

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

3-21-CA

ABDUL BARI

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

Bari v. R., 2022 NBCA 53

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard  
The Honourable Justice Baird  
The Honourable Justice French

Appeal from decisions of the Court of Queen's  
Bench:  
June 22, 2020, and December 18, 2020

History of case:

Decisions under appeal:  
2020 NBQB 112  
2020 NBQB 250

Preliminary or incidental proceedings:  
N.A.

Appeal heard:  
September 16, 2021 and  
June 29, 2022

Judgment rendered:  
September 23, 2022

Reasons for judgment by:  
The Honourable Chief Justice Richard

Concurred in by:  
The Honourable Justice Baird  
The Honourable Justice French

ABDUL BARI

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Bari c. R., 2022 NBCA 53

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard  
l'honorable juge Baird  
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 22 juin 2020 et le 18 décembre 2020

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :  
2020 NBQB 112  
2020 NBQB 250

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
le 16 septembre 2021 et  
le 29 juin 2022

Jugement rendu :  
le 23 septembre 2022

Motifs de jugement :  
l'honorable juge en chef Richard

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Baird  
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Ben Reentovich

For the respondent:  
Patrick McGuinty and  
Rachel Anstey

### THE COURT

This appeal is from two decisions issued by the Court of Queen's Bench on a "faint hope" application under s. 745.6 of the *Criminal Code*. The first decision addresses the constitutionality of certain provisions of the *Criminal Code* and the second is the ultimate decision on the faint hope application. While the first decision is found to have been in error, the second decision is upheld, and the appeal is therefore dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Ben Reentovich

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty et  
Rachel Anstey

### LA COUR

Le présent appel porte sur deux décisions rendues par la Cour du Banc de la Reine dans le contexte d'une requête fondée sur la disposition de la « dernière chance » prévue à l'art.~745.61 du *Code criminel*. La première décision porte sur la constitutionnalité de certaines dispositions du *Code criminel* et la seconde constitue la décision définitive sur la demande fondée sur la disposition de la dernière chance. Bien que la première décision soit jugée erronée, la seconde décision est confirmée et l'appel est donc rejeté.

The following is the judgment delivered by

RICHARD C.J.N.B.

I. Introduction

[1] When capital punishment was abolished in Canada and a new classification system for murder was introduced, the maximum sentence of imprisonment for life without eligibility for parole for 25 years was tempered with a provision entitling an offender to apply to a jury for a reduction of the period of parole ineligibility after 15 years. This provision is known as the “faint hope clause.”

[2] Over the years, the faint hope regime has changed. In 1997, a judicial screening mechanism was introduced to ensure that only cases with a “reasonable prospect” of success would go on to be considered by a jury. In 2011, the faint hope regime was abolished for crimes committed after December 2, 2011, and a stricter threshold test was introduced. Since then, only those cases with a “substantial likelihood” of success are submitted to a jury, regardless of the test in place when the offence was committed, or the offender was sentenced.

[3] The constitutional validity of the retrospective application of this new threshold test is one of two grounds raised in this appeal. The other ground asks whether, on application of the proper test, this case should be submitted to a jury.

[4] In my view, retrospectively changing the threshold test from “reasonable prospect” to “substantial likelihood” of success violates s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved by s. 1, which provides that the rights and freedoms guaranteed in the *Charter* are subject “to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.” This said, when the proper test is applied in the present case, I conclude there is no reasonable prospect

for Mr. Bari's application to succeed before a jury. As a result, and for the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

## II. Analysis

[5] On September 28, 2004, at the culmination of a trial by judge and jury, Abdul Bari was found guilty of first degree murder for the 2003 premeditated killing of his wife, Shaila Bari. He was sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole for 25 years. An appeal to this Court was unsuccessful (*Bari v. R.*, 2006 NBCA 119, 308 N.B.R. (2d) 247), as was an application for leave to appeal to the Supreme Court (*R. v. Bari*, [2007] S.C.C.A. No. 236 (QL)).

[6] After 15 years of incarceration, Mr. Bari turned to the faint hope clause and applied to the Chief Justice of the Court of Queen's Bench to have a jury empanelled to consider a reduction in the number of years he must serve before being eligible for parole.

[7] Section 745.61 of the *Criminal Code* sets out the gatekeeping role of the Chief Justice (or a designate) in an application under the faint hope clause. The Chief Justice must first determine whether the applicant has met a certain threshold to justify the application being heard by a jury. If so, a jury is empanelled. If not, the applicant may apply again later unless the Chief Justice decides otherwise. In determining whether the threshold has been met, the Chief Justice considers the same criteria a jury would consider if one were empanelled.

[8] If a jury is empanelled, it must consider the criteria set out in s. 745.63(1). The jury must be unanimous when deciding to reduce the number of years of imprisonment without eligibility for parole but need not be when either substituting a lesser number of years of parole ineligibility, or immediately terminating parole ineligibility. For this determination, a two-thirds majority will suffice. Of course, the jury does not decide whether parole should be granted, as this decision befalls the Parole

Board of Canada under the authority of the *Corrections and Conditional Releases Act*, S.C. 1992, c. 20.

[9] The legislated threshold to be applied by the Chief Justice at the initial screening stage of the application changed between the time Mr. Bari murdered his wife and the time he applied for a reduction in the number of years before being eligible for parole. In 2003, the judicial determination was based on whether an applicant had shown, on a balance of probabilities, that there was a reasonable prospect that the application would succeed. When Mr. Bari applied under the faint hope clause, the retroactive amendments to s. 745.61(1) that were enacted in 2011 now required him to show, “on a balance of probabilities, that there is a substantial likelihood that the application will succeed” (emphasis added).

[10] Upon applying for a reduction in his parole ineligibility, Mr. Bari challenged the constitutionality of the retrospective application of the new threshold test, arguing this violated his right to benefit from the lesser punishment guaranteed by s. 11(i) of the *Charter*. The Chief Justice of the Court of Queen’s Bench rejected this argument. In *Bari v. R.*, 2020 NBQB 112, [2020] N.B.J. No. 171 (QL) (the “*Charter* challenge decision”), she held that, although the 2011 change to the judicial screening threshold under the faint hope clause amounted to a change in punishment, this did not increase Mr. Bari’s punishment for the purposes of s. 11(i). Noting that Mr. Bari’s application would always be subject to judicial screening, the Chief Justice stated, “[t]he 2011 amendment did not have an impact on the applicant’s settled expectations of how this process would unfold, it simply changed the threshold of the screening mechanism already in place” (para. 29).

[11] Having found no *Charter* violation, the Chief Justice determined whether, on application of the current threshold, Mr. Bari’s application should be heard by a jury. In *Bari v. R.*, 2020 NBQB 250, [2020] N.B.J. No. 344 (QL) (the “judicial screening decision”), she concluded Mr. Bari had failed to establish, on a balance of probabilities, that there was a substantial likelihood that 12 jurors would unanimously decide he should

have an opportunity for early parole. While acknowledging that the evidence, with several letters of support, showed Mr. Bari had been a “model prisoner,” she found 12 jurors would simply be unable to overlook his persistent self-victimization.

A. *Does the retrospective application of the substantial likelihood threshold violate Mr. Bari’s Charter rights?*

(1) History of the faint hope threshold

[12] In this overview, I borrow from Doherty J.A.’s reasons for the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Dell*, 2018 ONCA 674, [2018] O.J. No. 4094 (QL), leave to appeal refused, [2018] S.C.C.A. No. 389 (QL), at paras. 11-26, and from the most thorough review of the evolution of the faint hope regime, found in *R. v. Jenkins*, 2014 ONSC 3223, [2014] O.J. No. 2660 (QL), at paras. 8-40, *per* Pomerance J. See also *R. v. Simmonds*, 2018 BCCA 205, [2018] B.C.J. No. 991 (QL), at paras. 20-28.

[13] The faint hope clause was introduced in 1976 when capital punishment was abolished. It applied to cases of murder or high treason, for which a sentence set parole ineligibility over 15 years. In its first iteration, the faint hope clause lacked a screening mechanism. In our province, an application for a reduction in the period of parole ineligibility required the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench to empanel a jury to consider the matter. To be successful, the application had to garner the support of at least two thirds of the jury.

[14] In 1996, Parliament made three significant changes to the faint hope regime: see *An Act to amend the Criminal Code (judicial review of parole ineligibility) and another Act*, S.C. 1996, c. 34, which came into force on January 9, 1997. First, a judicial screening mechanism was introduced. Under the new provision, a hearing could be held before a jury provided the Chief Justice or a designate first determined an applicant had shown, on a balance of probabilities, that there was “a reasonable prospect” that the application would succeed before a jury. The reasons for implementing a

screening mechanism were (1) to save on judicial resources, and (2) to avoid needlessly subjecting the friends and families of victims to the anguish that a meritless application would cause. A second change to the faint hope process required an applicant to have jury unanimity, as opposed to two thirds, to succeed. Finally, offenders convicted of more than one murder could no longer apply for a reduction in the period of their parole ineligibility.

[15] Several courts interpreted the 1996 screening threshold “as setting a relatively low bar intended to prevent applications being brought before a jury that had no realistic chance of success” (*Dell*, at para. 20). See also *Simmonds*, at para. 106; and *R v. Kent*, 2001 MBQB 350, [2001] M.J. No. 575 (QL), at paras. 43-44. As Pomerance J., of the Ontario Superior Court of Justice, observed in *Jenkins*, this was “akin to asking whether the application was ‘hopeless’” (para. 21). In *R. v. Phillips*, 2012 ONCA 54, [2012] O.J. No. 652 (QL), the Court of Appeal for Ontario distanced itself from such an interpretation, observing that “lowering the threshold to having to establish only that a case is not hopeless would frustrate the purpose of the judicial screening stage” (para. 6). This interpretation arrived too late. By then, Parliament had already amended the faint hope regime, specifically to raise the bar so that only cases with a realistic chance of success would proceed to the jury stage: see the remarks made by the Honourable Rob Nicholson, Minister of Justice and Attorney General of Canada, before the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights on October 19, 2009 (House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, 40-2, No. 38 at 1535-1545, reproduced in *R. v. Khela*, 2021 BCSC 1949, [2021] B.C.J. No. 2155 (QL), at para. 60).

[16] This amendment came into effect in 2011 with *An Act to amend the Criminal Code and another Act*, S.C. 2011, c. 2. The regime was abolished for crimes committed after that Act came into force. As for crimes committed beforehand, the regime continues, subject to certain changes. The principal change is to the screening stage threshold, such that an application will now be considered by a jury only when the

Chief Justice (or a designate) is satisfied, “on a balance of probabilities, that there is a substantial likelihood that the application will succeed.”

[17] Several courts have held that “[t]he 2011 amendments to the judicial screening process imposed a significantly more stringent threshold than had the 1996 amendments”: *Dell*, at para. 25, referring to *Jenkins*, at paras. 14, 26-32; *R. v. Gayle*, [2013] O.J. 4124 (QL), at paras. 7-12; *R. v. Morrison*, 2012 ABQB 619, [2012] A.J. No. 1061 (QL), at para. 42; *Adrian Clive Paul v. H.M.Q.*, 2014 ONSC 1285, [2014] O.J. No. 896 (QL), at paras. 4-8; and *R. v. Point*, 2016 ABQB 496, [2016] A.J. No. 912 (QL), at paras. 17-37.

[18] Other amendments adopted in 2011 include setting strict time limits within which an application must be made and increasing to at least five years the time when a further application may be made, if at all, following an unsuccessful one.

(2) Charter challenges

[19] Both the 1996 and the 2011 sets of amendments introduced changes that were to apply retrospectively to offenders who had already been sentenced and who were subjected to a period of parole ineligibility of more than 15 years. In the former, these offenders would now be subjected to a threshold test before their application could be heard by a jury and would then require jury unanimity for their application to succeed. In the latter, the offenders would have to meet an even more stringent test before their application could proceed to a jury. Unsurprisingly, the retrospective application of both sets of amendments was constitutionally challenged.

[20] Constitutional attacks on the retrospective application of changes to the faint hope regime have primarily focused on one or the other of these two sections of the *Charter*:



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

[...]

**(h)** if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and

**(i)** if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

**11** Tout inculpé a le droit :

[...]

**h)** d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

**i)** de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

[21] Section 7, which guarantees everyone “the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice,” has also been invoked.

[22] Several cases have gone to appeal, but the Supreme Court has yet to address the constitutionality of the retrospective application of the 1996 or 2011 amendments. Following is a chronological review of appellate and other salient cases, two of which postdate the *Charter* challenge decision in the case before us.

[23] First, in 2008, Brunton J., of the Quebec Superior Court, addressed the retrospective application of the 1996 amendments to the faint hope clause: *Fabrikant v. Quebec (Attorney General)*, 2008 QCCS 1637, [2008] Q.J. No. 3463 (QL), aff'd 2014 QCCA 240, [2014] Q.J. No. 892 (QL).

[24] In *Fabrikant*, the offender shot and killed four persons at Concordia University, in Montreal, wounded a fifth and used force to take two others hostage. He was convicted of numerous offences, including four counts of first degree murder, for which he received the mandatory sentence of life imprisonment without eligibility for parole for 25 years. In 1993, when he was sentenced, the law entitled him to bring a faint

hope application to a jury after serving 15 years of his sentence and allowed the period of parole ineligibility to be reduced by a majority of two thirds of jury members. In 1996, the judicial screening mechanism and the jury unanimity rule were introduced and, in 2011, the more stringent screening threshold was established. Mr. Fabrikant argued the retrospective application of the new rules violated his *Charter* rights under ss. 7 and 11(i). The judge designated by the Chief Justice did not agree; neither did the Court of Appeal of Quebec.

[25] Both Brunton J. and the Court of Appeal held that Mr. Fabrikant could not “avail himself of the protection in section 11(i) of the *Charter* in the circumstances because he is no longer a ‘person charged with an offence/inculpé’, within the meaning of that expression in the constitutional text, but rather a person already convicted of an offence” (appeal decision, at para. 37). As for s. 7 of the *Charter*, the Court held that the amendments had “merely changed the procedure” and did not “substantively change [his] right to apply for a reduction in parole ineligibility” (para. 44), nor did it change his “substantive rights in respect of his sentence or the terms of his release” (para. 45). The reasoning held in *Fabrikant* relating to s. 11(i) of the *Charter* does not appear to have been followed in other provinces. In fairness, *Fabrikant* was decided before the Supreme Court rendered key decisions that shaped the interpretation of ss. 11(h) and (i).

[26] Second, in *Jenkins*, the Ontario Superior Court of Justice addressed a case quite like the present one, although, in that case, s. 11(h) of the *Charter* was invoked whereas here Mr. Bari relies on s. 11(i). Both cases considered the change of threshold from reasonable prospect to substantial likelihood.

[27] In 1998, Mr. Jenkins murdered his sister and, in 2001, he was convicted of first degree murder. At the time of the offence, the judicial screening threshold under the faint hope provisions required a “reasonable prospect” of success. By the time Mr. Jenkins was eligible to make a faint hope application, the threshold had become a “substantial likelihood” of success. Mr. Jenkins challenged the retrospective amendments, claiming the stricter standard constituted additional punishment and violated his rights under s. 11(h).

[28] Pomerance J. concluded the 2011 amendment concerns punishment and acknowledged the substantial likelihood standard was “more exacting” than the previous standard (para. 31); however, she held it does not increase the punishment because it did not fundamentally change the nature of the sentence imposed at the time of conviction. In coming to this conclusion, Pomerance J. considered the offender’s expectations of liberty at the time of sentencing, holding that Mr. Jenkins’ expectations with respect to the faint hope clause remained unchanged from the time he was sentenced. While acknowledging the retrospective changes may hypothetically result in longer periods of incarceration for some offenders, Pomerance J. cautioned against losing sight of the focus on the offender’s settled expectations at the time of sentencing. She was of the view that these expectations would not have included the specific screening standard for faint hope applications:

Applying this “context-specific” test in the case at hand [the test in *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] S.C.J. No. 20 (QL)], what were the settled expectations of the applicant with respect to faint hope? At the time the applicant was convicted of first degree murder, the 1997 screening standard was already in place. Therefore, the applicant would have expected:

- a) that, after 15 years, he could apply for a reduction in his parole ineligibility period;
- b) that his written application would be subject to a preliminary screening of merit by a judge. He would only receive a hearing before a jury if he passed the screening threshold; and
- c) if a hearing before a jury were held, the jury would be instructed to consider five criteria in assessing whether the period of parole ineligibility should be reduced. Beyond that, the jury would be given a broad discretion to determine whether the offender is entitled to clemency.

These expectations remain intact. They have not been affected by the legislative amendment. [paras. 95-96]

[29] *Jenkins* was followed in *R. v. Rowe*, 2015 ONSC 2576, [2015] O.J. No. 2696 (QL), where, as in both *Jenkins* and the case before us, the court was invited to consider the constitutionality of the retrospective application of the 2011 amendment from the “reasonable prospect” to the “substantial likelihood” screening threshold. However, as Pomerance J. observed in *R. v. Abram*, 2019 ONSC 3383, [2019] O.J. No. 3001 (QL), para. 11, *Jenkins* was decided before the Court of Appeal for Ontario’s decision in *Dell*, discussed below, and questioned whether *Jenkins* was still good law. The decision in *R. v. Liu*, 2022 ONCA 460, [2022] O.J. No. 2759 (QL), also discussed below, revealed her doubt was justified.

[30] The third case of note is *Simmonds*, where the offender was convicted of a first degree murder committed in 1995 and was sentenced in 2000. In the same interval, Parliament introduced judicial screening of faint hope applications, limiting matters to be submitted to a jury to those that had a reasonable prospect of success. Mr. Simmonds’ application was filed in 2014 after the judicial screening threshold had been changed to the more stringent substantial likelihood test. Invoking s. 11(i) of the *Charter*, he challenged the retrospective application of judicial screening as unconstitutional, arguing his faint hope application should not be subjected to any judicial screening. The application judge did not find any violation of s. 11(i). The Court of Appeal for British Columbia disagreed but held the violation was a reasonable limit justified under s. 1 of the *Charter*.

[31] Writing for the Court, Dickson J.A. concluded, “the introduction of judicial screening into the faint hope regime increased the punishment for murder by reducing an offender’s previously direct access to a jury to seek clemency via reduced parole ineligibility” (para. 5). To reach this conclusion, she considered that, in the case of first degree murder, parole eligibility, coupled with the opportunity to engage in the faint hope process, is part of the sentence itself rather than simply part of the conditions of the sentence. She then relied on *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, and *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, and held that under s. 11(i) of the *Charter* the offender is entitled to the application of the most beneficial provisions when that parole

eligibility is changed between the time of the offence and the time of sentencing. Her reasoning is as follows:

[...] The 25-year period of parole ineligibility forms part of the arsenal of sanctions to which an offender is liable upon conviction and it is imposed for the purpose of deterrence and denunciation. However, the opportunity to engage the faint hope process after 15 years mitigates the harshness of the sentence. Accordingly, that process, included in the sentencing scheme to promote the rehabilitative efforts of offenders and drawn to the offender's attention at the time of sentencing, is part of the overall punishment for the offence of first degree murder [references omitted].

I also conclude that the introduction of judicial screening increased the punishment for first degree murder. It seems to me that, to the extent a mitigating feature of a sentence is limited, reduced or withdrawn by legislation the harshness of the punishment is, as a matter of logic, correspondingly increased. That is what occurred in 1997, when Parliament introduced judicial screening into the faint hope regime. Under the provisions in force when Mr. Simmonds committed his offence, an offender had a right to direct access to a jury to seek clemency by way of reduced parole ineligibility. The introduction of judicial screening limited that opportunity, albeit modestly and for good cause. [paras. 88-89]

Dickson J.A. went on to find the violation was justified under s. 1. Applying the test formulated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, [1986] S.C.J. No. 7 (QL), she explained that the introduction of judicial screening by the 1996 amendments (1) addressed a pressing and substantial objective; (2) was rationally connected to that objective; and (3) impaired s. 11(i) as minimally as reasonably possible in the circumstances. She accepted that “the retrospective 1997 judicial screening amendments represented a reasonable constitutional compromise between the impact on offenders and societal interests” (para. 107).

[32] Fourth is the decision of the Court of Appeal for Ontario in *Dell*, which, like *Simmonds*, was a case involving an applicant under the faint hope regime who

committed her offence when the regime gave direct access to a jury without judicial screening. Ms. Dell murdered her husband in December 1995, was arrested in 1997 and, upon being convicted of first degree murder in 2001, was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years. At the time the offence was committed, the faint hope provisions entitled her to apply to a jury for a reduction of parole ineligibility after 15 years. At the time of her sentencing, the process had been amended to require judicial screening under the reasonable prospect threshold before the application could proceed to a jury. When Ms. Dell brought her faint hope application in 2013, the screening mechanism had been amended to the stricter substantial likelihood standard. Ms. Dell challenged the retrospective application of these amendments, claiming they infringed her rights under ss. 7 and 11(h) and (i) of the *Charter*. The application judge did not find any violation of Ms. Dell's *Charter* rights. The Court of Appeal disagreed.

[33] Doherty J.A., writing for the Court, found Ms. Dell was entitled to have her faint hope application heard by a jury as the law stood at the time of her offence, reasoning that the screening mechanism increased her punishment by decreasing her chances of obtaining some reduction in parole ineligibility, thereby contravening her right under s. 11(i) of the *Charter*. In coming to this conclusion, Doherty J.A. focused on the impact of the introduction of judicial screening on Ms. Dell's reasonable settled expectations of liberty and security, as articulated in *K.R.J.* and *Whaling*, holding:

First and foremost, the introduction of the judicial screening mechanism took from the appellant the absolute right she had under the legislation, as it existed when she committed murder, to personally, or through counsel, make a plea directly to a jury for clemency as reflected by a reduction in her period of parole ineligibility. Unless one makes the entirely unwarranted assumption that all applications dismissed at the judicial screening stage would inevitably fail before a jury, the insertion of judicial screening means that some offenders, who would have had their parole ineligibility reduced by the jury, lose the benefit of that reduction. The introduction of a judicial screening step in the "faint hope" process that necessarily eliminates some cases from the jury's consideration will

inevitably make the overall process less advantageous from the offender's perspective: *Simmonds*, at para. 94.

The negative impact of the judicial screening mechanism on the offender's liberty expectations is made all the more obvious by the 2011 amendments. The change from the 1996 standard of "reasonable prospect" to the 2011 standard of "substantial likelihood" means that those applications that have a "reasonable prospect" of success before the jury, but not a "substantial likelihood" of success will be rejected at the judicial screening phase and never get before the jury. Consequently, offenders who, even in the eyes of the reviewing judge, have a reasonable prospect of having their parole ineligibility reduced by the jury will never have the opportunity to make that case to the jury, because they do not clear the greater hurdle of establishing "a substantial likelihood" that the jury would decrease the period of parole ineligibility. Put in functional terms, some offenders, who have a reasonable prospect of obtaining a reduction in their parole ineligibility from a jury, will not after the 2011 amendments ever have the opportunity of putting their case to a jury. They will instead serve their full period of parole ineligibility [references omitted].

[...]

[...] The impact on the appellant's reasonable liberty expectation, [...] is very real and significant. [paras. 75-76, 86]

[34] Regarding s. 1 of the *Charter*, Doherty J.A. found the analysis in *Simmonds* persuasive regarding the introduction of a screening mechanism in 1997, but not so when considering the 2011 amendments. He explained that the 2011 provisions "go far beyond the screening out of meritless applications and foreclose applications which have a reasonable prospect of success before the jury" (para. 100).

[35] Finding the retrospective amendments violated her s. 11(i) *Charter* right, the Court granted Ms. Dell the benefit of the lesser punishment reflected in the faint hope provisions as they stood at the time she committed the murder. In other words, she was entitled to bring her faint hope application directly before a jury. Since *Dell*, it has been common practice in Ontario for judges to apply the screening threshold that was in force

at the time of the offence (see *R. v. Gatenby*, 2021 ONSC 3535, [2021] O.J. No. 2931 (QL); *R. v. Atkins*, 2021 ONSC 3457, [2021] O.J. No. 2659 (QL); *R. v. Anthony McPherson*, 2019 ONSC 5049, [2019] O.J. No. 4645 (QL); *Abram*; *R. v. Al-Shammari*, 2022 ONSC 4113, [2022] O.J. No. 3177 (QL)).

[36] The fifth case of note is *Khela*, where, as in the present matter, a screening mechanism was in place at the time the offence was committed, but the threshold had changed by the time the faint hope application was filed. *Khela* pitted the conclusion reached in *Simmonds* against the one in *Dell*. It was decided after *R. v. Soomel*, 2020 BCCA 118, [2020] B.C.J. No. 744 (QL), where the Court of Appeal for British Columbia observed that *Simmonds* remained at odds with *Dell* and that, although there had been constitutional challenges to the substantial likelihood threshold test, it had not been necessary to decide these because the courts found that, in the circumstances of those cases, the outcome would have been the same regardless of the threshold applied: *Soomel*, at para. 10, referring to *R. v. Yu*, 2014 BCSC 206, [2014] B.C.J. No. 3550 (QL), at paras. 8-10; *MacMillan v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 BCSC 2298, [2015] B.C.J. No. 2708 (QL), paras. 7-9; *R. v. Chow*, 2016 BCSC 781, [2016] B.C.J. No. 887 (QL), at para. 4; and *R. v. Soomel*, 2018 BCSC 2240, [2018] B.C.J. No. 6915 (QL), at para. 6. As explained below, *Khela* brought the issue to a head in British Columbia.

[37] Mr. Khela was convicted of first degree murder in 2004 for a murder he committed in 2002. At the time of the murder and conviction, the faint hope provisions required judges to screen applications on the “reasonable prospect” standard. By the time Mr. Khela made his faint hope application, the screening standard had been amended to the “substantial likelihood” threshold. In considering Mr. Khela’s application, Harvey J. held he would have found Mr. Khela’s application to have a reasonable prospect of success before a jury under either the more relaxed interpretation of the threshold in *Kent*, or the stricter interpretation in *Phillips*, but he did not find, on a balance of probabilities, that Mr. Khela would have a substantial likelihood of success before a jury and therefore denied his application. Mr. Khela proceeded with a *Charter* challenge.



[38] The Crown conceded that the retrospective application of the amendments infringed Mr. Khela's rights under s. 11(h) but argued the breach was justified under s. 1. On this issue, Harvey J. noted that the Court of Appeal for British Columbia, in *Simmonds*, focused on the introduction of judicial screening in 1997 when concluding that the application of a reasonable prospect threshold was a reasonable limit to the s. 11(i) right, whereas, in *Dell*, the Court of Appeal for Ontario "considered the breach using the lens of the heightened 2011 screening" (para. 32). Harvey J. differentiated this case from *Simmonds* and held that the violation of s. 11(h) could not be justified under s. 1. Using the *Oakes* approach, and applying both *Simmonds* and *Dell*, he found the legislative objectives in the 2011 amendments to be within Parliament's powers; however, adopting *Dell*, he concluded "the 2011 amendments are not rationally connected to the stated objective but, rather, overshoot it, by a large margin" (para. 80). He also followed *Dell* in concluding that the "substantial likelihood threshold precludes more than just meritless applications" (para. 99), therefore concluding the minimal impairment test was not met either. Finally, he found the threshold implemented with the 2011 amendments was not proportional to the objectives sought and therefore could not be justified under s. 1.

[39] The final notable case is *Liu*. Like the present case, it involved a conviction for first degree murder at a time when the regime in place provided for judicial screening under the reasonable prospect threshold, and a faint hope application filed after the 2011 amendments. In addition, as in the present case, the application judge applied the substantial likelihood test. On appeal, this was found to be in error. In a short decision, the Court of Appeal for Ontario noted the Crown's concession of a s. 11(i) violation and concluded as follows:

We agree with the parties that the court's reasoning in *Dell* leads to the conclusion that elevating the judicial screening threshold for offenders like the appellant who committed murder or high treason between January 9, 1997 and December 2, 2011 from a "reasonable prospect" to a "substantial likelihood" of success significantly increased the appellant's risk of serving a longer period of incarceration and therefore had the effect of retrospectively

increasing his punishment contrary to s. 11(i) of the *Charter*, and that the violation cannot be justified under s. 1.

(3) Conclusion regarding the *Charter* challenge

[40] The prevailing view in current Canadian jurisprudence is the one adopted in *Dell*, which *Khela* and *Liu* apply to facts like the present ones. Since I fully agree with Doherty J.A.'s analysis and conclusions in *Dell*, it would serve no purpose repeating it. Suffice it to say I agree the faint hope process is part of Mr. Bari's punishment. When he was sentenced, his punishment had two components: (1) mandatory life imprisonment with no parole for 25 years, as pronounced by the sentencing judge; and (2) a statutorily provided opportunity to have his parole ineligibility reviewed by a jury after 15 years, subject to judicial screening of his application applying the reasonable prospect test. Increasing one of the components of the punishment to make it more difficult to benefit from the faint hope regime, in my view, increases the sentence and results in Mr. Bari no longer having had the benefit of the lesser punishment, which was guaranteed to him by s. 11(i) of the *Charter*. I adopt as my own the reasoning in *Dell* and, as was done in *Khela* and *Liu*, hold that it also applies to the change of threshold from the reasonable prospect test to that of substantial likelihood.

[41] I also adopt the reasoning in *Dell* and *Khela* in holding that the violation of s. 11(i) created by the retroactive application of a higher threshold is not saved by s. 1 of the *Charter*. As Doherty J.A. stated in *Dell*, the reasoning in *Simmonds* that the violation is saved under s. 1 is persuasive, but it does not withstand scrutiny when considering the heightened threshold.

[42] As was the case in *Khela*, no evidence was led to justify the 2011 amendment, although we were referred to then Justice Minister Rob Nicholson's remarks before the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights on October 19, 2009 (House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights). In those remarks, he stated that the proposed amendments would "tighten up the

faint hope application procedure to screen out the most unworthy of these [...]” He noted that the threshold test was described in the jurisprudence as being “relatively low” and that the goal of increasing it was to make it “tougher” so as to “prevent less worthy applications from going forward.”

[43] As did Doherty J.A., I find that the 2011 amendments “go far beyond the screening out of meritless applications and foreclose applications which have a reasonable prospect of success before a jury” and thereby “overshoot, by a large margin, the objective of the legislation” (para. 100). Like him, and like Harvey J. in *Khela*, I conclude these amendments are not rationally connected to the government’s stated objective, nor do they minimally impair a faint hope applicant’s s. 11(1) right.

[44] At the time she rendered the *Charter* challenge decision, the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench did not have the benefit of *Khela* and *Liu*. It was then unclear whether the reasoning in *Dell* would be confined to cases where the offence was committed before a new threshold was introduced. Subsequently, *Khela* and *Liu* clarified that this reasoning also applies to the change of the threshold test. I agree with this conclusion. As I choose to adopt the reasoning in *Dell* and apply it as was done in *Khela* and *Liu*, it follows that I must conclude the *Charter* challenge decision in the present case was the result of an error of law. The reasonable prospect threshold should have been applied in assessing Mr. Bari’s application. What remains is defining the reasonable prospect test.

[45] Recall that, after the introduction of the reasonable prospect threshold in 1997, some courts considered this threshold to be very low, akin to asking whether the application is hopeless: See *R. v. D.E.K.*, 2001 MBQB 350, [2001] M.J. No. 575 (QL), para. 44; *R. v. Rochon*, 2011 ONSC 5061, [2011] O.J. No. 3831 (QL), paras. 6 and 11; *R. v. Sedore*, [2008] O.J. No. 2705 (Sup. Ct.), paras. 28-31; and *R. v. Schaeffler*, [2009] O.J. No. 3175 (Sup. Ct.), para. 7. In *Phillips*, the Court of Appeal for Ontario rejected this characterization of the test, stating that “the statutory test embodies more than merely showing that a case is not hopeless” (para. 6). I agree the threshold should not be framed as hopelessness. As the Court pointed out, it is preferable to use the language in the

legislation. Building on this, Pomerance J. noted, in *Al-Shammari*, that a judge considering the reasonable possibility must “be guided by the statutory language, which is, on its face, self-explanatory” (para. 12). I adopt her characterization of the test:

It asks whether it is reasonable to expect that a jury might reduce the parole ineligibility period. This need not be the only rational or reasonable outcome available on the record. If it falls within a range of reasonable outcomes, it qualifies as a reasonable prospect of success. Where an offender can point to rehabilitative progress, remorse, maturation, and a commitment to pursuing a prosocial lifestyle, those factors will weigh in favour of a jury hearing. [para. 12]

[46] In my respectful view, this approach should have been taken in the present case. As it was not, it now falls on us to determine whether, on application of the reasonable prospect threshold, a jury should be empanelled to hear Mr. Bari’s application. In making this determination, we owe no deference to the conclusion reached by the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench since she applied the wrong threshold test; however, it is trite law that we owe deference to any findings of fact she might have made.

B. *On application of the proper threshold, should the matter have been referred to a jury?*

[47] As the screening judge considering Mr. Bari’s application under the faint hope clause, the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench was to determine, based on written material, whether Mr. Bari had shown, on a balance of probabilities, that there is a reasonable prospect that 12 jurors would agree to reduce the number of years of his parole ineligibility. She had to consider the same criteria that a jury would consider if one were empanelled: s. 745.61(2). They consist of the following, as set out in s. 745.63(1):

- (a) the character of the applicant;
- (b) the applicant’s conduct while serving the sentence;

- (c) the nature of the offence for which the applicant was convicted;
- (d) any information provided by a victim at the time of the imposition of the sentence or at the time of the hearing under this section; and
- (e) any other matters that the judge considers relevant in the circumstances.

[48] In *Al-Shammari*, Pomerance J. examined some of the underlying values the faint hope regime was intended to underscore. Under the heading “Rehabilitation, Clemency, and Human Dignity,” she examined these concepts as they apply in the faint hope process. I am in general agreement with the review she undertakes in paragraphs 20 to 31 of her decision, but I will not reproduce her analysis. Suffice it to say, I adopt her conclusion:

Within this context, mercy should not be confused with unprincipled leniency or subjective sentimentality, at least as it relates to judicial screening. The jury hearing a faint hope application does not apply a legal test and does not give reasons for its verdict. However, the judge who screens the application is called upon to articulate why there is or is not a prospect of success, applying a standard to predict the outcome of a process that has no standard. This is why a screening decision is not so much a prediction as an independent evaluation. This evaluation must be rooted in the evidence. However, it must view the evidence through the lens of human dignity, accounting for the innate capacity of human beings to change, and the amorphous nature of clemency. [para. 31]

[49] I now turn to assessing the criteria through this lens to determine whether, on a balance of probabilities, Mr. Bari has shown there is a reasonable prospect that he would be successful in obtaining a reduction in his parole ineligibility. As Pomerance J. noted in *Al-Shammari*, “a reasonable prospect of success is not ‘any’ prospect, however remote. [...] The prospect of success must be one that is reasonable” (para. 10).

[50] As I will explain below, if there is any impediment to a reasonable prospect that Mr. Bari's application might be successful, it will stem from the assessment of the nature of the offence and his character. Since the victim's family did not provide any information, that criterion has no effect. As for Mr. Bari's conduct while serving his sentence, I accept that this criterion favours him. I agree with the description given by the Chief Justice of the Court of Queen's Bench in the judicial screening decision:

With very few exceptions, Mr. Bari has been a model prisoner. The limited disciplinary issues in Mr. Bari's correctional file are minor in nature. Mr. Bari has worked in the correctional facilities, followed his program recommendations and continued his education. It must be acknowledged that Mr. Bari's correctional file is stellar. Mr. Bari has provided several letters of support from individuals within the penal system who are universal in their praise of his efforts during his incarceration. [para. 44]

[51] Also of relevance, in addition to the favourable letters from correctional officers or others within the penal system, are the numerous letters from family and community members that were provided in support of Mr. Bari's application. With one exception, these can generally be considered as favourable to Mr. Bari's case. The exception is the letter of support provided from Zia Khan, Imam and Chaplain at the Springhill Institution. In this letter, the author writes:

Mr. Bari over the years has expressed his deepest remorse for the victim and wished that event would have been only in a horrid dream rather than real life. He takes full responsibility for his actions.

However, I must aver that, Mr. Bari is also a victim in all of this. He came to Canada to seek a good life. He married in order to raise a family (all I have ever heard from his mouth is that he wanted a family). One might say that it is he that caused all this; this will only be a jejune understanding; rather, he has lost his spouse, he lost his youth and his life behind bars.

If one ponders all the circumstances leading to his crime, one might discern that every wrong situation had to line up

in order for this extremely peaceful person to commit such an atrocity. I have only read it in fiction novels. Call it bad luck, fate, destiny; it is sorrowful.

After working 28 years in different institutions; I can reassure you that a person like Mr. Bari is an anomaly in the system. Everyone makes blunders, some bigger than others; but I believe with Mr. Bari's track record, he should be given a second chance at life on the outside. He does not have a violent bone in his body and I say this without reservation. I am the same person who after so many years of work, has written a dozen supporting letters; if this has any weight at all.

[52] The Chief Justice of the Court of Queen's Bench expressed strong disagreement with some of these statements. As she points out, "Mr. Bari is not in his present situation because of bad luck, fate or destiny," but rather because "he was convicted of the premeditated murder of his wife" (para. 56). In rejecting that letter, I would use stronger language. First, as will be seen below, it took years before Mr. Bari would express remorse for murdering his wife. Second, Mr. Bari is solely responsible for losing his wife and his youth and for living behind bars. In no way is Mr. Bari a victim of these circumstances, although, again as will be seen below, he has viewed, and perhaps continues to view, himself in that light. Third, it cannot be said that "every wrong situation" conspired to cause an "extremely peaceful" Mr. Bari to commit the premeditated murder of his wife. Given the nature of the offence for which he was convicted, he cannot be described in this manner. His actions show otherwise. His crime was planned and deliberate. He killed a defenceless woman while she slept in her apartment, repeatedly bludgeoning her, possibly with a pry bar, and then suffocating her to death. In the aftermath, he tried to deflect suspicion away from himself. This cold-blooded, premeditated killing is not the result of "bad luck, fate or destiny," nor was it a mere "blunder." It cannot be said that Mr. Bari "does not have a violent bone in his body." While I accept that people who have committed violent crimes can rehabilitate themselves and become peaceful and productive members of society, I cannot view Mr. Bari as a victim of an unfortunate set of circumstances that led him to commit "a blunder."

[53] This said, I will not hold the words of the Imam against Mr. Bari because I am unable to discern whether he relayed his own observations or Mr. Bari's sentiments. I will, however, consider the fact that Mr. Bari chose to submit such a letter in support of his faint hope application.

[54] I turn now to consider in more detail the nature of the offence and the character of the offender.

[55] In describing Mr. Bari's background and setting out the facts indicating his character, I borrow liberally from reports adduced in evidence and the previous court decisions in this matter, identifying the authors only as needed. I draw many of the background facts from the report of Dr. Andrew Starzomski, a psychologist who, in 2020, conducted a risk assessment at the request of Mr. Bari's counsel. In his comprehensive report, Dr. Starzomski explains that his report is premised on both the facts contained in a lengthy document obtained from the Springhill correctional institution and those that Mr. Bari outlined to him in their interviews.

[56] Abdul Bari was born in 1967 in the Pabna District of Bangladesh, an agricultural region a few hours west of the capital, Dhaka. He was raised in a large family consisting of eight brothers and four sisters. Their father passed away when Mr. Bari was seven years old. While the family certainly experienced several challenges, overall Mr. Bari had what one might describe as a good upbringing.

[57] One of Mr. Bari's older brothers studied in Canada and eventually became employed at the University of New Brunswick. He sponsored several family members to come to Canada, including Mr. Bari, who relocated to Fredericton in 1993.

[58] While living in Canada, Mr. Bari developed a relationship with a young woman in Bangladesh, Shaila, who, at the age of 18, became his wife and, in 1996, relocated to Fredericton. The couple, as well as other family members, lived with Mr. Bari's brother until they moved into their own apartment.



[59] Mr. Bari was employed with the laundry service of a Fredericton hotel and occasionally picked up other jobs. It appears he was a good employee. Meanwhile, Ms. Bari had various part-time jobs. Eventually, she completed academic upgrading and enrolled as a part-time business student at the University of New Brunswick. The couple planned that she would attend university first and that Mr. Bari would do so after her studies.

[60] Both Mr. Bari and his wife became Canadian citizens in 1998. The couple lived in relative harmony over the next few years. However, this would change in 2002. In August of that year, the couple separated, a situation Mr. Bari appears to have had trouble accepting. Dr. Starzomski describes the aftermath of the separation in these words:

The couple began living separately in August 2002. Mr. Bari said this was because Shaila requested that they live apart for six months to allow her to focus on her academics. She found him an apartment about 5 minutes from the building where they had lived together and where she continued to reside. Information on file (2007 Community Assessment) suggested that the couple seemed to be experiencing conflict because Shaila was moving away from the more traditional female role that Mr. Bari was expecting from her, and she was becoming more involved with other opportunities at school and in the community. He told me that they spent a few weekends together early in his dual-residence period but she reportedly stopped permitting him to visit when she learned he had contacted her mother and told her he had been asked to move out of their apartment.

There is information indicating that in September 2002 Mr. Bari went to Shaila's apartment and requested sex, became upset and grabbed a knife and she fled to a friend's apartment. In the present interviews Mr. Bari said that did not happen. Mr. Bari reportedly made statements to friends and in letters to Shaila's family that if she did not return to him he would kill her. Mr. Bari asserted to me that he did not make remarks about intending to kill her and indicated that idea is the product of inaccurate translation from Bengalese to English.

By the autumn of 2002 Shaila requested that Mr. Bari stop contacting her. She sought enhanced security from her room/suite from the landlord but this was not completed. There is information on file, as reviewed in Dr. Theriault's 2014 report and the 2006 appeal decision, outlining various situations of unwanted in-person contact by Mr. Bari in the autumn of 2002 that led to a charge of Harassment in December 2002. Mr. Bari was ultimately convicted for that offence on June 16, 2003 and sentenced to 6 months of probation.

[61] Mr. Bari told Dr. Starzomski he believed his wife was cheating on him and spoke of having received recurrent anonymous/obscene phone calls during their estrangement and especially in the weeks before the murder. There is nothing on file to corroborate any of these statements. He claims he wanted to ask his wife why she was tormenting him, but, again, there is no corroborating evidence that she behaved in this manner.

[62] Dr. Starzomski continues:

Mr. Bari told me that he was becoming increasingly distressed and troubled by the lack of information from Shaila about her activities and their future together. He told me that he sent a letter to her family indicating he hoped she might experience punishment (including physical harm but not death) for the anguish and pain she was causing him. He described himself as being "cuckoo" and not thinking straight about the situation the longer it went on.

[63] In June 2003, Ms. Bari "reportedly initiated divorce proceedings," but Mr. Bari claims he was unaware of this. He claims he would have accepted this.

[64] In contrast to this account of the events preceding the murder, this is how, in the 2006 appeal decision, this Court summarized the evidence adduced at trial:

Shortly after their separation and during the months of September, October, November and early December 2002, Mr. Bari frequently harassed Ms. Bari by attending at her apartment unannounced and showing up, without any

apparent reason to be there, in places where she was present. She complained to the police about the repetitive nature of the harassment in an attempt to obtain a restraining order against him. She asked her landlord to change her door lock and to block her windows with iron bars because she was afraid of her husband and wanted more security. In late September, she called the police to report that Mr. Bari had gone to her apartment unannounced and wanted to have sexual intercourse. She explained that after she refused, he became upset and went in the kitchen to get a knife and that, afraid for her safety, she had fled to a neighbour's apartment. A police officer immediately met with her at her neighbour's apartment, but later, after a discussion with Mr. Bari, it was decided that the incident did not justify an application for a restraining order. In early October 2002, she again contacted the police and spoke with crisis intervention officers. She informed them of her continuing fear for her safety as she had just told Mr. Bari that she had consulted a lawyer and that they would never reunite as a couple as far as she was concerned. She again contacted the police the following month to inform them of Mr. Bari's continuous harassment. In December 2002, she again met with a police officer. This time, she informed the officer that Mr. Bari had threatened to harm her and had told her "what he was capable of" before putting an abrupt end to the telephone conversation. [para. 12]

[65] The harassing behaviour led to Mr. Bari being charged. He pled guilty.

The chronology set out by this Court continues as follows:

Mr. Bari's devastation over the separation and his feelings of betrayal were communicated to a psychiatrist before the June 16, 2003, court appearance [the sentencing hearing for the harassment offence]. On Mr. Bari's behalf, a letter from the psychiatrist was introduced in evidence at the sentencing hearing. Mr. Bari's state of mind was also reflected in letters he wrote, some of which were sent to relatives in Bangladesh. The tone and content of these letters indicate that Mr. Bari's hope for reconciliation eventually turned to despair and later to anger, to the point that he stated that if Ms. Bari did not return to him, she should not be allowed to live. In summary, it is fair to say that the letters, much like the discussions Mr. Bari had with

his consulting psychiatrist, essentially depict a husband devastated by his separation from his wife; a jealous, possessive, angry, humiliated and betrayed man, stripped of everything of value to him; a man unable to cope with his separation and his estranged wife's lifestyle. [para. 5]

[66] From the information provided to him, this is Dr. Starzomski's understanding of the events surrounding Ms. Bari's murder:

On the evening of July 15, 2003, after he reportedly consumed about 5 beer over the course of the evening at a couple of different bars, Mr. Bari went to Shaila's apartment. He told me that he wanted to teach her a lesson for causing him so much pain and went to her home to do this. The lesson, he said, was that he wanted her to experience some enduring pain to remind her of how much pain she had caused him. He said he took a prybar as a means to ensure he would be able to enter the building and her apartment.

Mr. Bari told me there was no answer when he rang the bell and he reportedly proceeded to the back door of the building and found it open and went to her apartment where he used the [pry bar to] gain entry. He said he went to the bed and saw there was someone under the blankets in the bed but could not tell who it was as the head was covered. While he considered it most likely the person was Shaila, he said at the time he also thought it could have been one of her friends. He said he struck the person four or five times and then left the apartment after just a few minutes. He said he did not say anything while he was in the apartment. He denied any attempt to suffocate the person. He summed up his account by stating he was not the same person he usually is when he committed this offence ("I know now it was right, I was cuckoo, I lost my mind").

He said he immediately thought that he should call the police or call for an ambulance. He said it occurred to him the next day that it was possible Shaila could have died from the attack. He said he has felt badly about not seeking help for her afterwards.

[67] This is how this Court described these events:

On July 15, 2003, Shaila Bari studied at the library on the university campus for an exam she was to undertake the next day. She was last seen alive walking at approximately 9:30 pm and was last heard from about an hour later when she spoke to a friend by telephone. Ms. Bari's laptop computer reveals activity until 1:17 am on July 16, 2003, and none thereafter.

Ms. Bari did not attend for her exam on July 16, 2003. In fact, no one heard from her after July 15, 2003. Her disappearance eventually led the police to investigate and on July 22, 2003, Ms. Bari's body was found in her small apartment. She was lying in bed with pillows over her face.

Subsequent investigation revealed that Ms. Bari had died from a combination of a sharp and blunt force trauma to the head and chest followed by suffocation. There was no evidence of either robbery or sexual assault. Ms. Bari's jaw had been broken in at least two places and blood was noted coming from her nose and mouth. She had suffered a cut to the head behind the ear and bruising to her chest. It was later discovered that at least four ribs were fractured. [paras. 6-8]

[68] While Mr. Bari denied his involvement in his wife's murder, the circumstantial evidence was overwhelming. It was proven he had purchased a Mastercraft pry bar from a local Canadian Tire store on July 15, 2003, using his bank card; his whereabouts between 1:53 a.m. and 5:41 a.m., on July 16, 2003, could not be accounted for; on July 24, 2003, he asked a co-worker to go purchase a pry bar for him (the co-worker refused and reported this to the police); the police found a pry bar of the type Mr. Bari had purchased in an area surrounding the building where Ms. Bari was killed; in the same area, the police had previously found latex gloves that were not available for retail purchase in Fredericton but were used by commercial establishments, including the hotel where Mr. Bari worked; Ms. Bari's DNA was found on the gloves; a subsequent search of Mr. Bari's residence led to the discovery of another Mastercraft pry bar as well as letters written by Mr. Bari in which he expressed his feelings regarding his separation from his wife.

[69] One can see the reasoning process that led the jury to conclude Mr. Bari was guilty of the planned and deliberate killing of his wife. Mr. Bari did not accept his wife's rejection of their marriage. He harassed her and tried to get her family to intervene to get her back together with him. In letters to others, he threatened her well-being. When it became clear that his wife would not return to him, he decided she should not live. For use in the crime, he purchased a pry bar at a Canadian Tire store and took gloves from his place of work. He went out to bars and consumed a few glasses of beer and then, late in the night, he broke into his wife's apartment, where he bludgeoned her and suffocated her to death. He discarded the pry bar and gloves. When he realized he might be asked to produce the pry bar he had purchased using his bank card, he asked a co-worker to go purchase another one for him. When that co-worker refused, Mr. Bari managed to acquire another pry bar, which the police eventually found at his residence.

[70] Throughout the investigation and the court process that followed, Mr. Bari claimed innocence. He even suggested other possible suspects. He did not accept responsibility for his crime, and he showed no remorse. Over a decade would pass between the time of the murder and when he finally admitted his guilt. He did so during an assessment conducted by a forensic psychiatrist for the preparation of a parole eligibility report. At the time, he maintained he could not remember much of the details, although he said he did not intend to kill his wife, only to harm her. The psychiatrist describes the revelation in the following terms:

Mr. Bari has in the past denied his offence. In his original criminal profile report of December 2, 2004, he denied the offence, indicating that at the time of her death, his wife had been dating several men and on the night of the offence, she had an argument with one of them. In his 2007 psychological assessment he denied the offence, indicating that the conviction was under appeal. He also denied writing any threatening letters, indicating that he was merely communicating concern about his wife's lifestyle to her family, and he denies the harassment charges for which he had pled guilty. I note from review of community assessments that, at least until 2007, the date of his last community assessment, that Mr. Bari's family supported him in his claim that he was innocent.

In his conversation with me, Mr. Bari admitted to the murder of his wife.

As discussed above, he and his wife separated in the summer of 2002, purportedly so that she could spend more time on her studies, although, as noted above, Mr. Bari was concerned that there may be other reasons and he became increasingly concerned about this over time. He continued to visit his wife at her apartment although after one visit he was approached by police and told that he should have no contact with her. Mr. Bari indicates that following this, he avoided contact with his wife, except on one occasion when he claims that she told him that he could go pick up mail at the residence. He denies the substance of the criminal harassment charge; that is, he denies that he was harassing his wife or following her at the mall or school or that he was appearing in her windows. He does acknowledge that he pled guilty to the criminal harassment charge in June of 2013 although maintains that he did not really understand the legal issue at the time.

Mr. Bari indicates that prior to the murder, he was feeling lonely and sad. It appears that he was particularly heartbroken when he learned that his wife had had an abortion -- he reports that the child was his. The centrality of this issue continues to loom large; in conversation, Mr. Bari was at his most distressed when discussing this issue. It appears to him, culturally, that the abortion marked the end of all that he had worked for; Mr. Bari described the abortion as "most unacceptable murder on creator". As noted above Mr. Bari indicates that he began to drink "to forget her" (his wife). Mr. Bari also claims that immediately preceding the murder he was subject to harassing phone calls which he believed to come from his wife or her friends. He indicates that these included such things as calling him names, and on at least one occasion he reports hearing what he believes to be the sound of sexual activity which he attributed to his wife.

On the date of the murder Mr. Bari indicated that he had been drinking. He was somewhat vague in discussing the actual mechanics of the murder indicating that "I can't much remember". However, he does recall that he felt angry at the time and he claims that his intent was not to kill his wife but rather to harm her noting "I want to make the damage her". [Judicial screening decision, para. 8]

[71] To put this in context, for over a decade, Mr. Bari denied his guilt to the point of trying to deflect suspicion on other possible suspects and deceiving his family by causing them to believe he was innocent. Then, when he was assessed for parole eligibility, he admitted his guilt but tried to minimize the situation by denying both his earlier harassment behaviour and his intention to kill his wife, and especially the planned and deliberate nature of the murder.

[72] Then, in 2020, in contemplation of a faint hope application, through Mr. Bari's counsel, Dr. Starzomski was hired to undertake a psychological risk assessment, which he summarized in a report dated September 16, 2020. In Dr. Starzomski's opinion, Mr. Bari again sought to minimize the seriousness of the situation, by denying both the details of his harassment behaviour and his statements to family members that he would kill his wife. Regarding Ms. Bari's harassment allegations, he stated he did not believe she was afraid of him "but may instead have simply wanted to keep him from seeing what she was doing." While he admitted having sent letters to her family, he denied threatening her life, "indicating he hoped she might experience punishment (including physical harm but not death)." In Dr. Starzomski's eyes, Mr. Bari also sought to play down his blameworthiness, stating he only wanted Ms. Bari to experience some pain but did not want to kill her, adding he only took the pry bar with him to enter the building and her apartment. Astonishingly, he claimed he was not sure it was his wife he was bludgeoning, although he did admit it was most likely her, and he denied any attempt to suffocate his victim. Even more astonishingly, he informed Dr. Starzomski he wanted to appeal his conviction "to have an opportunity to tell the Court his side of the situation (including acknowledging that he was guilty of the crime that led to her death)." This statement is simply preposterous. Mr. Bari had ample opportunity to admit his guilt before 2014. His appeal was decided in 2006, and his application for leave to appeal to the Supreme Court was dismissed in 2007.

[73] Not only did Mr. Bari deny his guilt throughout the court proceedings, but he also denied it for years to the correctional authorities. Dr. Starzomski reports that, when he was admitted to the Springhill Institution on October 1, 2004, Mr. Bari refused



to participate in the psychological component of the intake assessment due to his pending appeal. If this had merely been an exercise of his right to silence, one could not fault Mr. Bari; however, Dr. Starzomski reports Mr. Bari went on to suggest the murder could have been committed by one of the men with whom Ms. Bari had been spending time. Thus, he was not exercising his right to silence but rather peddling lies to implicate others. This, and the fact he had convinced his family he was innocent, makes his desire to admit his guilt to this Court wholly unbelievable.

[74] In his application to the screening judge, Mr. Bari claims he “had started to take responsibility [for his] offence in 2011” though he admits it is not documented. What is documented is that Mr. Bari was engaged in psychological programming after his admission of guilt to Dr. Theriault in 2014. The psychiatric/psychological assessments conducted over the years have generally remained constant. Mr. Bari has not been diagnosed with any mental disorder, nor has he shown traits associated with antisocial, borderline or other personality disorders. It is not necessary to detail the test descriptions and results that are part of the record and reviewed in Dr. Starzomski’s report. Suffice it to say these show Mr. Bari poses a low-level risk for general violence and a moderate level risk for domestic violence. This has been constant since 2014 and was confirmed by Dr. Starzomski’s 2020 assessment. People with that kind of risk profile are said to be able to function successfully in the community so long as they are managing dynamic factors well and collaborating in a consistent and effective way with justice system caseworkers.

[75] While Mr. Bari’s psychiatric/psychological profile has positive features, it cannot be said that there is no cause for concern. Had Mr. Bari acknowledged his guilt from the outset, he would have benefited from 15 years of psychological programming before being able to engage the faint hope regime. However, his persistent denial and lies delayed the commencement of psychological programming designed to minimize his risk in the community. Even to this day, he tends to minimize the brutality of his crime by denying his previous harassment of Ms. Bari and claiming he did not want to kill her but rather cause her pain.

[76] Recall that the murder of Shaila Bari was found to have been planned and deliberate. From the evidentiary record, the jury necessarily concluded Mr. Bari acquired the equipment that he used in the commission of the offence (the pry bar and gloves that were later found in the vicinity of the murder scene) and he set out to kill his wife. Mr. Bari's account – that he only intended to cause her pain and he did not attempt to suffocate her – is inconsistent with both the forensic evidence adduced at trial and the jury's findings.

[77] The following paragraph captures the screening judge's ultimate reason for dismissing Mr. Bari's faint hope application:

Returning to the question in this matter – should Mr. Bari's application be brought before a jury, is there a substantial likelihood that it will succeed? I find myself arriving at the conclusion that it will not, despite Mr. Bari's stellar prison record and the progress he has made since his conviction. While it is difficult not to acknowledge Mr. Bari's positive conduct since his conviction, as well as the significant support he enjoys, the stark reality remains – Mr. Bari continues to believe he is a victim. While it would seem that his thinking and attitudes have evolved to the point that he now recognizes that Mrs. Bari was the ultimate victim, he nonetheless continues to focus on his losses. In my view, this is a factor that 12 jurors will simply be unable to overlook. To the extent that Mr. Bari does not appear to recognize, even now, that his incarceration is related solely to his own actions will, in my view, cause considerable consternation to some if not all jurors. [Emphasis in original; judicial screening decision, para. 53]

[78] Because the screening judge applied the wrong threshold test, no deference is owed to her conclusion. It falls to us to consider the factors enumerated in s. 745.63(1) and apply the appropriate threshold test, which, as noted above, is the reasonable prospect standard as defined in *Phillips* and applied in *Al-Shammari*. I accept that Mr. Bari has, for the most part, been a model prisoner. I accept he has family and community support. I also recognize that, since 2014, he has received psychological programming designed to help him reintegrate into society. While these factors support

his application, it is impossible to overlook Mr. Bari's continued denial of established facts of his harassment behaviour preceding his murderous conduct and his continual minimizing of his state of mind. He continues to maintain he did not intend to kill his wife but only to hurt her, and this, in the face of compelling evidence that proved beyond a reasonable doubt not only that he intended to kill her but also that her murder was planned and deliberate. This denial and minimization, considered together with a psychological profile that puts him at moderate risk for domestic violence, leads me to conclude that there is no reasonable prospect that 12 jurors would view his application favourably and reduce the number of years of parole ineligibility.

III. Disposition

[79]

For the reasons set out above, I would dismiss Mr. Bari's appeal.

LE JUGE RICHARD, J.C.N.-B.

I. Introduction

- [1] Lorsque la peine de mort a été abolie au Canada et qu'un nouveau système de classification a été introduit pour le meurtre, la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle pendant 25 ans a été atténuée par l'ajout d'une disposition, appelée « disposition de la dernière chance », qui donnait à un contrevenant le droit de demander à un jury la réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle après avoir purgé 15 ans.
- [2] Au cours des années, le régime de la dernière chance a changé. En 1997, un mécanisme de sélection judiciaire prévoyait que seules les demandes qui présentaient une « possibilité réelle » de succès seraient présentées à un jury. En 2011, le régime de la dernière chance a été aboli pour les crimes commis après le 2 décembre 2011 et un critère préliminaire plus exigeant a été établi. Depuis lors, seules les demandes qui présentent une « probabilité marquée » d'être accueillies sont examinées par un jury, peu importe le seuil ou le critère préliminaire qui était en place lorsque l'infraction a été commise ou lorsque le contrevenant a été condamné à sa peine.
- [3] La constitutionnalité de l'application rétrospective de ce nouveau critère préliminaire est un des deux moyens soulevés dans le présent appel. L'autre moyen porte sur la question de savoir si, en application du critère approprié, la présente affaire devrait être soumise à un jury.
- [4] À mon avis, le fait de modifier de manière rétrospective le critère préliminaire, en le faisant passer de la « possibilité réelle » à la « probabilité marquée » de succès de la demande, porte atteinte à l'alinéa 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et cette atteinte n'est pas protégée par l'article premier de la *Charte*, qui

prévoit que les droits et libertés garantis par la *Charte* sont restreints « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Cela dit, lorsque le critère approprié est appliqué en l'espèce, je conclus qu'il n'y a aucune possibilité réelle que la demande de M. Bari soit accueillie par un jury. En conséquence, et pour les motifs qui suivent, je rejetterais l'appel.

## II. Analyse

[5] Le 28 septembre 2004, à l'aboutissement d'un procès devant un juge siégeant avec un jury, Abdul Bari a été déclaré coupable de meurtre au premier degré pour le meurtre prémédité de son épouse, Shaila Bari, en 2003. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans en prison. Il a interjeté appel à notre Cour et cet appel a été rejeté (*Bari c. R.*, 2006 NBCA 119, 308 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 247). Sa demande de pourvoi à la Cour suprême a également été rejetée (*R. c. Bari*, [2007] C.S.C.R. n<sup>o</sup> 236 (QL)).

[6] Après avoir purgé 15 ans en prison, M. Bari a eu recours à la disposition de la dernière chance et présenté une demande à la juge en chef de la Cour du Banc de la Reine afin qu'elle constitue un jury chargé d'examiner la possibilité de réduire le nombre d'années qu'il devait purger en prison avant d'être admissible à la libération conditionnelle.

[7] L'article 745.61 du *Code criminel* décrit le rôle de gardien du juge en chef (ou du juge qu'il désigne) dans le cadre d'une demande présentée sous le régime de la disposition de la dernière chance. Le juge en chef doit d'abord déterminer si le requérant a satisfait à un certain critère préliminaire justifiant que la demande soit entendue par un jury. Dans l'affirmative, un jury est constitué. Sinon, le requérant doit présenter une autre demande plus tard, à moins que le juge en chef n'en décide autrement. Afin de déterminer s'il a été satisfait au critère préliminaire, le juge en chef se penche sur les mêmes critères que devrait examiner un jury s'il était constitué.

[8] Si un jury est constitué, il doit examiner les critères établis au paragraphe 745.63(1). Si le jury décide qu'il y a lieu de réduire le nombre d'années que doit purger le contrevenant avant d'être admissible à la libération conditionnelle, il doit prendre cette décision à l'unanimité, toutefois, il peut décider de substituer à ce délai préalable un nombre d'années inférieur ou supprimer immédiatement l'inadmissibilité à la libération conditionnelle sans que cette décision doive être prise à l'unanimité. Dans ce cas, une majorité des deux tiers des membres du jury est suffisante. Il va sans dire que le jury n'est pas habilité à décider si la libération conditionnelle doit être accordée, car cette décision relève de la Commission des libérations conditionnelles du Canada en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.

[9] Le critère préliminaire établi par la loi, et que doit appliquer le juge en chef en procédant à une sélection judiciaire initiale de la demande, a été modifié entre le moment où M. Bari a tué son épouse et le moment où il a présenté sa demande de réduction du nombre d'années à passer en prison avant d'être admissible à la libération conditionnelle. En 2003, la décision judiciaire était fondée sur la question de savoir si un requérant avait démontré, par prépondérance des probabilités, qu'il y avait une possibilité réelle que sa demande soit accueillie. Lorsque M. Bari a présenté sa demande en invoquant la disposition de la dernière chance, les modifications rétroactives apportées au paragraphe 745.61(1) et promulguées en 2011 exigeaient maintenant qu'il démontre « selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe une probabilité marquée que la demande soit accueillie » (c'est moi qui souligne).

[10] Dans sa demande de réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, M. Bari a contesté la constitutionnalité de l'application rétrospective du nouveau critère préliminaire en faisant valoir que cela portait atteinte à son droit de bénéficier de la peine la moins sévère, droit qui lui est garanti par l'alinéa 11i) de la *Charte*. La juge en chef de la Cour du Banc de la Reine a rejeté cet argument. Dans *Bari c. R.*, 2020 NBBR 112, [2020] A.N.-B. n° 171 (QL) (la « décision portant sur la contestation constitutionnelle »), la juge en chef a conclu que même si la modification apportée en 2011 au mécanisme de sélection judiciaire pour l'application de

la disposition de la dernière chance constituait, en fin de compte, un changement apporté à la peine, cette modification n'avait pas eu pour effet d'alourdir la peine de M. Bari pour les fins de l'analyse fondée sur l'alinéa 11i). En faisant remarquer que la demande de M. Bari serait toujours assujettie à une sélection judiciaire, la juge en chef a dit : « [l]a modification de 2011 n'a pas eu de répercussions sur les attentes légitimes du requérant quant au déroulement éventuel du processus; elle n'a fait que changer le seuil du mécanisme de sélection préexistant » (par. 29).

[11] Après avoir conclu qu'aucune atteinte n'était portée à la *Charte*, la juge en chef s'est penchée sur la question de savoir si, en application du critère actuel, la demande de M. Bari devrait être entendue par un jury. Dans *Bari c. R.*, 2020 NBBR 250, [2020] A.N.-B. n° 344 (QL) (la « décision portant sur la sélection judiciaire »), elle a conclu que M. Bari n'avait pas réussi à établir, selon une prépondérance des probabilités, qu'il y avait une probabilité marquée que 12 jurés décideraient à l'unanimité qu'il devrait pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle anticipée. Tout en reconnaissant que la preuve, qui contenait plusieurs lettres d'appui, montrait que M. Bari avait été un « prisonnier modèle », elle a conclu que 12 jurés ne pourraient tout simplement pas faire abstraction de l'état d'esprit persistant de M. Bari, qui se considère comme une victime.

A. *L'application rétrospective du critère de la probabilité marquée porte-t-elle atteinte aux droits que garantit à M. Bari la Charte?*

(1) Historique du critère préliminaire applicable à la dernière chance

[12] Dans le présent aperçu, je m'inspire des motifs du juge d'appel Doherty, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. c. Dell*, 2018 ONCA 674, [2018] O.J. No. 4094 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2018] C.S.C.R. n° 389 (QL), aux par. 11 à 26, ainsi que de l'examen le plus approfondi de l'évolution du régime de la dernière chance, qui a été fait dans la décision *R. c. Jenkins*, 2014 ONSC 3223, [2014] O.J. No. 2660 (QL), aux par. 8 à 40, rendue par la juge Pomerance. Voir aussi l'arrêt *R. c. Simmonds*, 2018 BCCA 205, [2018] B.C.J. No. 991 (QL), aux par. 20 à 28.

[13] La disposition de la dernière chance a été introduite en 1976, lorsque la peine de mort a été abolie. Elle s'appliquait aux cas de meurtre ou de haute trahison, pour lesquels la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle était fixée à plus de 15 ans. Au moment de sa création, la disposition de la dernière chance ne prévoyait aucun mécanisme de sélection. Dans notre province, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine devait constituer un jury pour l'examen d'une demande de réduction de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Pour qu'une telle demande soit accueillie, le requérant devait avoir l'appui des deux tiers du jury au moins.

[14] En 1996, le Parlement a apporté trois changements importants au régime de la dernière chance : voir la *Loi modifiant le Code criminel (révision judiciaire de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle) et une autre loi en conséquence*, L.C. 1996, ch. 34, qui est entrée en vigueur le 9 janvier 1997. Tout d'abord, cette *Loi* introduisait un mécanisme de sélection judiciaire. En vertu de la nouvelle disposition, une audience pouvait avoir lieu devant un jury, à condition que le juge en chef ou la personne qu'il désignait décidait que le requérant avait démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existait « une possibilité réelle » que la demande soit accueillie par un jury. Ce mécanisme de sélection avait pour but (1) de réduire l'utilisation de ressources judiciaires, et (2) d'éviter de soumettre inutilement les amis et les familles des victimes à la souffrance que susciterait une demande non fondée. Une deuxième modification apportée à la procédure de la dernière chance exigeait qu'un requérant obtienne l'approbation unanime du jury, plutôt que l'approbation des deux tiers du jury, afin que sa demande soit accueillie. Enfin, les délinquants déclarés coupables de plus d'un meurtre n'avaient plus la possibilité de présenter une demande de réduction de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

[15] Plusieurs tribunaux ont interprété le critère préliminaire de sélection établi en 1996 comme [TRADUCTION] « un seuil relativement bas devant empêcher que des demandes n'ayant aucune possibilité réaliste de succès soient présentées à un jury » (*Dell*, au par. 20). Voir également *Simmonds*, au par. 106; et *R. c. Kent*, 2001 MBQB 350, [2001] M.J. No. 575 (QL), aux par. 43 et 44. Comme l'a fait remarquer la juge



Pomerance, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, dans la décision *Jenkins*, l'application de ce critère [TRADUCTION] « revenait à se demander si la demande était 'un cas désespéré' » (par. 21). Dans l'arrêt *R. c. Phillips*, 2012 ONCA 54, [2012] O.J. No. 652 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario s'est éloignée d'une telle interprétation, en faisant remarquer que [TRADUCTION] « ramener le critère préliminaire au point de devoir établir seulement qu'une demande n'est pas un cas désespéré irait à l'encontre de l'objectif de la procédure de sélection judiciaire » (par. 6). Cette interprétation est arrivée trop tard. À ce stade, le Parlement avait déjà modifié le régime de la dernière chance, plus précisément en adoptant un critère préliminaire plus rigoureux prévoyant que seules les demandes ayant une possibilité réaliste de succès pourraient procéder à l'étape de l'audition par un jury : voir les observations faites par l'honorable Rob Nicholson, ministre de la Justice et Procureur général du Canada, devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne, le 19 octobre 2009 (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, numéro 038, 2<sup>e</sup> session de la 40<sup>e</sup> Législature, *Témoignages*, aux p. 1535 à 1545, citées dans la décision *R. c. Khela*, 2021 BCSC 1949, [2021] B.C.J. No. 2155 (QL), au par. 60).

[16] Cette modification est entrée en vigueur en 2011 par suite de l'adoption de la *Loi modifiant le Code criminel et une autre loi*, L.C. 2011, ch. 2. Le régime de la dernière chance ne s'appliquait plus aux infractions commises après l'entrée en vigueur de la *Loi*. S'agissant des infractions commises avant l'adoption de cette *Loi*, le régime continuait de s'appliquer, sous réserve de certains changements. Le changement le plus important touchait l'étape de la sélection et prévoyait maintenant qu'une demande serait uniquement examinée par un jury lorsque le juge en chef (ou la personne qu'il désigne) est convaincu, « selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe une probabilité marquée que la demande soit accueillie ».

[17] Plusieurs tribunaux ont conclu que [TRADUCTION] « [l]es modifications de 2011 apportées à la procédure de sélection judiciaire prévoyaient un critère bien plus strict que celui établi par les modifications de 1996 » : *Dell*, au par. 25, par renvoi aux par. 14 et 26 à 32 de *Jenkins*; *R. c. Gayle*, [2013] O.J. 4124 (QL), aux par. 7 à 12; *R. c.*

*Morrison*, 2012 ABQB 619, [2012] A.J. No. 1061 (QL), au par. 42; *Adrian Clive Paul c. H.M.Q.*, 2014 ONSC 1285, [2014] O.J. No. 896 (QL), aux par. 4 à 8; et *R. c. Point*, 2016 ABQB 496, [2016] A.J. No. 912 (QL), aux par. 17 à 37.

[18] Parmi les autres modifications adoptées en 2011, le législateur a resserré les délais impartis pour la présentation d'une demande et porté à cinq ans au moins la période précédant la présentation d'une nouvelle demande à la suite du rejet d'une demande, si tant est qu'il soit possible d'en présenter une.

(2) Contestations constitutionnelles

[19] Tant les modifications de 1996 que celles de 2011 introduisaient des changements qui devaient s'appliquer de manière rétrospective à des contrevenants qui avaient déjà été condamnés à une peine et qui étaient assujettis à une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de plus de 15 ans. Dans le cas des premières modifications, les contrevenants devaient maintenant satisfaire à un critère préliminaire avant que leur demande puisse être examinée par un jury et leur demande devait être accueillie à l'unanimité par le jury. Dans la deuxième série de modifications, les contrevenants devaient satisfaire à un critère encore plus exigeant avant que leur demande puisse être examinée par un jury. Il n'est pas étonnant que l'application rétrospective des deux séries des modifications a soulevé des contestations constitutionnelles.

[20] Les contestations constitutionnelles relatives à l'application rétrospective des changements au régime de la dernière chance ont surtout porté sur deux articles de la *Charte* :

**11** Any person charged with an offence has the right      **11** Tout inculpé a le droit :

[...]

[...]

**(h)** if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and

**h)** d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

**(i)** if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

**i)** de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

[21] Les contestations ont été présentées également sous le régime de l'article 7, qui garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

[22] Plusieurs décisions ont été portées en appel, mais la Cour suprême ne s'est pas encore penchée sur la constitutionnalité de l'application rétrospective des modifications de 1996 et de 2011. Les paragraphes suivants contiennent un examen chronologique des décisions portées en appel et d'autres décisions connexes, dont deux ont été rendues après la décision portant sur la contestation constitutionnelle dont nous sommes saisis.

[23] Comme première décision, il y a celle rendue en 2008 par le juge Brunton, de la Cour supérieure du Québec, qui portait sur l'application rétrospective des modifications apportées en 1996 à la disposition de la dernière chance : *Fabrikant c. Quebec (Attorney General)*, 2008 QCCS 1637, [2008] Q.J. No. 3463 (QL), confirmée à 2014 QCCA 240, [2014] Q.J. No. 892 (QL).

[24] Dans *Fabrikant*, le contrevenant avait tiré et tué quatre personnes à l'Université Concordia, à Montréal, en avait blessé une cinquième et utilisé la force pour en prendre deux autres en otage. Il avait été déclaré coupable de nombreuses infractions, notamment sous quatre chefs de meurtre au premier degré, pour lesquels il avait été condamné à la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la

libération conditionnelle pendant 25 ans. En 1993, lorsqu'il avait été condamné à sa peine, la loi lui donnait le droit de présenter une demande sous le régime de la disposition de la dernière chance et de faire entendre cette demande par un jury après avoir purgé 15 ans sur sa peine carcérale. En outre, la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle pouvait être réduite par une majorité des deux tiers des membres du jury. En 1996, le législateur a adopté le mécanisme de sélection judiciaire et la règle imposant une décision unanime du jury et, en 2011, il a établi le critère préliminaire plus exigeant de sélection judiciaire. M. Fabrikant prétendait que l'application rétrospective des nouvelles règles portait atteinte aux droits que lui garantissait la *Charte* en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11i). Le juge désigné par le juge en chef a rejeté cet argument, tout comme la Cour d'appel du Québec.

[25] Tant le juge Brunton que la Cour d'appel ont conclu que M. Fabrikant ne pouvait [TRADUCTION] « se prévaloir de la protection offerte par l'alinéa 11i) de la *Charte* dans les circonstances parce qu'il n'était plus une 'person charged with an offence/inculpé' au sens de ce terme dans le texte constitutionnel, mais plutôt une personne ayant été déclarée coupable d'avoir commis une infraction » (décision en appel, par. 37). S'agissant de son argument au titre de l'art. 7 de la *Charte*, la Cour a conclu que les modifications avaient [TRADUCTION] « simplement modifié la procédure » et n'avaient pas [TRADUCTION] « modifié substantiellement [son] droit de présenter une demande de réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle (par. 44), et n'avaient pas non plus modifié ses [TRADUCTION] 'droits substantiels' relatifs à sa sentence ni les conditions de sa mise en liberté » (par. 45). Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Fabrikant* au sujet de l'alinéa 11i) de la *Charte* ne semble pas avoir été adopté par d'autres provinces. En toute justice, l'arrêt *Fabrikant* a été rendu avant que la Cour suprême ne rende certaines décisions clés qui sont déterminantes pour l'interprétation des al. 11h) et i).

[26] La deuxième décision est celle rendue dans l'affaire *Jenkins*, où la Cour supérieure de justice de l'Ontario était saisie d'une affaire qui ressemble beaucoup à celle qui nous occupe, quoique, dans l'affaire *Jenkins*, il fut question de l'al. 11h) de la *Charte*,

alors qu'en l'espèce M. Bari se fonde sur l'al. 11i). Dans les deux affaires, la cour était appelée à examiner la modification du critère préliminaire, savoir le remplacement du critère de la possibilité réelle par celui de la probabilité marquée.

[27] En 1998, M. Jenkins a tué sa sœur et, en 2001, il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Au moment de l'infraction, le critère de la sélection judiciaire relatif à la dernière chance était celui de la « possibilité réelle » de succès. Ce critère était devenu celui de la « probabilité marquée » de succès lorsque M. Jenkins a acquis le droit de présenter une demande au titre de la dernière chance. M. Jenkins a contesté les modifications rétrospectives en soutenant que la norme plus rigoureuse constituait une peine additionnelle et portait atteinte aux droits que lui garantissait l'al. 11h).

[28] La juge Pomerance a conclu que la modification de 2011 touchait la peine et elle a reconnu que le critère de la probabilité marquée était [TRADUCTION] « plus astreignant » que le critère antérieur (par. 31); toutefois, elle a conclu que ce critère n'avait pas pour effet d'alourdir la peine, parce qu'il ne modifiait pas de manière fondamentale la nature de la peine infligée au moment de la condamnation. En tirant cette conclusion, la juge Pomerance s'est penchée sur les attentes en matière de liberté du contrevenant au moment de la détermination de la peine, puis elle a conclu que les attentes de M. Jenkins relatives à la disposition de la dernière chance étaient demeurées inchangées depuis le prononcé de sa peine. Tout en reconnaissant que les changements rétrospectifs peuvent en principe accroître les périodes d'incarcération dans le cas de certains contrevenants, la juge Pomerance a dit qu'il ne fallait pas perdre de vue la nécessité de mettre l'accent sur les attentes légitimes du contrevenant au moment du prononcé de la peine. Elle était d'avis que ces attentes n'auraient pas inclus la norme de sélection spécifique applicable aux demandes faites au titre de la disposition de la dernière chance. Voici un extrait de sa décision :

[TRADUCTION]

Si [l']on applique ce critère du « contexte de chaque dossier » à l'espèce [c'est-à-dire le critère énoncé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] A.C.S. n° 20 (QL)], quelles étaient donc les

attentes légitimes du requérant à l'égard de la dernière chance? À l'époque où le requérant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré, la norme de sélection de 1997 était déjà instaurée. Par conséquent, le requérant aurait eu les attentes suivantes :

- a) après avoir purgé 15 ans de sa peine, il pourrait demander une réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle;
- b) sa demande écrite serait assujettie à une présélection sur le fond par un juge et il n'obtiendrait une audience devant un jury que s'il réussissait à franchir le seuil de la sélection;
- c) si l'audience devant un jury avait lieu, le jury recevrait la directive de tenir compte de cinq critères avant de décider s'il y a lieu de réduire la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. À part ces restrictions, le jury jouirait d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider si le délinquant a droit ou non à la clémence.

Ces attentes demeurent les mêmes. La réforme législative ne les a pas modifiées. [par. 95 et 96]

[29] La décision *R. c. Rowe*, 2015 ONSC 2576, [2015] O.J. No. 2696 (QL), a suivi la décision rendue dans l'affaire *Jenkins*. Dans l'affaire *Rowe*, tout comme dans l'affaire *Jenkins* et celle dont nous sommes saisis, la cour devait examiner la constitutionnalité de l'application rétrospective de la modification apportée en 2011, qui faisait passer le critère de la « possibilité réelle » au critère de la « probabilité marquée ». Toutefois, comme la juge Pomerance l'a fait remarquer dans la décision *R. c. Abram*, 2019 ONSC 3383, [2019] O.J. No. 3001 (QL), au par. 11, la décision *Jenkins* a été rendue avant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Dell*, que nous aborderons plus loin dans les présents motifs, et elle posait la question de savoir si la décision rendue dans *Jenkins* était toujours valable en droit. La décision rendue dans l'affaire *R. c. Liu*, 2022 ONCA 460, [2022] O.J. No. 2759 (QL), que nous examinerons également plus loin dans les présents motifs, démontre le bien-fondé des doutes qu'elle nourrissait.

[30] La troisième décision d'importance est l'arrêt *Simmonds*, où le contrevenant avait été déclaré coupable d'un meurtre au premier degré qu'il avait commis en 1995 et il avait été condamné à sa peine en l'an 2000. Entre temps, le Parlement avait adopté la procédure de sélection judiciaire des demandes faites au titre de la disposition de la dernière chance, de sorte que seules les demandes ayant une possibilité réelle de succès pouvaient être soumises à un jury. M. Simmonds a déposé sa demande en 2014, après que le seuil de la sélection judiciaire eut été remplacé par le critère plus rigoureux de la probabilité marquée. Il a invoqué l'alinéa 11i) de la *Charte* pour contester l'application rétrospective de la sélection judiciaire, affirmant que celle-ci était non constitutionnelle et soutenant que sa demande au titre de la disposition de la dernière chance ne devrait pas être soumise à quelque sélection judiciaire que ce soit. Le juge saisi de la demande a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 11i). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'était pas de cet avis, mais elle a conclu que l'atteinte constituait une limite raisonnable justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

[31] La juge d'appel Dickson, qui rendait jugement au nom de la Cour, a conclu que [TRADUCTION] « l'introduction de la procédure de sélection judiciaire, dans le régime de la dernière chance, a eu pour effet d'alourdir la peine infligée pour meurtre en réduisant l'accès antérieur direct du contrevenant à l'examen par un jury lorsqu'il demande la clémence par voie de réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle » (par. 5). En parvenant à cette conclusion, la juge a tenu compte du fait que, dans le cas d'un meurtre au premier degré, l'admissibilité à la libération conditionnelle, conjuguée à la possibilité d'invoquer la disposition de la dernière chance, fait partie de la peine en tant que telle, plutôt que simplement partie des conditions afférentes à la peine. Elle s'est fondée ensuite sur les arrêts *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, et *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, et elle a conclu qu'en vertu de l'al. 11i) de la *Charte*, le contrevenant a droit à l'application des dispositions les plus avantageuses lorsque l'admissibilité à la libération conditionnelle est modifiée entre la date de la perpétration de l'infraction et la date du prononcé de la peine. Voici le raisonnement qu'elle a adopté :

[TRADUCTION]

[...] La période de 25 ans d'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie de l'ensemble des sanctions dont un contrevenant est passible lorsqu'il est déclaré coupable et cette période d'inadmissibilité est infligée dans le but de favoriser la dissuasion et la dénonciation. Cela dit, la possibilité d'invoquer la procédure de la dernière chance après 15 ans d'emprisonnement vient atténuer la sévérité de la peine. En conséquence, cette disposition, qui est intégrée au plan de détermination de la peine afin de favoriser les efforts de réhabilitation des contrevenants, et qui est portée à l'attention du contrevenant au moment du prononcé de sa peine, fait partie de la peine globale pour l'infraction de meurtre au premier degré [renvois omis].

Je conclus aussi que l'introduction de la procédure de sélection judiciaire a eu pour effet d'alourdir la peine pour meurtre au premier degré. Il me semble que, dans la mesure où une caractéristique atténuante d'une peine est limitée, réduite ou retirée par effet de la loi, la sévérité de la peine s'en trouve logiquement et proportionnellement accrue. C'est ce qui s'est produit en 1997, lorsque le Parlement a introduit la procédure de sélection judiciaire dans le régime de la dernière chance. Selon les dispositions en vigueur lorsque M. Simmonds a commis l'infraction, un contrevenant avait un droit d'accès direct à un jury pour demander la clémence par voie de réduction de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. L'introduction de la procédure de sélection judiciaire est venue restreindre ce droit, quoique légèrement et pour une bonne raison [par. 88 et 89].

La juge d'appel Dickson a conclu que l'atteinte était justifiée en vertu de l'article premier. Elle a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, [1986] A.C.S. n° 7 (QL), en expliquant que l'introduction de la procédure de sélection judiciaire prévues par les modifications de 1996 satisfaisait aux critères suivants : (1) elle visait à atteindre un objectif urgent et réel; (2) elle avait un lien rationnel avec cet objectif; et (3) elle portait le moins possible atteinte à l'al. 11i) dans les circonstances. Elle a reconnu que [TRADUCTION] « les modifications de 1997, établissant la procédure de sélection judiciaire avec effet rétrospectif, représentaient un compromis



constitutionnel raisonnable entre les répercussions qu'elles avaient sur les contrevenants et les intérêts de la société » (par. 107).

[32] La quatrième décision d'importance est l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Dell*, qui, comme l'affaire *Simmonds*, portait sur une requérante qui avait commis son infraction lorsque le régime de la dernière chance lui donnait un accès direct à un jury sans sélection judiciaire. M<sup>me</sup> Dell avait tué son mari en décembre 1995, avait été mise en état d'arrestation en 1997 et, après avoir été déclarée coupable de meurtre au premier degré en 2001, elle avait été condamnée à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans de prison. Au moment où l'infraction avait été commise, les dispositions de la dernière chance lui donnaient le droit de présenter une demande à un jury afin d'obtenir une réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle après avoir purgé 15 ans. Au moment du prononcé de sa peine, la procédure de demande avait été modifiée et prévoyait la sélection judiciaire de celle-ci selon le critère préliminaire de la possibilité réelle avant que sa demande puisse être présentée à un jury. Lorsque M<sup>me</sup> Dell a présenté sa demande sous le régime de la disposition de la dernière chance, en 2013, le mécanisme de sélection avait été modifié à nouveau par l'adoption de la norme plus rigoureuse de la probabilité marquée. M<sup>me</sup> Dell a contesté l'application rétrospective de ces modifications, en faisant valoir qu'elles portaient atteinte aux droits que lui garantissaient l'art. 7 et les al. 11h) et i) de la *Charte*. Le juge saisi de la demande a conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits garantis à M<sup>me</sup> Dell par la *Charte*. La Cour d'appel n'était pas de cet avis.

[33] Le juge d'appel Doherty, qui a rédigé le jugement au nom de la Cour, a conclu que M<sup>me</sup> Dell avait le droit de faire entendre sa demande au titre de la dernière chance par un jury, selon l'état du droit au moment de la perpétration par elle de l'infraction, car selon lui le mécanisme de sélection judiciaire avait eu pour effet d'alourdir la peine infligée à M<sup>me</sup> Dell en diminuant les possibilités qu'elle avait d'obtenir une certaine réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, ce qui portait atteinte au droit que lui garantissait l'al. 11i) de la *Charte*.

En tirant cette conclusion, le juge d'appel Doherty a insisté sur l'incidence qu'avait eu l'introduction du mécanisme de sélection judiciaire sur les attentes légitimes de M<sup>me</sup> Dell en matière de liberté et de sécurité de sa personne, ainsi qu'il est énoncé dans les arrêts *K.R.J. et Whaling*. Le juge d'appel Doherty a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION]

D'abord et avant tout, l'introduction du mécanisme de sélection judiciaire a privé l'appelante du droit absolu qu'elle avait en vertu de la loi, ainsi que ce droit existait au moment de la perpétration du meurtre, de présenter personnellement ou par l'entremise de son avocat, directement à un jury, une demande de clémence qui se traduirait en une réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. À moins que l'on souscrive à l'hypothèse complètement injustifiée selon laquelle toutes les demandes qui sont rejetées à l'étape de la sélection judiciaire seraient inévitablement vouées à l'échec devant un jury, l'introduction de la procédure de sélection judiciaire signifie que certains contrevenants, dont la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle aurait été réduite par le jury, ne pourront bénéficier de pareille réduction. L'introduction de l'étape de la sélection judiciaire dans le régime de la « dernière chance », qui soustrait nécessairement certaines causes à l'examen par le jury, fera inévitablement en sorte que la procédure globale soit moins avantageuse du point de vue du contrevenant : voir *Simmonds*, au par. 94.

L'incidence négative du mécanisme de sélection judiciaire sur les attentes en matière de liberté du contrevenant est d'autant plus évidente dans les modifications apportées en 2011. Le remplacement de la norme de la « possibilité réelle » établie en 1996 par la norme de la « probabilité marquée » en 2011 signifie que les demandes qui avaient une « possibilité réelle » d'être accueillies par le jury, mais non une « probabilité marquée » de l'être, seront rejetées à l'étape de la sélection judiciaire et ne seront jamais présentées au jury. En conséquence, les contrevenants qui, même aux yeux du juge saisi de la demande, ont une possibilité réelle d'obtenir la réduction de leur période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle par le jury n'auront jamais l'occasion de faire entendre leur demande par le jury, parce qu'ils ne peuvent surmonter l'obstacle plus important consistant à établir la « probabilité

marquée » que le jury diminuerait la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Sur le plan pratique, certains contrevenants, qui ont une possibilité réelle d'obtenir une réduction de leur période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle par un jury n'auront jamais, après les modifications de 2011, l'occasion de faire valoir leur cause devant un jury. Au lieu, ils devront purger leur pleine période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle [renvois omis].

[...]

[...] L'incidence sur les attentes raisonnables de l'appelante en matière de liberté, [...] est très réelle et importante [par. 75, 76 et 86].

[34] S'agissant de l'article premier de la *Charte*, le juge d'appel Doherty a conclu que l'analyse faite dans l'affaire *Simmonds* était convaincante au sujet de l'introduction d'un mécanisme de sélection en 1997, mais pas tellement dans le cas des modifications introduites en 2011. Selon lui, les dispositions adoptées en 2011 [TRADUCTION] « vont bien au-delà de la question de l'élimination des demandes futiles et ferment la porte à des demandes qui ont une possibilité réelle d'être accueillies par le jury » (par. 100).

[35] La Cour a conclu que les modifications rétrospectives portaient atteinte aux droits garantis à M<sup>me</sup> Dell par l'al. 11i) de la *Charte* et elle a accordé à celle-ci le bénéfice de la peine la moins sévère que lui offraient les dispositions de la dernière chance, telles qu'elles existaient au moment de la perpétration du meurtre. Autrement dit, M<sup>me</sup> Dell avait le droit de présenter sa demande au titre de la dernière chance directement à un jury. Depuis l'arrêt *Dell*, la procédure courante adoptée en Ontario par les juges consiste à appliquer le critère préliminaire de sélection qui était en vigueur au moment de l'infraction (voir *R. c. Gatenby*, 2021 ONSC 3535, [2021] O.J. No. 2931 (QL); *R. c. Atkins*, 2021 ONSC 3457, [2021] O.J. No. 2659 (QL); *R. c. Anthony McPherson*, 2019 ONSC 5049, [2019] O.J. No. 4645 (QL); *Abram*; *R. c. Al-Shammari*, 2022 ONSC 4113, [2022] O.J. No. 3177 (QL)).

[36] La cinquième affaire d'importance est l'affaire *Khela*, où, comme en l'espèce, un mécanisme de sélection était en vigueur au moment où l'infraction avait été commise, mais le seuil ou critère préliminaire de sélection avait changé lorsque la demande au titre de la dernière chance avait été déposée. L'affaire *Khela* mettait en opposition la conclusion tirée dans l'affaire *Simmonds* et celle tirée dans l'affaire *Dell*. La décision *Khela* a été rendue après celle dans l'affaire *R. c. Soomel*, 2020 BCCA 118, [2020] B.C.J. No. 744 (QL), où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait fait remarquer que l'affaire *Simmonds* allait à l'encontre de l'affaire *Dell* et que, même s'il y avait eu des contestations constitutionnelles à l'égard du critère préliminaire de la probabilité marquée, il n'avait pas été nécessaire de trancher ces contestations, les tribunaux ayant conclu que, dans les circonstances des affaires dont ils étaient saisis, le résultat aurait été le même peu importe le critère appliqué : *Soomel*, au par. 10, renvoyant à l'affaire *R. c. Yu*, 2014 BCSC 206, [2014] B.C.J. No. 3550 (QL), par. 8 à 10; *MacMillan c. British Columbia (Attorney General)*, 2015 BCSC 2298, [2015] B.C.J. No. 2708 (QL), au par. 7 à 9; *R. c. Chow*, 2016 BCSC 781, [2016] B.C.J. No. 887 (QL), au par. 4; et *R. c. Soomel*, 2018 BCSC 2240, [2018] B.C.J. No. 6915 (QL), au par. 6. Comme il est expliqué ci-après, l'affaire *Khela* a porté le problème à son comble en Colombie-Britannique.

[37] M. Khela avait été déclaré coupable de meurtre au premier degré en 2004 pour un meurtre qu'il avait perpétré en 2002. À l'époque de la perpétration du meurtre et de la déclaration de culpabilité, les dispositions de la dernière chance obligeaient les juges à faire la sélection des demandes en se fondant sur la norme de la « possibilité réelle ». À la date où M. Khela a présenté sa demande au titre de la dernière chance, la norme de sélection avait été modifiée et remplacée par le critère préliminaire de la « probabilité marquée ». Dans son évaluation de la demande de M. Khela, le juge Harvey a affirmé qu'elle avait une possibilité réelle d'être accueillie par un jury, que soit appliquée l'interprétation plus souple du critère préliminaire faite dans la décision *Kent*, ou l'interprétation plus stricte faite dans l'affaire *Phillips*, mais il n'a pas tiré comme conclusion, selon la prépondérance des probabilités, que M. Khela aurait une probabilité

marquée de succès devant un jury, par conséquent, il a rejeté la demande. M. Khela a alors contesté le résultat en invoquant la *Charte*.

[38] Le ministère public a reconnu que l'application rétrospective des modifications portait atteinte aux droits que garantissait à M. Khela l'al. 11h), mais il a prétendu que la violation était justifiée en vertu de l'article premier. Le juge Harvey a fait remarquer, à ce sujet, que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Simmonds*, avait dirigé son attention sur l'introduction du mécanisme de sélection judiciaire de 1997 pour conclure que l'application du critère préliminaire de la possibilité réelle constituait une limite raisonnable au droit garanti par l'al. 11i), alors que dans l'affaire *Dell*, la Cour d'appel de l'Ontario [TRADUCTION] « avait examiné la question sous l'angle du critère de sélection plus rigoureux adopté en 2011 » (par. 32). Le juge Harvey a établi une distinction entre cette affaire et l'affaire *Simmonds* et il a conclu que la violation de l'alinéa 11h) ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Il a suivi la démarche adoptée dans l'arrêt *Oakes* et, se fondant à la fois sur *Simmonds* et sur *Dell*, il a conclu que les objectifs législatifs que visaient les modifications apportées en 2011 s'inscrivaient dans les pouvoirs du Parlement; toutefois, en souscrivant à l'opinion exprimée dans *Dell*, il a conclu que [TRADUCTION] « les modifications adoptées en 2011 ne présentent pas un lien rationnel avec l'objectif énoncé, mais plutôt vont bien au-delà de l'objet de la législation » (par. 80). Il a adopté le raisonnement suivi dans *Dell* également lorsqu'il a conclu que [TRADUCTION] « ce ne sont pas uniquement les demandes futiles que le critère préliminaire de la probabilité marquée élimine » (par. 99), et que, par conséquent, il ne répond pas non plus au critère de l'atteinte minimale. Enfin, il a conclu que le seuil qui était entré en vigueur avec les modifications de 2011 ne présentait aucune proportionnalité avec les objectifs visés et donc ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier.

[39] La dernière décision d'importance à ce sujet est la décision *Liu*. Comme en l'espèce, une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré avait été rendue à une époque où le régime en vigueur prévoyait une sélection judiciaire fondée sur le critère préliminaire de la possibilité réelle; une demande au titre de la dernière chance

avait été déposée après l'adoption des modifications de 2011. En outre, tout comme dans la présente affaire, le juge saisi de la demande a appliqué le critère de la probabilité marquée. En appel, la cour a conclu qu'il avait commis une erreur. Dans une brève décision, la Cour d'appel de l'Ontario a fait remarquer que le ministère public avait admis qu'il y avait atteinte au droit garanti par l'al. 11i) et elle a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Nous convenons avec les parties que le raisonnement adopté par la Cour dans l'affaire *Dell* porte à conclure qu'en rehaussant le seuil de sélection judiciaire dans le cas de délinquants qui, comme l'appelant, ont commis un meurtre ou une haute trahison entre le 9 janvier 1997 et le 2 décembre 2011, en remplaçant le critère de la « possibilité réelle » de succès par un critère de « probabilité marquée » de succès, le législateur a sensiblement augmenté le risque pour l'appelant de devoir purger une plus longue peine carcérale, cela ayant donc eu pour effet d'alourdir de manière rétrospective la peine qu'il doit purger, contrairement à l'al. 11i) de la *Charte*, cette violation ne pouvant se justifier en vertu de l'article premier.

(3) Conclusion au sujet de la contestation constitutionnelle

[40] L'opinion dominante dans la jurisprudence canadienne actuelle est celle adoptée dans l'arrêt *Dell*, que la cour, dans les affaires *Khela* et *Liu*, a appliqué à des faits semblables à ceux qui nous occupent. Puisque je souscris entièrement à l'analyse et aux conclusions du juge d'appel Doherty dans l'affaire *Dell*, il serait inutile que je les reprenne ici. Il suffit de dire que je suis d'avis que la procédure de la dernière chance fait partie de la peine infligée à M. Bari. Lorsqu'il a été condamné, il y avait deux composantes à sa peine : (1) l'emprisonnement obligatoire à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans en prison, ainsi que l'a établi le juge chargé de la détermination de la peine; et (2) la possibilité établie par la loi d'obtenir la révision par un jury de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle après une période de 15 ans, sous réserve de la sélection judiciaire de sa demande sur le fondement du critère de la possibilité réelle. Le fait d'alourdir une des composantes de la

peine, afin qu'il soit plus difficile de se prévaloir du régime de la dernière chance, à mon avis, a pour effet d'alourdir la peine et fait en sorte que M. Bari ne peut plus bénéficier de la peine la moins sévère, droit que lui garantit l'al. 11i) de la *Charte*. J'adopte le raisonnement énoncé dans l'affaire *Dell*, et comme l'a fait la cour dans les affaires *Khela* et *Liu*, j'affirme que ce raisonnement s'applique aussi au remplacement du critère préliminaire de la possibilité réelle par celui de la probabilité marquée.

[41] En outre, j'adopte le raisonnement suivi dans les affaires *Dell* et *Khela* et j'affirme que l'atteinte portée à l'al. 11i) par l'application rétroactive d'un seuil plus élevé ne saurait être protégée par l'article premier de la *Charte*. Comme l'a dit le juge d'appel Doherty dans l'affaire *Dell*, le raisonnement suivi dans l'affaire *Simmonds* voulant que la violation soit protégée par l'article premier est convaincant, mais il ne résiste pas à l'analyse si l'on tient compte du resserrement du critère préliminaire.

[42] Tout comme c'était le cas dans l'affaire *Khela*, aucune preuve n'a été présentée pour justifier la modification de 2011, sauf pour le renvoi aux commentaires faits par le ministre de la Justice, Rob Nicholson, devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne, le 19 octobre 2009 (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne). Dans ces commentaires, il a affirmé que les modifications proposées « resserreront aussi la procédure de demande en vertu de la disposition de la dernière chance pour éliminer les demandes les moins recevables [...] ». Il a souligné que le critère préliminaire a été décrit dans la jurisprudence comme étant « relativement peu exigeant » et que le but recherché en « resserrant » le critère était « [d'empêcher] que des demandes moins valables soient présentées. »

[43] Ainsi que l'a fait le juge d'appel Doherty, je conclus que les modifications de 2011 [TRADUCTION] « vont bien au-delà de la question de l'élimination des demandes futiles et ferment la porte à des demandes qui ont une possibilité réelle d'être accueillies par le jury » (par. 100). Tout comme lui, et comme le juge Harvey dans l'affaire *Khela*, je conclus que ces modifications ne présentent aucun lien rationnel avec l'objectif établi par le gouvernement et qu'elles n'ont pas pour effet simplement de porter

une atteinte minime aux droits garantis par le paragraphe 11(1) à un requérant qui invoque le régime de la dernière chance.

[44] Au moment où elle a rendu sa décision portant sur la contestation constitutionnelle, la juge en chef de la Cour du Banc de la Reine n'avait pas eu l'avantage de prendre connaissance des décisions *Khela* et *Liu*. Il n'était pas clair non plus, à ce moment-là, si le raisonnement adopté dans *Dell* s'appliquerait uniquement aux affaires où l'infraction avait été commise avant l'introduction d'un nouveau critère préliminaire. Par la suite, les décisions rendues dans les affaires *Khela* et *Liu* ont précisé que ce raisonnement s'appliquait également au changement apporté au critère préliminaire. Je souscris à cette conclusion. Étant donné que j'adopte le raisonnement suivi dans l'affaire *Dell* et que je l'applique comme la cour l'a fait dans les décisions *Khela* et *Liu*, il s'ensuit que je dois conclure que la décision rendue en l'espèce sur la contestation constitutionnelle était le résultat d'une erreur de droit. C'est le critère de la possibilité réelle qui aurait dû être appliqué dans l'évaluation de la demande de M. Bari. Il nous reste alors à définir ce qui constitue le critère de la possibilité réelle.

[45] Comme il a déjà été indiqué, après l'adoption du critère de la possibilité réelle, en 1997, certains tribunaux estimaient que ce seuil était très bas, et qu'il consistait en quelque sorte à se demander si la demande était un cas désespéré : voir *R. c. D.E.K.*, 2001 MBQB 350, [2001] M.J. No. 575 (QL), par. 44; *R. c. Rochon*, 2011 ONSC 5061, [2011] O.J. No. 3831 (QL), par. 6 et 11; *R. c. Sedore*, [2008] O.J. No. 2705 (C. sup.), par. 28 à 31; et *R. c. Schaeffler*, [2009] O.J. No. 3175 (C. sup.), par. 7. Dans l'arrêt *Phillips*, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté cette caractérisation du critère, en affirmant que [TRADUCTION] « le critère établi par la loi exige plus que la simple démonstration du fait qu'une cause n'est pas un cas désespéré » (par. 6). Je conviens qu'il ne faudrait pas interpréter le critère comme s'il revenait à se poser la question de savoir si une demande est un cas désespéré. Comme l'a indiqué la Cour, il est préférable d'utiliser les termes de la loi. Se fondant sur ce principe, la juge Pomerance a affirmé, dans l'affaire *Al-Shammari*, qu'en analysant la question de la possibilité réelle, un juge doit [TRADUCTION] « se laisser guider par le libellé de la loi qui, de prime abord, est



suffisamment explicite » (par. 12). Je souscris à la caractérisation qu'elle a faite du critère :

[TRADUCTION]

[...] Il s'agit de déterminer s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'un jury puisse réduire la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Pareil résultat n'a pas besoin d'être le seul résultat rationnel ou raisonnable qui soit possible d'après le dossier. Si la réduction de la période d'inadmissibilité s'inscrit dans l'éventail des résultats raisonnables, elle constitue une possibilité réelle que la demande soit accueillie. Si un contrevenant peut faire la démonstration de progrès réalisés en matière de réhabilitation, du fait qu'il a des remords, qu'il a pris de la maturité et qu'il s'engage à poursuivre un mode de vie social positif, ces facteurs militeront en faveur d'une audience devant un jury. [par. 12]

[46] Avec égards, c'est la démarche qui aurait dû être suivie en l'espèce. Puisqu'elle ne l'a pas été, nous sommes maintenant chargés de déterminer si, en application du critère préliminaire de la possibilité réelle, un jury aurait été constitué pour entendre la demande de M. Bari. Ce faisant, il n'est pas nécessaire pour nous de faire preuve de retenue envers la conclusion tirée par la juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, étant donné qu'elle a appliqué le mauvais critère préliminaire; cela dit, il est de droit constant que nous devons faire preuve de retenue envers toutes conclusions de fait qu'elle aurait pu tirer.

B. *En application du critère préliminaire approprié, l'affaire devrait-elle être soumise à un jury?*

[47] En tant que juge chargée de la sélection de la demande de M. Bari sous le régime de la disposition de la dernière chance, la juge en chef de la Cour du Banc de la Reine devait trancher, sur le fondement d'une preuve documentaire, la question de savoir si M. Bari avait, par prépondérance des probabilités, démontré l'existence d'une possibilité réelle que 12 jurés réduiraient le nombre d'années pendant lesquelles il est inadmissible à la libération conditionnelle. Elle devait examiner les mêmes critères

qu'un jury examinerait s'il devait être constitué : par. 745.61(2). Voici ces critères, qui sont énoncés au paragraphe 745.63(1) :

- a) le caractère du requérant;
- b) sa conduite durant l'exécution de sa peine;
- c) la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné;
- d) tout autre renseignement fourni par la victime au moment de l'infliction de la peine ou lors de l'audience prévue au présent article;
- e) tout autre renseignement que le juge estime utile dans les circonstances.

[48] Dans *Al-Shammari*, la juge Pomerance s'est penchée sur certaines des valeurs fondamentales que le régime de la dernière chance avait pour but de souligner. À la rubrique [TRADUCTION] « Réhabilitation, clémence et dignité humaine », la juge a examiné l'application de ces concepts à la procédure de la dernière chance. Je souscris généralement à l'analyse qu'elle a entreprise aux paragraphes 20 à 31 de sa décision, toutefois, je ne reproduirai pas son analyse en entier. Je dirai tout simplement que je souscris à sa conclusion :

[TRADUCTION]

Dans ce contexte, il ne faudrait pas confondre la clémence avec l'indulgence sans principes ou la sentimentalité subjective, à tout le moins pour ce qui a trait à la sélection judiciaire. Le jury qui entend une demande au titre de la dernière chance n'applique pas un critère juridique et ne motive pas son verdict. Toutefois, le juge qui entreprend la sélection d'une demande est chargé de formuler les raisons pour lesquelles il y a une possibilité ou non que la demande soit accueillie en appliquant une norme devant permettre de prédire le résultat d'une procédure qui n'est aucunement normalisée. C'est la raison pour laquelle une décision portant sur la sélection ne consiste pas tellement en une prédiction, mais plutôt en une évaluation indépendante. Cette évaluation doit être fondée sur la preuve. Cela dit, la preuve doit être examinée sous l'angle de la dignité

humaine, compte tenu de la capacité inhérente aux êtres humains de réaliser le changement et de la nature souple de la clémence. [par. 31]

[49] Je passe maintenant à l'évaluation du critère sous cet angle pour déterminer si, par prépondérance des probabilités, M. Bari a démontré une possibilité réelle que soit accueillie sa demande de réduction de sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Ainsi que l'a fait remarquer la juge Pomerance dans l'affaire *Al-Shammari*, [TRADUCTION] « possibilité réelle de succès ne s'entend pas de 'n'importe quelle' possibilité, si lointaine soit-elle. [...] La possibilité de succès doit être une possibilité réelle de succès » (par. 10).

[50] Comme je l'expliquerai ci-après, s'il existe un empêchement à une possibilité réelle que la demande de M. Bari soit accueillie, cet empêchement découlera de l'évaluation de la nature de l'infraction et du caractère du contrevenant. Puisque la famille de la victime n'a fourni aucun renseignement, ce critère n'est pas applicable. S'agissant de la conduite de M. Bari pendant qu'il purgeait sa peine, j'accepte que ce critère milite en sa faveur. Je souscris à la description faite par la juge en chef de la Cour du Banc de la Reine dans sa décision portant sur la sélection judiciaire :

À quelques exceptions près, M. Bari a été un prisonnier modèle. Les quelques problèmes disciplinaires figurant dans le dossier correctionnel de M. Bari sont de nature mineure. M. Bari a travaillé dans les établissements correctionnels, a suivi les recommandations de son programme et a poursuivi ses études. Il faut reconnaître que le dossier correctionnel de M. Bari est excellent. M. Bari a fourni plusieurs lettres de soutien de la part de personnes au sein du système pénal, qui ont toutes loué ses efforts pendant son incarcération. [par. 44]

[51] Sont pertinentes également, en plus des lettres favorables provenant d'agents correctionnels ou d'autres personnes œuvrant au sein du système pénal, les nombreuses lettres en provenance de membres de sa famille et de sa communauté qui ont été envoyées à l'appui de la demande de M. Bari. À une exception près, ces lettres peuvent généralement être considérées comme étant favorables à M. Bari. L'exception

est la lettre d'appui fournie par Zia Khan, Imam et aumônier à l'Établissement de Springhill. Sa lettre contient ce qui suit :

[TRADUCTION] Au fil des ans, M. Bari a exprimé ses plus profonds remords pour la victime et a souhaité que cet événement ne soit qu'un horrible cauchemar plutôt que la vie réelle. Il accepte l'entière responsabilité à l'égard de ses actes.

Cependant, je dois affirmer que M. Bari est également une victime dans tout cela. Il est venu au Canada en quête d'une bonne vie. Il s'est marié pour fonder une famille (tout ce que j'ai entendu de sa bouche, c'est qu'il voulait une famille). On pourrait dire que c'est lui qui a causé tout cela; ce ne sera qu'une compréhension simpliste; au contraire, il a perdu son épouse, il a perdu sa jeunesse et il passe sa vie derrière les barreaux.

Si l'on considère toutes les circonstances ayant mené à son crime, on pourrait percevoir que toutes les mauvaises situations devaient s'aligner pour que cette personne extrêmement pacifique commette une telle atrocité. Je ne l'ai lu que dans des romans de fiction. Appelez cela de la malchance, le sort, la destinée; c'est triste.

Après avoir travaillé pendant 28 ans dans divers établissements, je puis vous assurer que de voir une personne comme M. Bari dans un tel établissement constitue une anomalie du système. Tout le monde commet des gaffes, certaines étant plus graves que d'autres, toutefois, je pense que M. Bari, compte tenu de son dossier, pourrait bénéficier d'une deuxième chance à la vie à l'extérieur d'une prison. Il n'a aucune propension à la violence et je n'hésite aucunement à le dire. Je suis cette personne qui, après de si nombreuses années de travail, a rédigé une douzaine de lettres d'appui, pour le cas où cela aurait une certaine importance.

[52] La juge en chef de la Cour du Banc de la Reine s'est dite fortement en désaccord avec l'Imam concernant certaines des déclarations qu'il avait faites. Elle a souligné le fait que « M. Bari [n'était] pas dans sa situation actuelle à cause de la malchance, du sort ou de la destinée », mais plutôt parce qu'il a été « déclaré coupable du meurtre prémédité de son épouse » (par. 56). Les termes que j'emploierais pour rejeter

cette lettre sont bien plus catégoriques. Premièrement, comme nous le verrons plus loin, il a fallu des années à M. Bari pour exprimer des remords pour avoir tué son épouse. Deuxièmement, M. Bari est le seul responsable d'avoir perdu son épouse et sa jeunesse et de se retrouver derrière les barreaux. Il n'est absolument pas une victime de la situation, quoique, comme nous le verrons plus loin, il se soit considéré comme une victime et peut-être se considère-t-il encore ainsi. Troisièmement, nul ne saurait dire que [TRADUCTION] « toutes les mauvaises situations » devaient s'aligner pour que [TRADUCTION] « cette personne [M. Bari] extrêmement pacifique » commette le meurtre prémédité de son épouse. Étant donné la nature de l'infraction dont il a été déclaré coupable, il ne peut être décrit de cette façon. Ses actes témoignent du contraire. Le crime qu'il a commis était planifié et délibéré. Il a tué une femme sans défense, pendant qu'elle dormait dans son appartement, lui assénant des coups répétés, aidé peut-être d'un pied-de-biche, avant de l'asphyxier. Par la suite, il a tenté de détourner de lui les soupçons. Ce meurtre prémédité, commis de sang-froid, n'est pas le résultat de la [TRADUCTION] « malchance, du sort ou de la destinée ». Il n'est pas non plus une simple « gaffe ». Personne ne saurait dire que M. Bari [TRADUCTION] « n'a aucune propension à la violence ». Bien que je reconnaisse que des personnes qui ont commis des crimes violents peuvent se réhabiliter et devenir des membres pacifiques et productifs de la société, je ne peux considérer M. Bari comme la victime d'un malheureux concours de circonstances qui l'aurait amené à commettre [TRADUCTION] « une gaffe ».

[53] Cela dit, je ne laisserai pas les propos de l'Imam militer contre M. Bari, parce que je ne sais pas si l'Imam exprimait ses propres observations ou les sentiments de M. Bari. Toutefois, je tiendrai compte du fait que M. Bari a choisi de présenter cette lettre de l'Imam à l'appui de sa demande au titre de la dernière chance.

[54] Je passe maintenant à un examen plus détaillé de la nature de l'infraction et du caractère du contrevenant.

[55] Dans ma description des antécédents de M. Bari et des faits qui révèlent son caractère, je me fonde en grande partie sur les rapports présentés en preuve et les

décisions judiciaires antérieures dans la présente affaire, en identifiant au besoin seulement les auteurs. S'agissant du contexte factuel, de nombreux faits proviennent du rapport de D<sup>r</sup> Andrew Starzomski, psychologue qui, en 2020, a mené une évaluation du risque à la demande de l'avocat de M. Bari. Dans son rapport exhaustif, D<sup>r</sup> Starzomski explique que son rapport est basé à la fois sur les faits contenus dans un long document provenant de l'Établissement de Springhill et sur les faits que M. Bari lui a fournis lors de ses entrevues.

[56] Abdul Bari est né en 1967, dans le district de Pabna, au Bangladesh, une région agricole située à quelques heures à l'ouest de la ville capitale de Dhaka. Il est issu d'une grande famille de huit frères et quatre sœurs. Son père est décédé lorsque M. Bari était âgé de sept ans. Il va sans dire que la famille a connu bien des défis, mais dans l'ensemble, M. Bari a eu ce que l'on pourrait appeler une bonne éducation familiale.

[57] Un des frères aînés de M. Bari a fait des études au Canada et est devenu éventuellement employé de l'Université du Nouveau-Brunswick. Il a parrainé l'immigration au Canada de plusieurs autres membres de la famille, notamment l'immigration de M. Bari, qui s'est installé à Fredericton en 1993.

[58] Pendant qu'il habitait au Canada, M. Bari a établi une relation avec une jeune femme du Bangladesh, Shaila, qui, à l'âge de 18 ans, est devenue son épouse et s'est installée, en 1996, à Fredericton. Le couple, tout comme d'autres membres de la famille, habitaient avec le frère de M. Bari jusqu'à ce qu'il déménage dans son propre appartement.

[59] M. Bari travaillait à la buanderie d'un hôtel de Fredericton et à l'occasion il acceptait d'autres travaux. Il semble qu'il ait été un bon employé. De son côté, M<sup>me</sup> Bari a occupé divers emplois à temps partiel. Éventuellement, elle a terminé l'équivalent de ses études secondaires et s'est inscrite comme étudiante à temps partiel en administration des affaires à l'Université du Nouveau-Brunswick. Selon les projets du couple, M<sup>me</sup> Bari fréquenterait l'université en premier lieu, puis ce serait au tour de M. Bari de le faire, une fois qu'elle aurait terminé ses études.

[60] Mari et femme sont devenus citoyens canadiens en 1998. Au cours des quelques prochaines années, le couple a vécu ensemble dans une relation assez harmonieuse. Tout a changé, cependant, en 2002. Au mois d'août de cette année-là, le couple s'est séparé, situation que M. Bari semble avoir eu de la difficulté à accepter. Voici comment le psychologue Starzomski a décrit la période qui a suivi cette séparation :

[TRADUCTION]

Le couple a commencé à vivre séparément au mois d'août 2002. M. Bari affirme que Shaila avait demandé cet arrangement pour une période de six mois pour lui permettre de se mieux se concentrer sur ses études. Elle lui a trouvé un appartement à cinq minutes du bâtiment où le couple avait habité ensemble et où M<sup>me</sup> Bari a continué d'habiter. Selon les renseignements au dossier (évaluation communautaire de 2007), le couple semblait vivre des conflits parce que Shaila acceptait de moins en moins d'assumer le rôle traditionnel de la femme auquel s'attendait M. Bari et elle participait davantage aux autres possibilités que lui offrait le milieu des études et la communauté. Il m'a dit que le couple avait passé quelques fins de semaine ensemble, au début de la période où chacun occupait son propre appartement, mais il semblerait que M<sup>me</sup> Bari ait empêché M. Bari de lui rendre visite lorsqu'elle a appris qu'il avait communiqué avec sa mère et l'avait informée du fait que M<sup>me</sup> Bari lui avait demandé de quitter l'appartement.

Certaines informations indiquent qu'en septembre 2002, M. Bari s'est rendu à l'appartement de Shaila et a demandé à avoir des relations sexuelles, il s'est fâché et a pris un couteau, puis elle s'est enfuie chez un ami. Dans le présent entretien, M. Bari a déclaré que cela ne s'était pas produit. M. Bari aurait déclaré à des amis et dans des lettres adressées à la famille de Shaila que si elle ne revenait pas à lui, il la tuerait. M. Bari m'a affirmé qu'il n'avait pas fait de remarques sur son intention de la tuer et a indiqué que cette idée était le résultat d'une traduction inexacte du bengali à l'anglais.

À l'automne 2002, Shaila a demandé à M. Bari de cesser de communiquer avec elle. Elle a demandé au propriétaire de renforcer la sécurité de sa chambre / son appartement, mais

rien n'a été fait à cet égard. Certaines informations au dossier décrivent, comme il est indiqué dans le rapport du D<sup>f</sup> Theriault de 2014 et dans la décision de l'appel de 2006, diverses situations de contacts en personne non désirés par M. Bari à l'automne 2002, qui ont conduit à une accusation de harcèlement en décembre 2002. M. Bari a finalement été reconnu coupable de cette infraction le 16 juin 2003 et condamné à une peine de probation de 6 mois.

[61] M. Bari a dit à D<sup>f</sup> Starzomski qu'il pensait que sa femme le trompait et il a mentionné avoir reçu des appels téléphoniques répétés, anonymes ou obscènes, depuis leur séparation, particulièrement dans les semaines précédant le meurtre. Le dossier ne contient rien qui puisse corroborer ces assertions. M. Bari affirme qu'il voulait demander à son épouse pourquoi elle le tourmentait, mais encore une fois, aucune preuve corroborante n'indique qu'elle agissait ainsi.

[62] D<sup>f</sup> Starzomski a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

M. Bari m'a dit qu'il était de plus en plus angoissé et troublé par le manque d'information de Shaila sur ses activités et leur avenir commun. Il m'a dit qu'il avait envoyé des lettres à sa famille dans lesquelles il avait indiqué qu'il espérait qu'elle pourrait être punie (y compris qu'elle subirait des blessures, mais pas la mort) pour l'angoisse et la douleur qu'elle lui causait. Il a dit qu'il avait [TRADUCTION] « perdu la boule » et a précisé que plus la situation durait, moins il avait les idées claires.

[63] En juin 2003, M<sup>me</sup> Bari aurait intenté une poursuite en divorce, mais M. Bari affirme qu'il n'en avait aucune connaissance. Il prétend qu'il aurait accepté cela.

[64] Par opposition à ce compte rendu des événements ayant précédé le meurtre, voici comment notre Cour a résumé la preuve présentée au procès, dans la décision qu'elle a rendue en appel en 2006 :

Peu après leur séparation et pendant les mois de septembre, d'octobre, de novembre et au début de décembre 2002,



M. Bari a fréquemment harcelé M<sup>me</sup> Bari en se présentant à son appartement à l'improviste et en apparaissant, sans raison apparente d'y être, aux endroits où elle se trouvait. Elle s'est plainte à la police de ses actes répétés de harcèlement pour tenter d'obtenir une ordonnance de non-communication contre lui. Elle a demandé à son propriétaire de changer la serrure de sa porte et de bloquer ses fenêtres au moyen de barreaux de fer parce qu'elle avait peur de son mari et voulait être plus en sécurité. À la fin de septembre, elle a appelé la police pour signaler que M. Bari s'était présenté à son appartement à l'improviste et voulait avoir des relations sexuelles. Elle a expliqué que, après qu'elle eut refusé, il s'est fâché et est allé à la cuisine pour prendre un couteau et que, craignant pour sa sécurité, elle s'était enfuie à l'appartement d'un voisin. Un agent de police l'a immédiatement rencontrée à l'appartement de son voisin, mais plus tard, après discussion avec M. Bari, il a été décidé que l'incident ne justifiait pas une demande d'ordonnance de non-communication. Au début d'octobre 2002, elle a communiqué de nouveau avec la police et a parlé à des agents d'intervention d'urgence. Elle les a informés de ses craintes continues pour sa sécurité puisqu'elle venait de dire à M. Bari qu'elle avait consulté un avocat et qu'ils ne vivraient plus jamais une vie de couple s'il n'en tenait qu'à elle. Elle a recontacté la police le mois suivant pour l'informer du harcèlement continu exercé par M. Bari. En décembre 2002, elle a de nouveau rencontré un agent de police; cette fois, elle l'a informé que M. Bari l'avait menacée de lui faire du mal et lui avait dit [TRADUCTION] « de quoi il était capable » avant de terminer brusquement la conversation téléphonique. [Par. 12]

[65] En raison du harcèlement auquel se livrait M. Bari, une accusation a été portée contre lui, à laquelle il a plaidé coupable. Voici comment notre Cour a décrit la chronologie des événements :

M. Bari a exprimé à un psychiatre, avant la comparution du 16 juin 2003 [audience de détermination de la peine afférente au harcèlement], le grand chagrin que lui causait la séparation et son sentiment d'avoir été trahi. Au nom de M. Bari, une lettre du psychiatre a été présentée en preuve à l'audience de détermination de la peine. L'état d'esprit de M. Bari était également révélé dans les lettres qu'il a écrites

et dont certaines ont été envoyées à des membres de sa parenté au Bangladesh. Le ton et le contenu de ces lettres indiquent que l'espoir de réconciliation de M. Bari a fini par faire place au désespoir, puis à la colère, à tel point qu'il a affirmé que si M<sup>me</sup> Bari ne revenait pas vivre avec lui, elle ne devrait pas avoir le droit de vivre. Pour résumer, il est juste de dire que les lettres, tout comme les discussions que M. Bari a eues avec son psychiatre consultant, décrivent en gros un mari anéanti par sa séparation d'avec son épouse, un homme jaloux, possessif, irrité, humilié et trahi, dépouillé de tout ce qui lui était précieux, un homme incapable de surmonter sa séparation et d'accepter le mode de vie de son ex-épouse. [Par. 5]

[66] D'après les renseignements qui lui ont été fournis, le psychologue Starzomski a décrit ce qui constituait, d'après lui, les événements entourant le meurtre de M<sup>me</sup> Bari :

[TRADUCTION]

Le soir du 15 juillet 2003, après avoir, selon lui, consommé environ 5 bières au cours de la soirée dans différents bars, M. Bari s'est rendu à l'appartement de Shaila. Il m'a dit qu'il voulait lui donner une leçon pour lui avoir causé tant de douleur et s'est rendu chez elle pour le faire. La leçon, m'a-t-il dit, était qu'il voulait qu'elle éprouve une douleur durable pour lui rappeler combien elle l'avait fait souffrir. Il a dit qu'il avait pris un pied-de-biche comme moyen de s'assurer qu'il pourrait entrer dans le bâtiment et dans son appartement.

M. Bari m'a dit qu'il n'y avait pas de réponse lorsqu'il a sonné et qu'il se serait rendu à la porte arrière du bâtiment, l'aurait trouvée ouverte et se serait rendu à son appartement, où il a utilisé le pied-de-biche pour entrer. Il a dit qu'il s'est rendu au lit et qu'il a vu quelqu'un sous les couvertures dans le lit, mais qu'il ne pouvait pas dire qui c'était, car la tête était couverte. Bien qu'il ait considéré qu'il s'agissait très probablement de Shaila, il a dit qu'à l'époque, il pensait aussi que cela pouvait être un de ses amis. Il a dit avoir frappé la personne quatre ou cinq fois et avoir quitté l'appartement après quelques minutes seulement. Il a dit qu'il n'avait rien dit pendant qu'il était dans l'appartement. Il a nié toute tentative d'étouffer la personne. Il a résumé son récit en déclarant qu'il n'était pas

la même personne que d'habitude lorsqu'il a commis cette infraction ([TRADUCTION] « Je sais maintenant que c'était juste, j'avais perdu la boule, j'avais perdu la tête. »).

Il a dit qu'il avait immédiatement pensé qu'il devrait appeler la police ou une ambulance. Il a dit qu'il lui est venu à l'esprit le jour suivant qu'il était possible que Shaila soit morte de l'attaque. Il a dit qu'il se sentait mal de ne pas avoir cherché de l'aide pour elle par la suite.

[67]

Voici comment notre Cour a décrit ces événements :

Le 15 juillet 2003, Shaila Bari a étudié à la bibliothèque du campus universitaire en vue d'un examen qu'elle devait subir le lendemain. La dernière fois qu'elle a été aperçue vivante, il était environ 21 h 30 et elle marchait. Environ une heure plus tard, elle s'est entretenue au téléphone avec un ami et c'est le dernier contact qu'on a eu avec elle. L'ordinateur portable de M<sup>me</sup> Bari donne des signes d'activité jusqu'à 1 h 17 le 16 juillet 2003, et plus rien par la suite.

M<sup>me</sup> Bari ne s'est pas présentée à son examen le 16 juillet 2003. En fait, personne n'a entendu parler d'elle après le 15 juillet 2003. Sa disparition a fini par amener la police à faire enquête, et le cadavre de M<sup>me</sup> Bari a été trouvé le 22 juillet 2003 dans son petit appartement. Elle gisait dans son lit, et des oreillers couvraient son visage.

L'enquête qui a suivi a révélé que M<sup>me</sup> Bari était décédée par suite de traumatismes à la tête et à la poitrine causés par des objets tranchants et des instruments contondants, suivis de suffocation. Aucune preuve de vol qualifié ni d'agression sexuelle n'a été trouvée. La mâchoire de M<sup>me</sup> Bari avait été brisée à au moins deux endroits, et on a observé du sang qui sortait de son nez et de sa bouche. La victime avait subi une coupure à la tête derrière l'oreille et des meurtrissures à la poitrine. On a découvert plus tard qu'elle avait au moins quatre côtes fracturées. [par. 6 à 8]

[68]

Quoique M. Bari ait nié être impliqué dans le meurtre de son épouse, la preuve circonstancielle était accablante. Il a été établi qu'il avait acheté un pied-de-biche Mastercraft à un magasin Canadian Tire de la localité, le 15 juillet 2003, et qu'il avait

utilisé sa carte bancaire pour cet achat; il ne pouvait rendre compte de son emploi du temps entre 1 h 53 et 5 h 41, le 16 juillet 2003; le 24 juillet 2003, il a demandé à un collègue de travail d'aller acheter pour lui un pied-de-biche (ce que le collègue de travail a refusé de faire et il a signalé cela à la police); la police a découvert un pied-de-biche de même marque que celui acheté par M. Bari, dans les environs du bâtiment dans lequel M<sup>me</sup> Bari a été tuée; dans les mêmes environs, la police avait auparavant découvert des gants de latex qui n'étaient pas en vente dans les magasins de détail de Fredericton, mais étaient utilisés par des établissements commerciaux, y compris l'hôtel où M. Bari travaillait; l'ADN de M<sup>me</sup> Bari avait été prélevé sur les gants; une perquisition subséquente de la résidence de M. Bari avait permis de découvrir un autre pied-de-biche Mastercraft, ainsi que des lettres écrites par M. Bari, dans lesquelles il exprimait ses sentiments concernant sa séparation d'avec son épouse.

[69] On peut constater le raisonnement qui a amené le jury à conclure que M. Bari était coupable du meurtre planifié et délibéré de son épouse. M. Bari n'acceptait pas le rejet par son épouse de leur mariage. Il la harcelait et tentait d'obtenir que la famille de celle-ci intervienne afin qu'elle renoue avec lui. Dans des lettres qu'il a fait parvenir à d'autres personnes, il menaçait de nuire au bien-être de son épouse. Lorsqu'il est devenu apparent que celle-ci ne renouerait pas avec lui, il a décidé qu'elle devait être mise à mort. Pour exécuter le crime, il a acheté un pied-de-biche à un magasin Canadian Tire et a pris des gants de son lieu de travail. Il a fréquenté des bars et a consommé quelques verres de bière pour ensuite, tard dans la nuit, s'introduire dans l'appartement de son épouse, où il l'a battue et asphyxiée jusqu'à ce que mort s'en suive. Il a jeté le pied-de-biche et les gants. Lorsqu'il s'est rendu compte du fait qu'on pourrait lui demander de produire le pied-de-biche qu'il avait acheté avec sa carte bancaire, il a demandé à un collègue de travail d'en acheter un pour lui. Lorsque le collègue de travail a refusé de le faire, M. Bari a réussi à obtenir un autre pied-de-biche, que la police a fini par découvrir dans sa résidence.

[70] Tout au long de l'enquête et de la procédure judiciaire qui se sont déroulées par la suite, M. Bari a prétendu être innocent. Il a même proposé d'autres

suspects possibles. Il n'acceptait pas la responsabilité de ce crime et il n'a fait preuve d'aucuns remords. Plus d'une décennie s'est écoulée entre le moment du meurtre et le moment où il a finalement avoué sa culpabilité. Il l'a fait durant une évaluation menée par un psychiatre judiciaire en vue de la rédaction d'un rapport d'admissibilité à la libération conditionnelle. À ce moment-là, il soutenait qu'il ne pouvait se rappeler beaucoup des détails, quoiqu'il ait affirmé qu'il n'avait pas l'intention de tuer son épouse, mais uniquement de lui faire du mal. Le psychiatre a décrit ainsi cette révélation :

[TRADUCTION]

M. Bari a, par le passé, nié son infraction. Dans son rapport initial sur le profil criminel daté du 2 décembre 2004, il a nié avoir commis l'infraction, indiquant qu'à l'époque de son décès, son épouse fréquentait plusieurs hommes, et que le soir de l'infraction, elle s'était disputée avec l'un d'entre eux. Dans son évaluation psychologique de 2007, il a nié l'infraction, indiquant que la déclaration de culpabilité était frappée d'appel. Il a également nié avoir écrit des lettres de menace, indiquant qu'il ne faisait que communiquer à la famille de son épouse des inquiétudes sur le mode de vie de celle-ci, et il nie les accusations de harcèlement pour lesquelles il avait plaidé coupable. Je constate, en examinant les évaluations communautaires, que, au moins jusqu'en 2007, époque de la dernière évaluation communautaire de M. Bari, sa famille l'a soutenu dans la revendication de son innocence.

M. Bari a reconnu avoir assassiné son épouse lors de sa conversation avec moi.

Comme je l'ai mentionné précédemment, son épouse et lui se sont séparés à l'été 2002, semblerait-il pour qu'elle puisse consacrer plus de temps à ses études, bien que, comme il est indiqué précédemment, M. Bari craignait qu'il y ait d'autres raisons, et il s'en est inquiété de plus en plus au fil du temps. Il a continué à rendre visite à son épouse à son appartement, bien que, après une visite, il ait été interpellé par la police, qui lui a dit qu'il ne devrait pas avoir de contacts avec elle. M. Bari indique qu'après cette interpellation, il a évité tout contact avec son épouse, sauf à une occasion, où il soutient qu'elle lui a dit qu'il pouvait aller chercher son courrier à la résidence. Il nie le fond de l'accusation de harcèlement criminel, c'est-à-dire qu'il nie avoir harcelé son épouse ou l'avoir suivie au centre

commercial ou à l'école, ou encore être apparu à ses fenêtres. Il reconnaît qu'il a plaidé coupable à l'accusation de harcèlement criminel en juin 2013, tout en maintenant qu'il ne comprenait pas vraiment la question juridique à l'époque.

M. Bari indique qu'avant le meurtre, il se sentait seul et triste. Il semblerait qu'il ait eu le cœur particulièrement brisé lorsqu'il a appris que son épouse s'était fait avorter – il rapporte que l'enfant était le sien. Cette question revêt toujours une grande importance; durant la conversation, M. Bari était bouleversé au plus haut point lorsqu'il a abordé cette question. Il lui semble, sur le plan culturel, que l'avortement a marqué la fin de tout ce pour quoi il avait travaillé; M. Bari a décrit l'avortement comme [TRADUCTION] « le meurtre le plus inacceptable vis-à-vis son créateur ». Comme il est indiqué précédemment, M. Bari mentionne qu'il a commencé à consommer de l'alcool [TRADUCTION] « pour l'oublier » (son épouse). M. Bari affirme également qu'immédiatement avant le meurtre, il a reçu des appels téléphoniques harcelants qu'il pensait provenir de son épouse ou de ses amis. Il indique que lors de ces appels, on l'insultait, entre autres choses, et que, au moins une fois, il a entendu ce qu'il croit être le son d'une activité sexuelle qu'il attribuait à son épouse.

Le jour du meurtre, M. Bari a indiqué qu'il avait consommé de l'alcool. Il a été quelque peu vague dans notre échange sur les rouages réels du meurtre et a mentionné qu'[TRADUCTION] « [il] ne [s]e souvien[t] pas bien ». Cependant, il se souvient qu'il était en colère à ce moment-là et il affirme qu'il n'avait pas l'intention de tuer son épouse, mais qu'il voulait plutôt lui faire du mal. Il a ajouté : [TRADUCTION] « Je veux lui faire du mal. » [Décision portant sur la sélection judiciaire, par. 8]

[71] Pour replacer les événements dans leur contexte, signalons que pendant plus d'une décennie M. Bari a nié sa culpabilité, au point de tenter de détourner les soupçons vers d'autres suspects possibles et de tromper sa famille en l'amenant à croire qu'il était innocent. Ensuite, lorsqu'il faisait l'objet d'une évaluation en vue de déterminer son admissibilité à la libération conditionnelle, il a avoué sa culpabilité mais a tenté de minimiser la situation en niant à la fois le harcèlement antérieur auquel il s'était

livré et son intention de tuer son épouse, et en refusant surtout d'avouer la nature planifiée et délibérée du meurtre.

[72] Par la suite, en 2020, en prévision de la présentation d'une demande au titre de la dernière chance, par l'entremise de l'avocat de M. Bari, D<sup>r</sup> Starzomski a été retenu afin d'effectuer une évaluation psychologique du risque, qu'il a résumée dans un rapport en date du 16 septembre 2020. Selon D<sup>r</sup> Starzomski, M. Bari tentait à nouveau de minimiser la gravité de la situation en niant à la fois les détails du harcèlement auquel il s'était livré et les déclarations qu'il aurait faites à des membres de la famille selon lesquelles il allait tuer son épouse. S'agissant des allégations de harcèlement faites par M<sup>me</sup> Bari, il a dit qu'il ne pensait pas qu'elle le craignait [TRADUCTION] « mais qu'elle voulait peut-être simplement l'empêcher de voir ce qu'elle faisait ». Même s'il a admis avoir envoyé des lettres à la famille de son épouse, il a nié avoir menacé la vie de son épouse [TRADUCTION] « [indiquant] qu'il espérait qu'elle pourrait être punie (y compris qu'elle subirait des blessures, mais pas la mort) ». Selon D<sup>r</sup> Starzomski, M. Bari tentait également de minimiser sa responsabilité lorsqu'il affirmait qu'il voulait simplement que M<sup>me</sup> Bari éprouve de la douleur, mais qu'il ne voulait pas la tuer, précisant qu'il avait uniquement amené le pied-de-biche pour pouvoir s'introduire dans le bâtiment et dans l'appartement de son épouse. Chose incroyable, il a prétendu qu'il n'était pas certain que c'était son épouse à qui il assénait des coups, quoiqu'il ait admis que c'était fort probablement elle, et il a nié toute tentative d'asphyxier sa victime. Chose encore plus étonnante, il a informé D<sup>r</sup> Starzomski du fait qu'il voulait interjeter appel de sa déclaration de culpabilité [TRADUCTION] « afin d'avoir l'occasion de raconter à la Cour sa version des faits (notamment en reconnaissant qu'il était coupable du crime qui avait conduit à la mort de son épouse) ». Cette déclaration est tout simplement ridicule. M. Bari a eu amplement l'occasion d'avouer sa culpabilité avant 2014. L'appel a été décidé en 2006 et sa demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été rejetée en 2007.

[73] Non seulement M. Bari a nié sa culpabilité tout au long de la procédure judiciaire, mais il l'a aussi niée pendant des années aux responsables des services

correctionnels. D<sup>f</sup> Starzomski affirme dans son rapport que, lorsque M. Bari a été admis à l'Établissement de Springhill le 1<sup>er</sup> octobre 2004, il a refusé, en raison de son appel en instance, de participer au volet psychologique de l'évaluation initiale. S'il s'était agi simplement de l'exercice de son droit au silence, nul ne saurait reprocher cela à M. Bari. Toutefois, D<sup>f</sup> Starzomski indique dans son rapport que M. Bari a ajouté que le meurtre aurait pu être commis par un des hommes que fréquentait M<sup>me</sup> Bari. Par conséquent, ce n'était pas le droit au silence qu'il exerçait, mais plutôt il débitait des mensonges afin d'impliquer d'autres personnes dans le meurtre. Compte tenu de cela, et du fait qu'il avait convaincu sa propre famille qu'il était innocent, sa volonté d'avouer sa culpabilité devant notre Cour semble au plus haut point non crédible.

[74] Dans la demande qu'il a présentée à la juge chargée de la sélection judiciaire, M. Bari affirme qu'il [TRADUCTION] « avai[t] commencé à assumer la responsabilité [pour son] infraction en 2011 », quoiqu'il admette que cela n'est pas documenté. Est documenté, cependant, le fait que M. Bari participait à un programme d'aide psychologique après avoir avoué sa culpabilité au D<sup>f</sup> Theriault en 2014. Les évaluations psychologiques/psychiatriques effectuées au cours des années ont généralement donné des résultats constants. M. Bari n'a reçu aucun diagnostic de quelque trouble de la santé mentale que ce soit, et il ne démontre aucun signe associé à un léger trouble de la personnalité antisociale, ou à quelque autre trouble de la personnalité. Il n'est pas nécessaire de décrire en détail les examens effectués et les résultats obtenus qui font partie du dossier et qui ont été passés en revue dans le rapport de D<sup>f</sup> Starzomski. Il suffit de dire que ces tests et résultats montrent que M. Bari pose un risque peu élevé de violence en général et un risque moyen de violence familiale. Ces résultats sont les mêmes depuis 2014 et ont été confirmés dans l'évaluation effectuée en 2020 par D<sup>f</sup> Starzomski. Les personnes qui présentent ce genre de profil de risque sont considérées capables de bien fonctionner au sein de la communauté, tant et aussi longtemps qu'elles gèrent bien les influences dynamiques et qu'elles collaborent de manière efficace et constante avec les gestionnaires de cas du système de justice.



[75] Même si le profil psychiatrique/psychologique de M. Bari fait état de certains facteurs positifs, nul ne saurait dire qu'il n'y a aucune raison de s'inquiéter. Si M. Bari avait reconnu sa culpabilité dès le début, il aurait bénéficié d'un programme d'aide psychologique sur une période de 15 ans avant de pouvoir accéder au régime de la dernière chance. Toutefois, en niant sans cesse sa responsabilité et en se livrant sans cesse au mensonge, il a retardé la mise en place d'un programme d'aide psychologique qui avait pour but de réduire au minimum le risque qu'il présentait pour la société. Encore aujourd'hui, il tente de minimiser la brutalité de son crime en niant son harcèlement antérieur de M<sup>me</sup> Bari et en affirmant qu'il n'avait pas pour intention de la tuer mais plutôt de lui causer de la douleur.

[76] Il ne faut pas oublier qu'il a été conclu que le meurtre de Shaila Bari était planifié et délibéré. Le jury a nécessairement conclu, d'après le dossier de la preuve, que M. Bari avait fait l'acquisition du matériel utilisé dans la perpétration du crime (le pied-de-biche et les gants, que la police a plus tard découverts aux environs des lieux du meurtre) et qu'il avait eu l'intention de tuer son épouse. L'assertion de M. Bari – selon laquelle il voulait simplement lui causer de la douleur et qu'il n'avait pas tenté de l'asphyxier – ne concorde ni avec la preuve médico-légale produite au procès, ni avec les conclusions du jury.

[77] Le paragraphe qui suit illustre le motif ultime pour lequel la juge saisie de la sélection judiciaire a rejeté la demande faite par M. Bari au titre de la dernière chance :

Pour en revenir à la question dans la présente affaire – si la demande de M. Bari devait être présentée à un jury, y a-t-il une probabilité marquée qu'elle soit accueillie? J'en arrive à la conclusion que non, malgré l'excellent dossier de M. Bari en prison et les progrès qu'il a réalisés depuis sa déclaration de culpabilité. Bien qu'il soit difficile de ne pas reconnaître la conduite positive de M. Bari depuis sa déclaration de culpabilité, ainsi que le soutien important dont il bénéficie, la dure réalité demeure – M. Bari continue de croire qu'il est une victime. Bien qu'il sembl[e] que son opinion et son état d'esprit aient évolué au point qu'il reconnaisse maintenant que M<sup>me</sup> Bari était la victime

ultime, il continue néanmoins à se concentrer sur ses pertes. À mon avis, c'est un facteur que 12 jurés ne pourront tout simplement pas ignorer. Dans la mesure où M. Bari ne semble pas reconnaître, même maintenant, que son incarcération est liée uniquement à ses propres actions, cela va, à mon avis, causer une consternation considérable à certains jurés, sinon à tous les jurés. [Souligné dans l'original; décision portant sur la sélection judiciaire, par. 53]

[78] Comme la juge saisie de la sélection judiciaire a appliqué le mauvais critère préliminaire, il n'est pas nécessaire de faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion qu'elle a tirée. Il appartient à notre Cour alors d'examiner les facteurs énoncés au paragraphe 745.63(1) et d'appliquer le critère préliminaire approprié, qui, ainsi qu'il est indiqué dans les pages précédentes, est la norme de la possibilité réelle définie dans l'arrêt *Phillips* et appliquée dans la décision *Al-Shammari*. Je reconnais que la plupart du temps M. Bari a été un prisonnier modèle. Je reconnais qu'il a l'appui de sa famille et de sa communauté. Je reconnais aussi que, depuis 2014, il a bénéficié d'un programme d'aide psychologique destiné à l'aider à redevenir membre de la société. Même si ces facteurs militent en faveur de l'accueil de sa demande, il est impossible de faire abstraction du fait que M. Bari continue de nier des faits établis relatifs au comportement harcelant qu'il a manifesté avant le meurtre qu'il a commis et le fait qu'il continue également de minimiser son état d'esprit. Il continue d'affirmer qu'il n'avait pas l'intention de tuer son épouse mais uniquement de lui faire du mal, et ce, malgré la preuve accablante établissant, hors de tout doute raisonnable, non seulement qu'il avait l'intention de tuer son épouse, mais également que le meurtre de celle-ci était planifié et délibéré. Cette négation et cette minimisation des faits, conjuguées au profil psychologique qui le place à risque moyen de commettre des actes de violence familiale, m'amènent à conclure qu'il n'y a aucune possibilité réelle que 12 jurés accueilleraient favorablement sa demande et réduiraient le nombre de ses années d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

III. Dispositif

[79] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je rejetterais l'appel interjeté par M. Bari.