 744 font partie de la «sentence» et doivent donc être portées en appel conformément au par. 687(1), qui prévoit l'examen de la «justesse» de la sentence. Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable. En l'espèce, l'ordonnance relative à la

clearly unreasonable. In this case the sentencing order did not fall outside the acceptable range of orders.

Cases Cited

Disapproved: *R. v. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257; **approved:** *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, leave to appeal refused, [1992] 2 S.C.R. vi; *R. v. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238; *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; **not followed:** *R. v. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394; *R. v. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257; **referred to:** *R. v. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141; *R. v. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Able* (1993), 65 O.A.C. 37; *R. v. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Émond*, J.E. 90-557; *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 101, 102.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 673, 687(1), 742(b), 743, 744 [rep. & sub. 1992, c. 11, s. 16], 744.1 [ad. *idem*], 745.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252, allowing the accused's appeal against sentence and reducing the period of parole ineligibility to 10 years. Appeal allowed.

William F. Ehrcke, for the appellant.

Anthony H. Zipp, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

détermination de la peine ne tombait pas en dehors des «limites acceptables».

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *R. c. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257; **arrêts approuvés:** *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 2 R.C.S. vi; *R. c. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238; *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; **arrêts non suivis:** *R. c. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394; *R. c. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169; *R. c. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141; *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Able* (1993), 65 O.A.C. 37; *R. c. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Émond*, J.E. 90-557; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 673, 687(1), 742(b), 743, 744 [abr. & rempl. 1992, ch. 11, art. 16], 744.1 [aj. *idem*], 745.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 101, 102.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252, qui a accueilli l'appel que l'accusé avait interjeté contre la peine qui lui avait été infligée, et qui a réduit à 10 ans le délai préalable à sa libération conditionnelle. Pourvoi accueilli.

William F. Ehrcke, pour l'appelante.

Anthony H. Zipp, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Notre Cour a accueilli le présent pourvoi le 15 juin 1995, affirmant qu'elle ferait connaître ses motifs ultérieurement. Voici donc ces motifs.

IACOBUCCI J. — This appeal was allowed on June 15, 1995, with reasons to follow. These are those reasons.

At issue in this appeal are the factors and principles that should guide a trial judge in determining whether to extend the period of parole ineligibility on a second degree murder conviction beyond the statutory minimum of 10 years. This appeal also touches on the appropriate standard of appellate review to be exercised when considering a trial judge's decision to postpone the period of parole eligibility. Both of these issues engage the broad theme of when the discretion of a sentencing judge ought to be altered.

I. Background

The respondent, Michael Thomas Shropshire, pleaded guilty to the second degree murder of Timothy Buffam. The offence was committed at the respondent's home in Abbotsford, British Columbia, on May 26, 1992, during a marijuana transaction between the respondent, the deceased, and Lorne Lang, a third person accompanying the deceased. Lang is otherwise known as "Animal". The respondent was acquainted with Buffam and Lang as the trio had had prior narcotics dealings. Without any warning, the respondent shot Buffam three times in the chest as they were about to enter the garage to complete the marijuana deal. The respondent then chased Lang in his vehicle shouting "Hacksaw told me to do it!". Hacksaw is the nickname of another associate.

Two days later, the respondent gave himself up to the police. After a preliminary hearing, the respondent pleaded guilty to second degree murder. He professed remorse for his actions but was unwilling or unable to explain them. No motive for the killing was ever ascertained. The respondent has a prior criminal record including two convictions in Youth Court for robbery, a conviction for

Le pourvoi porte sur les facteurs et les principes qui devraient guider le juge du procès qui examine s'il y a lieu de porter, au-delà du minimum de 10 ans prescrit par la loi, le délai préalable à la libération conditionnelle dans le cas d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il concerne en outre la norme qui doit s'appliquer au contrôle en appel de la décision du juge du procès de proroger ce délai. Ces deux questions soulèvent la question générale de savoir dans quels cas on devrait intervenir dans l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine.

I. Contexte

L'intimé, Michael Thomas Shropshire, a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré de Timothy Buffam. Le crime a été commis au domicile de l'intimé à Abbotsford, en Colombie-Britannique, le 26 mai 1992, au moment où celui-ci, la victime et Lorne Lang, une troisième personne qui accompagnait la victime, s'apprêtaient à conclure un marché concernant de la marijuana. Lang est également connu sous le nom de «Animal». L'intimé connaissait Buffam et Lang car tous trois avaient déjà conclu des marchés en matière de stupéfiants. Sans donner aucun avertissement, l'intimé a fait feu à trois reprises sur Buffam, l'atteignant à la poitrine, au moment où ils allaient entrer dans le garage pour conclure le marché concernant la marijuana. L'intimé a alors poursuivi Lang en voiture en criant: [TRADUCTION] «C'est Hacksaw qui m'a dit de faire ça!» Hacksaw était le sobriquet d'un autre associé.

Deux jours plus tard, l'intimé s'est rendu à la police. Après l'enquête préliminaire, l'intimé a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Il a affirmé qu'il avait des remords pour ses actes, mais il n'a ni voulu ni pu les expliquer. Le mobile de l'homicide n'a jamais été établi. L'intimé avait un casier judiciaire faisant état notamment de deux déclarations de culpabilité de vol qualifié prononcées devant le tribunal pour adolescents, d'une déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies et de deux

impaired driving, and two narcotic offences as an adult.

autres déclarations de culpabilité relatives à des infractions en matière de stupéfiants, prononcées devant un tribunal pour adultes.

5 On June 17, 1993, McKinnon J. of the Supreme Court of British Columbia sentenced the respondent to life imprisonment without eligibility for parole for 12 years. This period of non-eligibility for parole is two years more than the minimum (and most common) period of parole ineligibility for second degree murder, namely 10 years. Trial judges are permitted, by virtue of the discretionary power accorded to them by s. 744 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to extend the period of parole ineligibility beyond the statutory minimum. The respondent challenged the discretionary s. 744 decision of the trial judge.

Le 17 juin 1993, le juge McKinnon de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a condamné l'intimé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans, ce qui représentait deux ans de plus que le délai minimal (et le plus courant) qui s'applique dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, à savoir 10 ans. Le juge du procès a, en vertu de l'art. 744 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le pouvoir discrétionnaire de proroger, au-delà du minimum prescrit par la loi, le délai préalable à la libération conditionnelle. L'intimé a contesté la décision prise par le juge du procès dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

6 On May 4, 1994, a majority of the Court of Appeal for British Columbia allowed the respondent's appeal against sentence, and reduced the period of parole ineligibility to 10 years: (1994) 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252. Goldie J.A. dissented and would have dismissed the appeal.

Le 4 mai 1994, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a accueilli l'appel que l'intimé avait interjeté contre la peine qui lui avait été infligée, et a réduit à 10 ans le délai préalable à sa libération conditionnelle: (1994), 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252. Le juge Goldie, dissident, aurait rejeté l'appel.

II. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

744. Subject to section 744.1, at the time of the sentencing under paragraph 742(b) of an offender who is convicted of second degree murder, the judge who presided at the trial of the offender or, if that judge is unable to do so, any judge of the same court may, having regard to the character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and to the recommendation, if any, made pursuant to section 743, by order, substitute for ten years a number of years of imprisonment (being more than ten but not more than twenty-five) without eligibility for parole, as the judge deems fit in the circumstances.

7 Section 744.1 applies to offenders under the age of 18. Section 742(b) specifies a sentence of life imprisonment with a period of parole ineligibility of at least 10 years and not more than 25 years for a person convicted of second degree murder. Sec-

II. Dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

744. Sous réserve de l'article 744.1, au moment de prononcer la peine conformément à l'alinéa 742b), le juge qui préside au procès du contrevenant déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, ou en cas d'empêchement, tout juge du même tribunal peut, compte tenu du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de cette dernière ainsi que de toute recommandation formulée en vertu de l'article 743, porter, par ordonnance, le délai préalable à sa libération conditionnelle au nombre d'années, compris entre dix et vingt-cinq, qu'il estime indiqué dans les circonstances.

L'article 744.1 s'applique aux contrevenants de moins de 18 ans. L'alinéa 742b) prescrit l'emprisonnement à perpétuité assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle d'au moins 10 ans et d'au plus 25 ans dans le cas d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. L'article

tion 743 relates to a recommendation by a jury as to minimum parole ineligibility.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*

McKinnon J. stated that it was the duty of a trial judge "to consider the appropriate sentence having regard to the character of the offender, the nature of the offence, and the circumstances surrounding its commission". He then concluded.

The accused pleaded guilty to second degree murder and I have imposed the mandatory sentence of life imprisonment. It remains to determine the period he must serve before eligibility for parole.

I have the joint submission of Crown and defence that it should be the minimum prescribed, namely ten years. Notwithstanding that submission it is the duty of the trial judge to consider the appropriate sentence having regard to the character of the offender, the nature of the offence, and the circumstances surrounding its commission.

This offence was committed during a marijuana transaction between three people who had prior similar dealings and who were certainly known to one another. The accused was selling a quantity of marijuana to one Lang. The deceased, Buffam, was along as both driver and co-purchaser but appears to have been a minor player insofar as this transaction was concerned. It was set up between Shropshire and Lang.

There is some indication that Shropshire anticipated trouble with Lang as he owed him \$1,400, but the evidence is equivocal as Lang claims they were warmly greeted by Shropshire when they arrived. In any event, according to Lang, nothing transpired while there to cause Mr. Shropshire to fire three bullets into Buffam. Mr. Shropshire professes remorse for his actions but seems unwilling to explain just why he killed Mr. Buffam.

Lang says that for reasons completely foreign to him, Shropshire fired three shots into Buffam as they were all about to enter the garage to complete the marijuana deal. Shropshire then chased Lang with his vehicle, and

743 concerne la recommandation d'un jury quant au délai minimal préalable à la libération conditionnelle.

III. Juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge McKinnon a dit qu'il incombait au juge du procès de [TRADUCTION] «décider de la peine convenable en tenant compte du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de celle-ci». Puis, il conclut en ces termes:

[TRADUCTION] L'accusé a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré et je lui ai infligé la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité. Il reste à fixer le nombre d'années qu'il devra purger avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle.

Le ministère public et la défense font valoir conjointement qu'il convient de retenir le minimum prescrit, soit dix ans. En dépit de ces observations des avocats, il incombe au juge du procès de décider de la peine convenable en tenant compte du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de celle-ci.

Cette infraction a été commise au moment où un marché concernant de la marijuana était conclu entre trois personnes qui avaient déjà conclu des marchés similaires et qui se connaissaient sûrement. L'accusé était en train de vendre de la marijuana à un nommé Lang. Buffam, la victime, les accompagnait à titre de conducteur et de coacheur, mais paraît avoir joué un rôle de second plan relativement à ce marché organisé par Shropshire et Lang.

Certains éléments semblent indiquer que Shropshire s'attendait à avoir des ennuis avec Lang parce qu'il lui devait 1 400 \$, mais la preuve est équivoque car Lang prétend que Shropshire les a accueillis chaleureusement quand ils sont arrivés. De toute façon, d'après Lang, il ne s'est rien passé à ce moment-là qui ait pu amener Shropshire à faire feu à trois reprises sur Buffam. Monsieur Shropshire affirme avoir des remords pour ses actes, mais il ne semble pas disposé à expliquer pourquoi il a tué M. Buffam.

Lang dit que, pour des raisons qui lui échappent complètement, Shropshire a fait feu à trois reprises sur Buffam au moment où ils allaient tous les trois entrer dans le garage pour conclure le marché concernant la mari-

depending upon whose version you accept it was either to get him to come back to the house and phone the police or to kill him as well. Independent witnesses noted the car chase but only Lang could say that Shropshire attempted to shoot him in this chase. Various shouts by Shropshire to Lang about "Hacksaw told me to do it" were made. Hacksaw is apparently the nickname of another associate. It is all very strange, made even stranger by Mr. Shropshire's unwillingness or inability to explain his actions.

Mr. Shropshire is only twenty-three years old but has a criminal record for both narcotic offences and offences of violence. He has the support of both his parents and his wife with whom he has two children. He appears to have been involved in the criminal element for most of his young years, and while I would not want to unduly affect what must be a life that is still very much capable of reformation, given the factors which I must consider, balanced against the facts, I believe the period of ineligibility must be for twelve years. I so impose such period.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 90 C.C.C. (3d) 234

⁹ The majority of the court allowed the appeal against sentence and reduced the period of parole ineligibility to 10 years.

(i) per Lambert J.A. (Cumming J.A. concurring)

¹⁰ Lambert J.A. found it hard to conceive that "the sentencing principles of general deterrence and specific deterrence should have any application in setting a period of ineligibility of parole of longer than 10 years" (p. 237). He stated that if someone was not deterred by the thought of a life sentence coupled with ineligibility for parole for a period of 10 years, then it was hard to conceive that extending the period of ineligibility for parole would have any deterrent effect on that person.

¹¹ Lambert J.A. found that the effect of an order imposing a period of parole ineligibility longer than 10 years was to prevent the parole board from

juana. Shropshire a alors poursuivi Lang en voiture soit, selon la version des faits que l'on accepte, pour le faire revenir à la maison et appeler la police, soit pour le tuer lui aussi. Des témoins étrangers à cette affaire ont remarqué la poursuite en voiture, mais seul Lang a été en mesure de dire que Shropshire avait tenté de l'abattre à ce moment-là. Shropshire a crié à Lang à plusieurs reprises: «C'est Hacksaw qui m'a dit de faire ça». Hacksaw est apparemment le sobriquet d'un autre associé. Tout cela est très étrange, surtout que M. Shropshire n'a ni voulu ni pu expliquer ses actes.

Monsieur Shropshire n'a que vingt-trois ans, mais il a un casier judiciaire faisant état d'infractions en matière de stupéfiants et de crimes violents. Il a l'appui de ses parents et de sa femme avec qui il a eu deux enfants. Il semble avoir côtoyé des criminels durant la majeure partie de sa jeunesse et, bien que je ne veuille pas influencer indûment sur une vie qui doit être encore tout à fait susceptible de devenir rangée, étant donné les facteurs dont je dois tenir compte, après avoir soupesé les faits, je crois qu'il convient de fixer à douze ans le délai préalable à sa libération conditionnelle. C'est le délai que je fixe.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1994), 90 C.C.C. (3d) 234

La cour, à la majorité, a accueilli l'appel interjeté contre la peine et a réduit à 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle.

(i) le juge Lambert (avec l'appui du juge Cumming)

Le juge Lambert a conclu qu'il était difficile de concevoir que [TRADUCTION] «les principes de dissuasion générale et de dissuasion particulière qui régissent la détermination de la peine devraient s'appliquer pour fixer à plus de 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle» (p. 237). Il a affirmé que, si une personne n'était pas dissuadée par la pensée d'un emprisonnement à perpétuité assorti de l'impossibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans, il était alors difficilement concevable que la prorogation de ce délai préalable aurait quelque effet dissuasif sur elle.

Le juge Lambert a conclu qu'une ordonnance portant à plus de 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle avait pour effet d'empêcher

exercising “the very function it is designed to perform” (p. 238). To this end, so as not to usurp the function of the parole board, such an order could only be issued in unusual circumstances. More specifically, the extended period of the parole ineligibility order could only be based upon two justifications. First, if “the judge forms the impression that the convicted person is dangerous if left at large and will continue to be dangerous after the passage of 10 years and that the evidence at trial is such that the judge considers that he has a clearer view of the danger of the person in question than the parole board will have in 10 years time, when the relevance of the question of danger becomes significant at all” (p. 238). Second, when denunciation is of the essence: “a conclusion that a sentence of life imprisonment coupled with parole ineligibility for a period of 10 years is an insufficient denunciation by society, having regard to the gravity of the offence” (p. 238).

Lambert J.A. then concluded that neither of these reasons justified McKinnon J.’s decision to extend the period of parole ineligibility in this case. With respect to dangerousness, Lambert J.A. observed that McKinnon J. had failed to give sufficient reasons for forming his opinion. Regarding denunciation, Lambert J.A. held (at pp. 238-39):

... in imposing such a denunciatory sentence ... the cost of keeping him in for extra years is in excess of \$50,000 a year ... and ... in imposing extra years of parole ineligibility it must be concluded that the extra denunciation is worth more than \$50,000 a year to society.

I cannot fit the reason given by the sentencing judge, namely, that there was no explanation given by the accused when he pleaded guilty about why he committed this murder, within the two categories which I have

la commission des libérations conditionnelles d’exercer [TRADUCTION] «la fonction même pour laquelle elle a été constituée» (p. 238). C’est pourquoi, afin de ne pas usurper la fonction de la commission des libérations conditionnelles, une telle ordonnance ne pourrait être rendue que dans des circonstances exceptionnelles. Plus précisément, seules deux raisons pourraient justifier une ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle. Premièrement, lorsque [TRADUCTION] «le juge a l’impression que la personne déclarée coupable sera dangereuse si elle est remise en liberté et qu’elle le sera encore dans 10 ans, et que la preuve produite au procès l’amène à considérer qu’il a une meilleure perception du danger que la personne en question représente que ne l’aura la commission des libérations conditionnelles dans 10 ans, quand la question du danger deviendra importante de toute façon» (p. 238). Deuxièmement, lorsque la réprobation s’impose: [TRADUCTION] «une conclusion que l’emprisonnement à perpétuité assorti de l’impossibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans est une forme de réprobation sociale insuffisante, eu égard à la gravité de l’infraction» (p. 238).

Le juge Lambert a conclu ensuite qu’aucune de ces raisons ne justifiait, en l’espèce, la décision du juge McKinnon de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle. Quant à la dangerosité, le juge Lambert a fait observer que le juge McKinnon n’avait pas suffisamment motivé son opinion. Au sujet de la réprobation, le juge Lambert conclut, aux pp. 238 et 239:

[TRADUCTION] ... en imposant une telle peine exemplaire [...] son incarcération pour quelques années de plus coûte au-delà de 50 000 \$ par an [...] et [...] en prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle, il faut conclure que cette mesure de réprobation supplémentaire vaut plus que 50 000 \$ par an pour la société.

Je suis incapable de classer, dans l’une ou l’autre des deux catégories que j’ai mentionnées, la raison donnée par le juge qui a prononcé la peine, à savoir que l’accusé, quand il a plaidé coupable, n’a pas expliqué pour-

mentioned. I do not think that reason comes either in the first category of dangerousness, or within the second category of denunciation.

.... I think it is a relevant circumstance that both Crown counsel and defence counsel, in their submissions to the sentencing judge, submitted that a period of parole ineligibility of 10 years as required by the *Code* was the appropriate period.

I consider in this case that a period of parole ineligibility of 10 years meets the goals of Parliament in enacting these provisions. I do not think there was any unusual circumstance in this case ... which would justify an increase.

(ii) *per* Goldie J.A. (dissenting)

Goldie J.A. held that the *Criminal Code* requires a trial judge to consider the circumstances surrounding the commission of the crime. Goldie J.A. stated that the effect of the respondent's refusal to disclose the circumstances surrounding the incident "blocks at the threshold a meaningful consideration of the reasons for his anti-social behaviour, that is to say, for an act the foreseeable consequence of which was death — the very epitome of anti-social behaviour" (p. 241). He concluded therefore that the respondent's silence was of relevance in justifying the imposition of a longer period of parole ineligibility (at p. 241):

In my view, in the absence of any explanation, a virtually random, certainly irrational on the face of it, and senseless taking of a life should put this behaviour at the upper end, not the lower end of the offence of second degree murder. Furthermore, in the absence of an explanation it was entirely open to the sentencing judge to treat the earlier convictions of robbery and armed robbery, although committed six years before, as offences of violence. I take from that, he treated this offence as continuing evidence of a propensity. Indeed, there was nothing that would have allowed him to treat the killing here as the aberration of the moment.

In my view, the deliberate refusal to offer an explanation for the occurrence of such a serious offence is a cir-

quoi il avait commis ce meurtre. Je ne pense pas que cette raison entre dans la première catégorie, celle de la dangerosité, ou dans la seconde catégorie, celle de la réprobation.

... je crois qu'il est pertinent de mentionner que les deux avocats du ministère public et de la défense ont fait valoir, dans les observations qu'ils ont présentées au juge appelé à prononcer la peine, que le délai de 10 ans qui, selon le *Code*, doit s'écouler avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle, était celui qui convenait.

J'estime qu'en l'espèce le délai de 10 ans préalable à la libération conditionnelle permet de réaliser les objectifs visés par le législateur en adoptant ces dispositions. Je ne crois pas qu'il y ait eu ici quelque circonstance exceptionnelle [...] qui justifiait un accroissement de ce délai.

(ii) *le juge Goldie* (dissent)

Le juge Goldie a conclu que le *Code criminel* oblige le juge du procès à tenir compte des circonstances entourant la perpétration du crime. Il a dit que le refus par l'intimé de divulguer les circonstances de l'incident [TRADUCTION] «empêche au départ tout examen utile des motifs de son comportement antisocial, c'est-à-dire d'un acte dont la conséquence prévisible était la mort — l'archétype même du comportement antisocial» (p. 241). Il a donc conclu que le silence de l'intimé était pertinent pour justifier la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle (à la p. 241):

[TRADUCTION] À mon avis, en l'absence de toute explication, un homicide commis pratiquement au hasard, certainement insensé et irrationnel à première vue, devrait constituer l'une des formes les plus graves et non l'une des moins graves du meurtre au deuxième degré. En outre, en l'absence d'explication, il était tout à fait loisible au juge appelé à prononcer la peine de tenir pour des crimes violents les infractions de vol qualifié et de vol à main armée dont l'accusé avait déjà été déclaré coupable, bien qu'elles aient été commises six ans plus tôt. J'en déduis qu'il a estimé que cette infraction confirmait une propension. En effet, rien ne lui aurait permis de conclure qu'il s'agissait ici d'un homicide commis dans un moment d'aberration.

À mon sens, le refus délibéré de donner une explication d'un crime aussi grave est une circonstance qui, en

cumstance in itself which should be treated as sufficiently unusual as to justify an increased period of ineligibility. Silence after the plea of guilty is not the same thing as silence before conviction.

Goldie J.A. added that the reason for protecting the right to remain silent disappeared with the plea of guilty. The respondent could not expect to be rewarded for remaining silent in the sentencing circumstances. Goldie J.A. then concluded that the trial judge did not err with respect to the enhanced period of parole ineligibility (at p. 242):

He [the trial judge] took cognizance of the factors he was bound to consider in the unusual circumstance that the [respondent] chose to create. He did not impose a period that suggested he was substituting first degree murder for what occurred. He took into account the character, lifestyle, and age of the accused so far as he could do so in the absence of any cooperation from the [respondent]. He considered the mitigating circumstances so far as he was informed of them. In my view, the added two year period was fit and I would have dismissed the appeal.

IV. Issues on Appeal

I would state the issues in the following manner:

1. What are the appropriate factors for a sentencing judge to consider in determining whether a period of parole ineligibility of longer than 10 years should be awarded for an individual convicted of second degree murder?
2. Given the discretionary nature of an extended period of parole ineligibility order under s. 744 of the *Criminal Code*, what is the appropriate standard of appellate review of such an order?

V. Analysis

- A. *What are the appropriate factors for a sentencing judge to consider in determining whether a period of parole ineligibility of longer than*

soi, doit être considérée comme assez exceptionnelle pour justifier la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle. Le silence après le plaidoyer de culpabilité n'équivaut pas au silence avant la déclaration de culpabilité.

Le juge Goldie a ajouté que le plaidoyer de culpabilité avait supprimé la raison de protéger le droit de garder le silence. L'intimé ne pouvait s'attendre à être récompensé d'avoir gardé le silence au moment du prononcé de la peine. Le juge Goldie conclut ensuite que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle (à la p. 242):

[TRADUCTION] Il [le juge du procès] a pris connaissance des facteurs dont il devait tenir compte dans les circonstances exceptionnelles que [l'intimé] avait choisi de créer. Il n'a pas fixé un délai qui donnait à penser qu'il substituait le meurtre au premier degré à l'infraction effectivement commise. Il a tenu compte du caractère, du style de vie et de l'âge de l'accusé dans la mesure où il pouvait le faire en l'absence de coopération de la part de ce dernier. Il a pris en considération les circonstances atténuantes dans la mesure où il en a été informé. À mon avis, le délai additionnel de deux ans était indiqué et j'aurais rejeté l'appel.

IV. Les questions en litige

Je formulerais les questions en litige de la façon suivante:

1. Quels sont les facteurs dont le juge appelé à prononcer la peine doit tenir compte pour déterminer s'il convient de porter à plus de 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle dans le cas d'une personne déclarée coupable de meurtre au deuxième degré?
2. Étant donné la nature discrétionnaire de l'ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle conformément à l'art. 744 du *Code criminel*, quelle norme doit s'appliquer au contrôle en appel d'une telle ordonnance?

V. Analyse

- A. *Quels sont les facteurs dont le juge appelé à prononcer la peine doit tenir compte pour déterminer s'il convient de porter à plus de*

14

15

10 years should be awarded for an individual convicted of second degree murder?

10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle dans le cas d'une personne déclarée coupable de meurtre au deuxième degré?

16 The majority of the British Columbia Court of Appeal held that there are only two factors to consider in justifying an enhanced period of parole ineligibility: (1) an assessment of future dangerousness, and (2) denunciation. With respect, I disagree. Although these factors are of relevance in justifying an extension of the period of parole ineligibility, they are by no means determinative or exclusive.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé, à la majorité, que seulement deux facteurs doivent être considérés pour justifier la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle: (1) la détermination de la dangerosité future, et (2) la réprobation. En toute déférence, je ne suis pas du même avis. Bien que ces facteurs soient pertinents pour justifier une prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle, ils ne sont nullement décisifs ou exclusifs.

17 Section 744 of the *Criminal Code* authorizes a trial judge to impose a period of parole ineligibility greater than the minimum 10-year period. This provision, which governs this appeal, reads as follows:

L'article 744 du *Code criminel* autorise le juge du procès à porter, au-delà du minimum de 10 ans, le délai préalable à la libération conditionnelle. Cette disposition, qui régit le présent pourvoi, est ainsi conçue:

744. Subject to section 744.1, at the time of the sentencing under paragraph 742(b) of an offender who is convicted of second degree murder, the judge who presided at the trial of the offender . . . may, having regard to the character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission . . . substitute for ten years a number of years of imprisonment (being more than ten but not more than twenty-five) without eligibility for parole, as the judge deems fit in the circumstances. [Emphasis added.]

744. Sous réserve de l'article 744.1, au moment de prononcer la peine conformément à l'alinéa 742b), le juge qui préside au procès du contrevenant déclaré coupable de meurtre au deuxième degré [. . .] peut, compte tenu du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de cette dernière [. . .] porter, par ordonnance, le délai préalable à sa libération conditionnelle au nombre d'années, compris entre dix et vingt-cinq, qu'il estime indiqué dans les circonstances. [Je souligne.]

18 The determination under s. 744 is thus a very fact-sensitive process. The factors to be considered in fixing an extended period of parole ineligibility are:

La décision rendue en application de l'art. 744 dépend donc largement des faits. Les facteurs dont il faut tenir compte pour proroger le délai préalable à la libération conditionnelle sont les suivants:

- (1) the character of the offender;
- (2) the nature of the offence; and
- (3) the circumstances surrounding the commission of the offence;

- (1) le caractère du contrevenant;
- (2) la nature de l'infraction; et
- (3) les circonstances de l'infraction.

all bearing in mind the discretionary power conferred on the trial judge.

Ce sont tous des facteurs qu'on doit considérer en ayant à l'esprit le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès.

19 No reference is made to denunciation or assessments of future dangerousness in the statutory language. By elevating "denunciation" and "assessment of future dangerousness" as the only criteria

Le texte de loi ne mentionne pas la réprobation ni la détermination de la dangerosité future. En faisant de la «réprobation» et de la «détermination de la dangerosité future» les seuls critères applicables

by which extended periods of parole ineligibility can be determined, the majority of the British Columbia Court of Appeal has, in effect, judicially amended the clear statutory language. This is not to say, however, that these two criteria should not be part of the analysis. For example, "denunciation" can fall within the statutory criterion of the "nature of the offence". Similarly, "future dangerousness" can fall within the rubric of the "character of the offender".

On the issue of denunciation, Lambert J.A. stated that it would not provide a valid basis for ordering a longer period of parole ineligibility unless it is "concluded that the extra denunciation is worth more than \$50,000 a year to society" (p. 239). I cannot accept that position. It is entirely inappropriate to require a trial judge to engage in such a cost/benefit budgetary analysis. As submitted by the appellant before this Court:

The question of how society allocates public resources is for Parliament to determine. By enacting s. 744, Parliament has determined that some of society's resources will be allocated to imprisoning convicted murderers beyond the ten year point. If Parliament determines that the fiscal cost of that incarceration is too high, then they can amend s. 744. It is not the task of individual judges carrying out the sentencing process to engage in that kind of budgetary analysis.

Furthermore, this sort of fiscal analysis would yield undesirable results from a policy perspective.

"Deterrence" is also a relevant criterion in justifying a s. 744 order. Parole eligibility informs the content of the "punishment" meted out to an offender: for example, there is a very significant difference between being behind bars and functioning within society while on conditional release. Consequently, I believe that lengthened periods of parole ineligibility could reasonably be expected to deter some persons from reoffending. Such is also the position of a variety of provincial appellate courts, from which the British Columbia Court of Appeal presently diverges: *R. v. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169 (Sask. C.A.); *R. v. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141 (N.S.C.A.);

pour proroger le délai préalable à la libération conditionnelle, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a en fait modifié le texte clair de la loi. Cela ne veut pas dire, cependant, que ces deux critères ne devraient pas entrer en ligne de compte. Par exemple, la «réprobation» peut être visée par le critère légal de la «nature de l'infraction». De même, la «dangerosité future» peut être visée par le facteur du «caractère du contrevenant».

Quant à la question de la réprobation, le juge Lambert a dit qu'elle ne constituerait pas une raison valable de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle, sauf si on [TRADUCTION] «conclu[t] que cette mesure de réprobation supplémentaire vaut plus que 50 000 \$ par an pour la société» (p. 239). Je ne saurais souscrire à cette thèse. Il est tout à fait inopportun d'obliger le juge du procès à entreprendre une telle analyse des coûts et des avantages. Comme l'a affirmé l'appelante devant notre Cour:

[TRADUCTION] C'est au législateur qu'il appartient de décider de l'affectation des deniers publics. En adoptant l'art. 744, le législateur a décidé d'affecter une partie des deniers publics à l'incarcération des meurtriers au-delà du délai de dix ans. Si le législateur décide que cette incarcération coûte trop cher, il peut alors modifier l'art. 744. Il n'appartient pas aux juges qui prononcent les peines de faire ce type d'analyse budgétaire.

De plus, ce genre d'analyse financière produirait en principe des résultats peu souhaitables.

La «dissuasion» est aussi un critère pertinent pour justifier une ordonnance fondée sur l'art. 744. Le fait d'être admissible ou non à la libération conditionnelle est un élément constitutif du «châtiment» infligé au contrevenant: par exemple, il y a une différence très grande entre être derrière les barreaux et vivre dans la société en bénéficiant d'une libération conditionnelle. En conséquence, je crois que l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle dissuade certaines personnes de récidiver. Tel est aussi le point de vue qu'ont adopté diverses cours d'appel provinciales, et que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne

20

21

R. v. Young (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (N.S.C.A.); *R. v. Able* (1993), 65 O.A.C. 37 (C.A.); *R. v. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57 (Man. C.A.), *per* Twaddle J.A. (Scott C.J.M. concurring), at p. 61: "Parliament's purpose in adding a minimum period of parole ineligibility to a life sentence was, in my view, twofold. It was to deter and denounce the crime".

22

More importantly, the British Columbia Court of Appeal's position is also irreconcilable with the view taken by this Court of the interplay between parole eligibility and deterrence. For example, in *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, at p. 704 it was stated:

... the distinction between first and second degree murder... is a maximum extra fifteen years that must be served before one is eligible for parole... Parliament's decision to treat more seriously murders that have been committed while the offender is exploiting a position of power through illegal domination of the victim [i.e. first degree murder] accords with the principle that there must be a proportionality between a sentence and the moral blameworthiness of the offender and other considerations such as deterrence and societal condemnation of the acts of the offender. [Emphasis added.]

23

The only difference in terms of punishment between first and second degree murder is the duration of parole ineligibility. This clearly indicates that parole ineligibility is part of the "punishment" and thereby forms an important element of sentencing policy. As such, it must be concerned with deterrence, whether general or specific. The jurisprudence of this Court is clear that deterrence is a well-established objective of sentencing policy. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, La Forest J. held at p. 329:

partage pas en l'espèce: *R. c. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169 (C.A. Sask.); *R. c. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141 (C.A.N.-É.); *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (C.A.N.-É.); *R. c. Able* (1993), 65 O.A.C. 37 (C.A.); *R. c. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57 (C.A. Man.), le juge Twaddle (avec l'appui du juge en chef Scott), à la p. 61: [TRADUCTION] «En fixant un délai minimal préalable à la libération conditionnelle dans le cas de l'emprisonnement à perpétuité, le législateur visait, à mon sens, un double objectif: dissuader et réprouver le crime».

Ce qui est plus important, c'est que la position de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est également inconciliable avec le point de vue de notre Cour sur l'interaction de l'admissibilité à la libération conditionnelle et de la dissuasion. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, à la p. 704, on peut lire ce qui suit:

... la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré [...] est qu'un maximum de quinze années supplémentaires d'incarcération doivent être purgées avant que quelqu'un soit admissible à la libération conditionnelle. [...] La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de puissance par la domination illégale de la victime [c.-à-d. le meurtre au premier degré] est conforme au principe qu'il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu'à d'autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant. [Je souligne.]

La seule différence au niveau du châtimeut entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré réside dans la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Cela indique clairement que l'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du «châtiment» et est donc un élément important de la politique en matière de détermination de la peine. En tant que telle, elle doit avoir un rapport avec la dissuasion générale ou particulière. Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour que la dissuasion est un objectif bien établi de la politique en matière de détermination de la peine. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest conclut, à la p. 329:

In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender. No one would suggest that any of these functional considerations should be excluded from the legitimate purview of legislative or judicial decisions regarding sentencing.

Section 744 must be concerned with all of the factors cited in *Lyons*. In *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, the importance of structuring sentences to take into account the individual accused and the particular crime was emphasized. This is also a factor that any order made pursuant to s. 744 ought to take into consideration.

The exercise of a trial judge's discretion under s. 744 should not be more strictly circumscribed than the sentencing itself. The section does not embody any limiting statutory language; rather it is quite the contrary. In its terms, it is very similar to s. 745, which permits an application to be made to reduce the parole ineligibility period after 15 years of incarceration. Section 745 has recently been given judicial scrutiny by this Court in *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481. That case involved an assessment of the relevant considerations for a jury hearing a s. 745 application; Lamer C.J. concluded at p. 500:

It is true that deterrence is one of the functions of the penalty and that it is therefore legitimate for the jury to take this factor into account when hearing an application under s. 745.

There is no reason why the functions of s. 744 should be given a more restrictive interpretation than those of s. 745.

In any event, independent of the effect that parole ineligibility may empirically have on recidivism, Lambert J.A.'s reasoning, in both this case as well as in *R. v. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257, completely precludes the concept of "deterrence" from informing the decision of whether or not to extend the period of parole ineligibility. This in my view constitutes an unduly restrictive interpretation of s. 744 and erroneously contravenes the

Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. Personne n'a prétendu que l'une quelconque de ces considérations pratiques ne devrait pas entrer en ligne de compte dans les décisions législatives ou judiciaires concernant les peines à imposer.

L'analyse visée à l'art. 744 doit porter sur tous les facteurs cités dans l'arrêt *Lyons*. Dans l'arrêt *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, on a souligné l'importance de déterminer la peine en fonction de l'accusé et du crime particulier qu'il a commis. C'est là également un facteur dont toute ordonnance fondée sur l'art. 744 devrait tenir compte.

L'exercice par le juge du procès du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 744 ne devrait pas être plus limité que le processus de détermination de la peine lui-même. Cette disposition n'est en rien limitative, au contraire. En raison de son libellé, elle ressemble beaucoup à l'art. 745 qui permet à la personne qui a purgé 15 ans de sa peine d'emprisonnement de demander la réduction du délai préalable à sa libération conditionnelle. L'article 745 a récemment été étudié par notre Cour dans *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481. Cette affaire portait sur les considérations qui sont pertinentes pour le jury qui entend une demande fondée sur l'art. 745; le juge en chef Lamer conclut, à la p. 500:

Il est vrai que la dissuasion est l'une des fonctions de la peine et qu'en conséquence, il est légitime que le jury tienne compte de ce facteur lorsqu'il entend une requête selon l'art. 745.

Il n'y a aucune raison de donner une interprétation plus restrictive aux fonctions de l'art. 744 qu'à celles de l'art. 745.

De toute façon, peu importe l'effet que l'inadmissibilité à la libération conditionnelle peut avoir empiriquement sur le récidivisme, selon le raisonnement suivi par le juge Lambert dans la présente affaire et dans l'arrêt *R. c. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257, le concept de la «dissuasion» ne peut absolument pas sous-tendre la décision de proroger ou non le délai préalable à la libération conditionnelle. Cela est, à mon sens, une interpré-

jurisprudence of this court as well as other appellate courts.

tation trop restrictive de l'art. 744, et va à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour et d'autres cours d'appel.

26 I also find it necessary to deal with Lambert J.A.'s conclusion that a period of parole ineligibility in excess of 10 years will not be justified unless there are "unusual circumstances". This conclusion resonates in the earlier decisions of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394, and *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193. In my opinion, this is too high a standard and makes it overly difficult for trial judges to exercise the discretionary power to set extended periods of parole ineligibility. The language of s. 744 does not require "unusual circumstances". As a result, to so require by judicial pronouncement runs contrary to Parliamentary intent.

Le juge également nécessaire d'examiner la conclusion du juge Lambert qu'un délai préalable à la libération conditionnelle de plus de 10 ans ne sera justifié qu'en présence de «circonstances exceptionnelles». Cette conclusion s'inspire des arrêts antérieurs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. c. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394, et *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193. À mon avis, c'est une norme trop sévère qui complique indûment l'exercice, par les juges du procès, de leur pouvoir discrétionnaire de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle. Le libellé de l'art. 744 n'exige pas des «circonstances exceptionnelles». En conséquence, l'exiger par décision judiciaire est contraire à l'intention du législateur.

27 In my opinion, a more appropriate standard, which would better reflect the intentions of Parliament, can be stated in this manner: as a general rule, the period of parole ineligibility shall be for 10 years, but this can be ousted by a determination of the trial judge that, according to the criteria enumerated in s. 744, the offender should wait a longer period before having his suitability to be released into the general public assessed. To this end, 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.

À mon avis, une norme plus appropriée, qui refléterait davantage l'intention du législateur, peut être formulée ainsi: en règle générale, le délai préalable à la libération conditionnelle est de 10 ans, mais le juge du procès peut y déroger en décidant que, suivant les critères énumérés à l'art. 744, qu'un délai plus long devrait s'écouler avant que l'on examine l'opportunité de mettre le contrevenant en liberté. Dans cette optique, 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.

28 I am supported in this conclusion by a review of the legislative history, academic commentary, and judicial interpretation of s. 744, and the sentencing scheme for second degree murder.

Ma conclusion s'appuie sur un examen de l'historique et de l'interprétation judiciaire de l'art. 744, ainsi que de la doctrine s'y rapportant, et sur le régime de détermination de la peine applicable au meurtre au deuxième degré.

29 Section 742(b) of the *Code* provides that a person sentenced to life imprisonment for second degree murder shall not be eligible for parole "until he has served at least ten years of his sentence or such greater number of years, not being more than twenty-five years, as has been substituted therefor pursuant to section 744". In permitting a sliding scale of parole ineligibility,

L'alinéa 742b) du *Code* prévoit qu'une personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au deuxième degré doit, pour être admissible à la libération conditionnelle, avoir purgé «au moins dix ans de la peine, délai que le juge peut porter à au plus vingt-cinq ans en vertu de l'article 744». En permettant de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle à l'intérieur d'une four-

Parliament intended to recognize that, within the category of second degree murder, there will be a broad range of seriousness reflecting varying degrees of moral culpability. As a result, the period of parole ineligibility for second degree murder will run anywhere between a minimum of 10 years and a maximum of 25, the latter being equal to that prescribed for first degree murder. The mere fact that the median period gravitates towards the 10-year minimum does not, *ipso facto*, mean that any other period of time is "unusual".

I should pause to repeat that in the instant appeal we are concerned with a period of parole ineligibility for second degree murder of 12 years, this being only two years more than the minimum.

If the objective of s. 744 is to give the trial judge an element of discretion in sentencing to reflect the fact that within second degree murder there is both a range of seriousness and varying degrees of moral culpability, then it is incorrect to start from the proposition that the sentence must be the statutory minimum unless there are unusual circumstances. As discussed *supra*, a preferable approach would be to view the 10-year period as a minimum contingent on what the "judge deems fit in the circumstances", the content of this "fitness" being informed by the criteria listed in s. 744. As held in other Canadian jurisdictions, the power to extend the period of parole ineligibility need not be sparingly used.

For example, in *R. v. Wenarchuk*, *supra*, the Saskatchewan Court of Appeal (*per* Bayda C.J.S. for a five-judge panel) held at p. 173 that:

[It is no longer appropriate] that the 'order (increasing the parole non-eligibility period) should be sparingly made'. The order should be made whenever such an order is 'fit in the circumstances'. [Emphasis added.]

I would equally affirm the following passage from the decision of the Nova Scotia Court of

chette, le législateur a voulu reconnaître que, dans la catégorie du meurtre au deuxième degré, il y aura divers degrés de gravité qui refléteront différents degrés de culpabilité morale. En conséquence, le délai préalable à la libération conditionnelle pour le meurtre au deuxième degré variera entre un minimum de 10 ans et un maximum de 25 ans, ce qui équivaut, dans le dernier cas, au délai prescrit dans le cas du meurtre au premier degré. Le simple fait que le délai moyen se rapproche du minimum de 10 ans ne signifie pas automatiquement que tout autre délai sera «exceptionnel».

J'ouvre une parenthèse pour répéter que, dans le présent pourvoi, il est question d'un délai préalable à la libération conditionnelle de 12 ans, ce qui représente seulement deux ans de plus que le minimum prévu.

Si l'article 744 a pour objectif de conférer au juge du procès un certain pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine, de manière à refléter le fait qu'il y a divers degrés de gravité et divers degrés de culpabilité morale dans la catégorie du meurtre au deuxième degré, il est alors erroné de partir du principe que la peine à infliger doit être le minimum prescrit par la loi, sauf s'il existe des circonstances exceptionnelles. Comme nous l'avons vu, il serait préférable de considérer le délai de 10 ans comme un minimum que le juge applique selon ce «qu'il estime indiqué dans les circonstances», compte tenu des critères énumérés à l'art. 744. Comme il a été décidé dans d'autres provinces canadiennes, le pouvoir de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle n'a pas à être exercé avec modération.

Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Wenarchuk*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan (le juge en chef Bayda au nom d'une formation de cinq juges) conclut ceci, à la p. 173:

[TRADUCTION] [Il ne convient plus] que les «ordonnances [prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle] soient rendues au compte-gouttes». Ces ordonnances devraient être rendues chaque fois que cela est «indiqué dans les circonstances». [Je souligne.]

Je suis également d'avis de confirmer le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de la

30

31

32

33

Appeal in *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, at p. 5, leave to appeal to this Court refused, [1992] 2 S.C.R. vi, which I find apposite to the present discussion:

The Code does not fix the sentence for second degree murder as life imprisonment with no parole eligibility for ten years. The discretion conferred on the sentencing judge by s. 742(b) and s. 744 is not whether to move from a prima facie period of ten years, but rather what is a fit sentence, applying the proper guidelines. Unusual circumstances are not the prerequisite for moving away from the ten year minimum, although as the cases illustrate, they certainly play a role in the proper exercise of the judicial discretion . . .

It is not the law that unusual circumstances, brutality, torture or a bad record must be demonstrated before the judge may exercise his discretion to move above the ten years minimum. Nor is there any burden on the Crown to demonstrate that the period should be more than the minimum. [Emphasis added.]

On another note, I do not find that permitting trial judges to extend the period of parole ineligibility usurps or impinges upon the function of the parole board. I am cognizant of the fact that, upon the expiry of the period of parole ineligibility, there is no guarantee of release into the public. At that point, it is incumbent upon the parole board to assess the suitability of such release, and in so doing it is guided by the legislative objectives of the parole system: see ss. 101 and 102 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. However, it is clear that the parole board is not the only participant in the parole process. All it is designed to do is, within the parameters defined by the judiciary, decide whether an offender can be released. A key component of those parameters is the determination of when the period of parole eligibility (i.e. when the parole board can commence its administrative review function) starts to run. This is the manner in which the system is geared to function — with complementary yet distinct input from both the judiciary and the parole administrators. It is the role of the sentencing judge to cir-

Nouvelle-Écosse *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, à la p. 5, autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1992] 2 R.C.S. vi, que je juge pertinent relativement à la présente analyse:

[TRADUCTION] Dans le cas du meurtre au deuxième degré, la peine fixée par le *Code* n'est pas l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant dix ans. Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 742b) et l'art. 744 au juge qui prononce la peine consiste non pas à décider s'il convient d'écarter le délai de dix ans qui s'impose à première vue, mais plutôt à déterminer la peine qui est indiquée, selon les lignes directrices appropriées. Il n'est pas indispensable que les circonstances soient exceptionnelles pour que le minimum de dix ans soit écarté, quoique la jurisprudence montre que pareilles circonstances jouent sûrement un rôle dans l'exercice régulier du pouvoir discrétionnaire . . .

Selon la loi, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles, de brutalité, de torture ou de mauvais antécédents pour que le juge puisse exercer son pouvoir discrétionnaire de porter le délai au-delà du minimum de dix ans. Il n'incombe pas non plus au ministère public de montrer qu'il convient de porter le délai au-delà du minimum. [Je souligne.]

Par ailleurs, je ne suis pas d'avis que c'est usurper la fonction de la commission des libérations conditionnelles, ou empiéter sur celle-ci, que de permettre au juge du procès de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle. Je suis conscient du fait qu'à l'expiration du délai préalable à la libération conditionnelle, la mise en liberté n'est pas garantie. Il incombe alors à la commission des libérations conditionnelles d'examiner l'opportunité d'une telle mise en liberté et, ce faisant, elle est guidée par les objectifs légaux du régime de libération conditionnelle: voir les art. 101 et 102 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Toutefois, il est clair que cette commission n'est pas le seul intervenant dans le processus de libération conditionnelle. Son mandat se résume à décider, à l'intérieur des paramètres définis par les tribunaux, si un contrevenant peut être mis en liberté. L'un des éléments clefs de ces paramètres est la détermination du moment où commence à courir le délai préalable à la libération conditionnelle (c.-à-d. le moment où la commission des libé-

cumscribe, in certain statutorily defined circumstances, the operation of the parole board. The decision of McKinnon J. in the case at bar neither skews this balance nor unduly trumps the function of the parole board. As noted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Wenarchuk*, *supra*, at pp. 172-73:

The object of the provision in s. 671 [now s. 744] is not to take away from the Parole Board, or in some way diminish, the Board's function to determine whether the accused is sufficiently rehabilitated (from the standpoint of risk to and the protection of society) to permit his release into society The object, rather, is to give back to the judge some of the discretion he normally has in the matter of sentencing — discretion that the statute took away from him when it provided for a life sentence [for murder] — so that the judge may do justice, not retributive or punitive justice, but justice to reflect the accused's culpability and to better express society's repudiation for the particular crime committed by the particular accused (with that repudiation's attendant beneficial consequences for society, including its protection through individual and general deterrence and, where necessary, segregation from society)

An order under s. 671 does not impinge upon the powers of the Board. At most, it has the effect of *postponing* the Board's exercise of its powers — its full powers. [Emphasis in original.]

Applying these legal principles to the particular facts of this case, I do not see any error on the part of the trial judge. He adverted to the fact that the respondent had pleaded guilty and was only 23 years old. He recognized that the Crown was not seeking a period of parole ineligibility beyond the minimum. Nevertheless, in a legitimate exercise of his discretionary power, and after correctly reviewing the factors set out in s. 744, he imposed a

rations conditionnelles peut commencer à exercer sa fonction administrative d'examen). Voilà comment le régime est destiné à s'appliquer — avec l'apport complémentaire mais distinct des tribunaux et des administrateurs du régime de libération conditionnelle. Il appartient au juge qui prononce la peine de circonscrire, dans certaines circonstances déterminées par la loi, l'activité de la commission des libérations conditionnelles. La décision du juge McKinnon en l'espèce ne fausse pas cet équilibre ni n'usurpe pas indûment la fonction de la commission des libérations conditionnelles. Comme le fait remarquer la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Wenarchuk*, précité, aux pp. 172 et 173:

[TRADUCTION] L'article 671 [maintenant l'art. 744] n'a pas pour objet d'enlever quoi que ce soit à la commission des libérations conditionnelles ni d'amoindrir la fonction de la commission, qui consiste à déterminer si l'accusé est suffisamment réadapté (du point de vue de la protection de la société et du risque qu'il présente pour celle-ci) pour être mis en liberté. [. . .] Il vise plutôt à redonner au juge une partie du pouvoir discrétionnaire dont il est normalement investi en matière de détermination de la peine — pouvoir que la loi lui a enlevé en prévoyant l'emprisonnement à perpétuité [pour meurtre] — de sorte que le juge puisse rendre la justice, non pas la justice punitive, mais la justice qui reflète la culpabilité de l'accusé et qui exprime mieux la réprobation sociale du crime qu'il a commis (laquelle s'accompagne d'avantages pour la société, dont la protection par la dissuasion générale ou particulière et, au besoin, par l'isolement) . . .

L'ordonnance fondée sur l'art. 671 n'empiète pas sur les pouvoirs de la Commission. Tout au plus, elle a pour effet de *différer* l'exercice de ses pouvoirs — ses pleins pouvoirs. [En italique dans l'original.]

Appliquant ces principes juridiques aux faits de la présente affaire, je ne vois aucune erreur de la part du juge du procès. Il a mentionné le fait que l'intimé avait plaidé coupable et qu'il n'était âgé que de 23 ans. Il a reconnu que le ministère public ne demandait pas de porter au-delà du minimum le délai préalable à la libération conditionnelle. Néanmoins, dans l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire et après avoir examiné correctement

12-year period of parole ineligibility. He referred to the following factors as specifically justifying the 12-year period of parole ineligibility:

- (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 has a record for both narcotic offences and violence.

36

Factors (b) and (c) clearly fall within the categories ("character", "nature" and "circumstances surrounding") established by s. 744. As to factor (b), I further note that the Manitoba Court of Appeal, in *R. v. Ly, supra*, held that the period of parole ineligibility could be increased when the murder is committed in the course of another crime, particularly a crime of violence.

37

Factor (a), however, presents some difficulty. The respondent raises the question whether the trial judge erred in interpreting the respondent's silence in such a manner as to justify extending the period of parole ineligibility.

38

In response, I would affirm the analysis of Goldie J.A. in the court below (at pp. 241-42) and would hold that this silence is readily assimilable within the "circumstances surrounding the offence" criterion. The crux of Goldie J.A.'s comments is that, in the absence of any explanation for a random and seemingly senseless killing, the trial judge was correct in sentencing the respondent in light of his refusal to offer an explanation. It was found that his refusal was deliberate and in and of itself unusual. After all, the respondent, a drug dealer with previous convictions for robbery and

les facteurs énumérés à l'art. 744, il a fixé à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle. Les facteurs auxquels il s'est reporté pour justifier de fixer à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle sont les suivants:

- a) les circonstances de l'homicide étaient étranges, car elles n'expliquaient pas véritablement pourquoi il avait été commis, et l'intimé n'a ni voulu ni pu expliquer ses actes,
- b) le meurtre a été commis pendant la perpétration d'une autre infraction, soit un marché concernant de la drogue, et
- c) l'intimé avait un casier judiciaire faisant état d'infractions en matière de stupéfiants et de crimes violents.

Les facteurs b) et c) relèvent clairement des catégories établies à l'art. 744 (celles du «caractère», de la «nature» et des «circonstances»). Quant au facteur b), je souligne en outre que, dans l'arrêt *R. c. Ly*, précité, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que le délai préalable à la libération conditionnelle pouvait être prorogé si le meurtre avait été commis pendant la perpétration d'un autre crime, plus particulièrement d'un crime violent.

Le facteur a) présente cependant certaines difficultés. L'intimé soulève la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en interprétant le silence de l'intimé de manière à justifier la prorogation du délai préalable à sa libération conditionnelle.

Je réponds à cette question en confirmant l'analyse du juge Goldie de la Cour d'appel (aux pp. 241 et 242) et en concluant que ce silence est facilement assimilable au critère des «circonstances» de l'infraction. Le point crucial des observations du juge Goldie est que, en l'absence de toute explication d'un homicide commis au hasard et apparemment insensé, le juge du procès a eu raison de fixer la peine de l'intimé en fonction, notamment, de son refus d'expliquer son acte. Il a estimé que son refus était délibéré et inusité en soi. Après tout, l'intimé, un trafiquant de drogue qui

armed robbery, shot the victim Buffam in cold blood without provocation of any kind.

It is not for the trial judge to speculate what the respondent might have said to mitigate the severity of the offence. I quite agree with Goldie J.A. that 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. However, in so agreeing, I emphasize that the respondent pleaded guilty; I leave for future consideration the question of drawing a negative inference from the silence of the accused when he or she has pleaded not guilty and wishes to appeal the conviction. In the case at bar, the trial judge even went so far as to invite the accused to suggest why he may have committed the offence, but no response was forthcoming. As held by Goldie J.A. (at p. 242), the respondent "cannot expect to be rewarded for remaining silent in the circumstances". The court and the public clearly have an interest in knowing why a human life was taken by an offender.

Goldie J.A.'s comments and the decision of the trial judge on the "silence" issue are fully consonant with the position taken by the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Able*, *supra*, the Court of Appeal increased two co-accused's periods of parole ineligibility. At page 39 it was held:

No explanation has been forthcoming from either of the appellants with respect to the reason for the killing . . . [which] can be best described as a callous, brutal, pointless, execution-style killing of a helpless victim.

I conclude that in certain circumstances, such as those presented in this case, it is proper to take into account the absence of an explanation of attenuating factors.

The respondent suggests that Goldie J.A.'s comments and the decision of the trial judge contravene the pronouncements of this Court in *R. v.*

avait déjà été condamné pour vol qualifié et vol à main armée, a abattu de sang-froid Buffam, sans avoir été le moins provoqué.

Il n'appartient pas au juge du procès de conjecturer sur ce que l'intimé aurait pu dire pour atténuer la gravité du crime. Je suis tout à fait d'accord avec le juge Goldie pour dire 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. Toutefois, en souscrivant ainsi à son opinion, j'insiste sur le fait que l'intimé a plaidé coupable; je remets à plus tard l'examen de la question de savoir si une conclusion défavorable peut être tirée du silence de l'accusé qui a plaidé non coupable et qui souhaite en appeler de sa déclaration de culpabilité. En l'espèce, le juge du procès est allé jusqu'à inviter l'accusé à dire pourquoi il pouvait avoir commis l'infraction en cause, sans toutefois obtenir une réponse. Comme l'a conclu le juge Goldie (à la p. 242), l'intimé [TRADUCTION] «ne peut s'attendre à être récompensé pour avoir gardé le silence dans les circonstances». La cour et la société ont nettement intérêt à savoir pourquoi un contrevenant a tué un être humain.

Les observations du juge Goldie et la décision du juge du procès sur la question du «silence» sont entièrement compatibles avec la position de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'arrêt *R. c. Able*, précité, la Cour d'appel a prorogé le délai préalable à la libération conditionnelle de deux coaccusés. À la page 39, elle conclut:

[TRADUCTION] Aucun des appelants n'a expliqué le motif de l'homicide [. . .], [qui] peut être mieux décrit comme l'assassinat d'une victime impuissante, commis de façon impitoyable, avec brutalité, gratuitement, à la manière d'une exécution.

Je conclus que, dans certaines circonstances comme celles de la présente affaire, il convient de tenir compte de l'absence d'explication de facteurs atténuants.

L'intimé affirme que les observations du juge Goldie et la décision du juge du procès vont à l'encontre de ce que notre Cour a décidé dans l'arrêt

39

40

41

Gardiner, [1982] 2 S.C.R. 368. I recognize that, in *Gardiner*, this Court extended certain procedural rights to sentencing proceedings. However, these were limited to the right to counsel, the right to call evidence, the right to cross-examine and the right to address the court. There is no mention made of the creation in its identical form of a substantive right such as the right to silence.

R. c. Gardiner, [1982] 2 R.C.S. 368. Je reconnais que, dans l'arrêt *Gardiner*, notre Cour a appliqué au processus de détermination de la peine certains droits procéduraux. Toutefois, ces droits se limitaient au droit à l'assistance d'un avocat, au droit de citer des témoins, au droit de contre-interroger et au droit de plaider. Il n'y est aucunement fait mention de la création, sous une forme identique, d'un droit substantiel comme celui de garder le silence.

42

At the sentencing stage, the Crown has already proved beyond a reasonable doubt that the accused has committed the crime for which he or she stood charged or, as in this appeal, the accused has pleaded guilty to the offence; if the accused then seeks to receive the least severe sentence commensurate with his or her conviction (i.e. for second degree murder, life imprisonment with eligibility for parole after 10 years have elapsed) it is incumbent upon the accused to play a somewhat active role in the process. I note that the right to silence is a manifestation of the presumption of innocence: *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293. The presumption of innocence flows to those "charged with an offence" or suspected of having committed one; once an individual has been convicted of an offence he or she is no longer simply "charged".

À l'étape de la détermination de la peine, le ministère public a déjà prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime dont il est inculpé, ou encore, comme en l'espèce, l'accusé a plaidé coupable; si ce dernier demande ensuite que lui soit infligée la peine la moins sévère prévue pour son crime (c.-à-d., dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans), il lui incombe de participer quelque peu activement au processus. Je souligne que le droit de garder le silence est une manifestation de la présomption d'innocence: *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. La présomption d'innocence s'applique à la personne qui est «inculpée» ou qui est soupçonnée d'avoir commis une infraction; une fois qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction, elle n'est plus simplement «inculpée».

B. *Given the discretionary nature of an extended period of parole ineligibility order under s. 744 of the Criminal Code, what is the appropriate standard of appellate review of such an order?*

B. *Étant donné la nature discrétionnaire de l'ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle conformément à l'art. 744 du Code criminel, quelle norme doit s'appliquer au contrôle en appel d'une telle ordonnance?*

43

In my view, the British Columbia Court of Appeal not only erred in law regarding the factors justifying the issuance of an extended period of parole ineligibility order, but also in the standard of appellate review it espoused.

À mon avis, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit non seulement en ce qui concerne les facteurs qui justifient une ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle, mais encore en ce qui a trait à la norme de contrôle qu'elle a appliquée.

44

Lambert J.A. suggested that an appellate court should reduce the period of parole ineligibility imposed by the trial judge unless the trial judge

Le juge Lambert a affirmé qu'une cour d'appel devrait réduire le délai préalable à la libération conditionnelle fixé par le juge du procès, sauf si ce

has given specific reasons which, in the opinion of the appeal court, justify the increased period. This is a very broad standard of review, focusing in an exact manner on the appellate court's assessment of the correctness of the sentencing judge's decision. In my opinion, this standard of review is inappropriate.

Orders made under s. 744 are defined by s. 673 of the *Code* as forming part of the "sentence". They are thus to be appealed pursuant to the statutory right of appeal provided by s. 687(1) of the *Code*. Section 687(1) reads as follows:

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal. [Emphasis added.]

The question, then, is whether a consideration of the "fitness" of a sentence incorporates the very interventionist appellate review propounded by Lambert J.A. With respect, I find that it does not. An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable.

I would adopt the approach taken by the Nova Scotia Court of Appeal in the cases of *R. v. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238, and *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119. In *Pepin*, at p. 251, it was held that:

... in considering whether a sentence should be altered, the test is not whether we would have imposed a differ-

dernier a donné des motifs précis qui, de l'avis de la cour d'appel, justifient la prorogation du délai. C'est là une norme de contrôle très large, qui est axée précisément sur l'appréciation par la cour d'appel de l'exactitude de la décision du juge qui a prononcé la peine. À mon avis, cette norme de contrôle est inadéquate.

Selon l'article 673 du *Code*, les ordonnances fondées sur l'art. 744 font partie de la «sentence». Elles doivent donc être portées en appel conformément au droit d'appel prévu au par. 687(1) du *Code*, qui est ainsi conçu:

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel. [Je souligne.]

Il s'agit donc de savoir si l'examen de la «justesse» d'une peine comporte le contrôle très interventionniste de la cour d'appel, que préconise le juge Lambert. En toute déférence, je conclus que non. Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation d'une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; le juge du procès a l'avantage d'avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d'appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable.

Je ferais mien le point de vue adopté par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans les arrêts *R. c. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238, et *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119. Dans l'arrêt *Pepin*, à la p. 251, la cour conclut:

[TRADUCTION] ... pour décider s'il y a lieu de modifier une peine, il ne s'agit pas de savoir si nous aurions

45

46

47

ent sentence; we must determine if the sentencing judge applied wrong principles or [if] the sentence is clearly or manifestly excessive.

48

Further, in *Muise* it was held at pp. 123-24 that:

In considering the fitness of a sentence imposed by a trial judge, this court has consistently held that it will not interfere unless the sentence imposed is clearly excessive or inadequate

The law on sentence appeals is not complex. If a sentence imposed is not clearly excessive or inadequate it is a fit sentence assuming the trial judge applied the correct principles and considered all relevant facts My view is premised on the reality that sentencing is not an exact science; it is anything but. It is the exercise of judgment taking into consideration relevant legal principles, the circumstances of the offence and the offender. The most that can be expected of a sentencing judge is to arrive at a sentence that is within an acceptable range. In my opinion, that is the true basis upon which Courts of Appeal review sentences when the only issue is whether the sentence is inadequate or excessive.

49

For a similar approach, see *R. v. Émond*, Que. C.A., No. 200-10-000173-893, February 6, 1990, J.E. 90-557.

50

Unreasonableness in the sentencing process involves the sentencing order falling outside the "acceptable range" of orders; this clearly does not arise in the present appeal. An error of law involves a situation such as that found in *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, in which a sentencing judge, while calculating the total time period of incarceration for the purposes of a "half-time" parole ineligibility order under s. 741.2 of the *Code*, erroneously included two offences in the calculations notwithstanding the fact that these specific offences were not listed in the schedule of offences to which the s. 741.2 orders apply.

infligé une peine différente; nous devons décider si le juge qui a prononcé la peine a appliqué des principes erronés ou [. . .] [si] [. . .] la peine est nettement ou manifestement excessive.

En outre, dans l'arrêt *Muise*, la cour tire la conclusion suivante, aux pp. 123 et 124:

[TRADUCTION] Chaque fois que notre cour a été appelée à examiner la justesse d'une peine infligée par un juge du procès, elle a constamment décidé de ne pas intervenir, sauf si la peine était nettement excessive ou inadéquate . . .

La règle de droit applicable aux appels interjetés contre une peine n'est pas complexe. Si la peine infligée n'est pas clairement excessive ou inadéquate, elle est indiquée à supposer que le juge du procès ait appliqué les bons principes et tenu compte de tous les faits pertinents. [. . .] Mon point de vue repose sur le fait que la détermination de la peine n'est pas une science exacte, tout au contraire. C'est un exercice de jugement qui tient compte des principes juridiques pertinents, des circonstances de l'infraction et du contrevenant. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le juge qui prononce la peine en arrivera à une peine qui respectera des limites acceptables. À mon sens, c'est la vraie raison pour laquelle des cours d'appel examinent des peines quand il s'agit seulement de savoir si la peine est inadéquate ou excessive.

Pour un point de vue semblable, voir *R. c. Émond*, C.A. Qué., n° 200-10-000173-893, 6 février 1990, J.E. 90-557.

Pour être considérée comme déraisonnable, l'ordonnance relative à la détermination de la peine doit tomber en dehors des «limites acceptables», ce qui n'est clairement pas le cas en l'espèce. Une erreur de droit suppose une situation comme celle en cause dans l'affaire *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, où le juge qui a prononcé la peine a, en rendant, en vertu de l'art. 741.2 du *Code*, une ordonnance enjoignant de purger la moitié de la peine avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle, inclus par erreur dans le calcul de la durée totale de l'incarcération deux infractions qui n'étaient pas énumérées dans la liste des infractions auxquelles s'appliquent les ordonnances fondées sur l'art. 741.2.

Regarding the issuance of reasons for extending the period of parole ineligibility, it is clear that the provision of reasons by the trial judge will help an appellate court assess the reasonableness of the sentencing decision. In a case where no reasons (either oral or written) are issued, the appellate court may be more inclined to find unreasonable-ness. However, the fact that no reasons are given should not automatically trigger a decision by appeal or appellate courts to reduce (or, for the matter, increase) the period of parole ineligibility imposed by the trial judge. Generally, although it is always preferable, in a matter as important as sentencing, for a trial judge to give reasons, a trial judge does not err merely because no reasons are given for deciding one way or the other: *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664. In any event, this discussion is, to a large extent, unnecessary in so far as the instant appeal is concerned since McKinnon J. clearly indicated why a period of 12 years was appropriate.

Interestingly, I note that the deferential standard of appellate review of sentencing orders presently propounded by the Nova Scotia Court of Appeal had formerly been applicable in British Columbia. In *R. v. Gourgon, supra*, Bull J.A. had held at p. 197:

... the matter is clearly one of discretion and unless patently wrong, or wrong principles applied, or correct principles applied erroneously, or proper factors ignored or overstressed, an appellate Court should be careful not to interfere with the exercise of that discretion of a trial Judge.

Gourgon was impliedly overthrown by the pronouncements of Lambert J.A. in the instant appeal, which, in turn, are traceable to *R. v. Brown, supra*, and *R. v. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257 (B.C.C.A.), *per* Nemetz C.J.B.C. As can be gleaned from this discussion, I find Bull J.A.'s standard to be preferable and better aligned with generally accepted jurisprudential principles. In

Quant à la question des motifs justifiant la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle, il est clair qu'en exposant ses motifs le juge du procès aide la cour d'appel à évaluer le caractère raisonnable de la peine infligée. En l'absence de motifs (exposés par écrit ou verbalement), la cour d'appel aura davantage tendance à conclure au caractère déraisonnable. Toutefois, l'absence de motifs ne devrait pas amener automatiquement la cour d'appel à décider de réduire (ou encore de proroger) le délai préalable à la libération conditionnelle que le juge du procès a fixé. En règle générale, bien qu'il soit toujours préférable que le juge du procès expose ses motifs dans un domaine aussi important que la détermination de la peine, celui-ci ne commet pas une erreur du seul fait qu'il ne motive pas sa décision quelle qu'elle soit: *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 664. De toute façon, en ce qui concerne le présent pourvoi, cette analyse est en grande partie inutile étant donné que le juge McKinnon a clairement indiqué pourquoi il convenait de fixer un délai de 12 ans.

Il est intéressant de souligner que la norme de retenue que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse préconise à l'heure actuelle en matière de contrôle des ordonnances relatives à la détermination de la peine est celle qui s'appliquait auparavant en Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *R. c. Gourgon*, précité, le juge Bull de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut, à la p. 197:

[TRADUCTION] ... il est nettement question du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et, à moins que des principes erronés ou manifestement erronés ne soient appliqués, que des principes corrects ne soient appliqués erronément, ou que des facteurs appropriés ne soient ignorés ou soulignés exagérément, une cour d'appel devrait prendre garde d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir.

L'arrêt *Gourgon* a été renversé implicitement par la décision du juge Lambert en l'espèce, qui peut être associée à l'arrêt *R. c. Brown*, précité, et à l'arrêt *R. c. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257 (C.A.C.-B.), le juge en chef Nemetz. Comme il ressort de la présente analyse, je suis d'avis que la norme du juge Bull est préférable et plus conforme aux principes généralement acceptés par les tribu-

this connection, on the issue of appellate review I would reject Lambert J.A.'s pronouncements in the instant appeal to the extent that they overturn *Gourgon* and diverge from *Pepin* and *Muise*.

VI. Conclusions and Disposition

The trial judge properly considered the relevant factors in exercising the discretionary jurisdiction given to him under s. 744. The Court of Appeal erred in postulating an unduly restrictive and narrow approach to s. 744 and by adopting a standard of appellate review that was tantamount to substituting its opinion for that of the trial judge. Consequently, I would allow the appeal, set aside the decision of the British Columbia Court of Appeal, and restore the trial judge's s. 744 order of a period of parole ineligibility of 12 years.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Zipp & Company, Coquitlam.

naux. À cet égard, quant à la question du contrôle en appel, je suis d'avis de rejeter la décision du juge Lambert en l'espèce, dans la mesure où elle a pour effet de renverser l'arrêt *Gourgon* et où elle diverge des arrêts *Pepin* et *Muise*.

VI. Conclusions et dispositif

Le juge du procès a tenu compte à bon droit des facteurs pertinents dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 744. La Cour d'appel a commis une erreur en optant pour une interprétation trop restrictive de l'art. 744 et en adoptant une norme de contrôle qui équivalait à substituer son opinion à celle du juge du procès. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir l'ordonnance fixant à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle, que le juge du procès a rendue en vertu de l'art. 744.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Zipp & Company, Coquitlam.