COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

67-11-CA

E.K.M.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

E.K.M. v. R., 2012 NBCA 64

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Provincial Court:
March 16, 2011 (conviction)
April 28, 2011 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 16, 2012 and
May 8, 2012

Judgment rendered:
July 26, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:
John M. Henderson

E.K.M.

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

E.K.M. c. R., 2012 NBCA 64

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 16 mars 2011 (déclaration de culpabilité)
Le 28 avril 2011 (prononcé de la sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 16 février 2012
Le 8 mai 2012

Jugement rendu :
Le 26 juillet 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
John M. Henderson

For the respondent:
John A. Henheffer

THE COURT

The appeal against conviction and the application for leave to appeal sentence are dismissed.

Pour l'intimée :
John A. Henheffer

LA COUR

Rejette l'appel de la déclaration de culpabilité et la demande en autorisation d'interjeter appel de la peine.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The appellant challenges his conviction in Provincial Court on three charges of sexual assault (s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*). The particulars, as set out in the Information, are as follows: (1) Count #1: sexual assault on R.R. between January 1, 1999 and December 31, 2004 "at or near" Sussex, in the County of Kings and Province of New Brunswick; (2) Count #2: sexual assault on J.R. between November 1, 2006 and December 15, 2006 "at or near" Sussex; and (3) Count #3: sexual assault on S.S. between January 1, 2007 and February 4, 2009, also "at or near" Sussex. S.S. is the appellant's former spouse. R.R. and J.R. are nephews of S.S. During the period referenced in Count #1, R.R. was a minor, as was J.R. in the timeframe specified in Count #2.

[2] All three complainants testified at trial. Their evidence detailed acts on the appellant's part that, if believed, gave rise to his criminal liability for "sexual assault" within the meaning of s. 271(1)(a) and the reach of the counts in the Information. That said, the sexual assaults described by J.R. and S.S., while extremely serious, paled in comparison to the abuse R.R swore he endured over an extended period of time, beginning before he reached puberty and stretching into his early adolescence.

[3] The appellant testified in his own defence. He denied having engaged in any criminal misconduct vis-à-vis any of the complainants and claimed he was outside the Province during a significant part of the period during which, according to R.R., the sexual assaults targeted by Count #1 were taking place.

[4] In thorough reasons for decision, the trial judge explained why he believed the evidence of the complainants and disbelieved the evidence of the appellant. Ultimately, he concluded the Crown had established the appellant's guilt beyond a

reasonable doubt with respect to each count. The judge sentenced the appellant to: (1) imprisonment for five years, less 44 days of remand, on Count #1 (sexual assault on R.R.); (2) a one year concurrent term of imprisonment on Count #2 (sexual assault on J.R.); and (3) a six month concurrent term on Count #3 (sexual assault on S.S.). He also tacked on the ancillary orders that are routinely made in cases of this sort.

[5] The first Amended Notice of Appeal features one conviction-related allegation of error on the part of the trial judge, and it is that he resorted to an erroneous methodology in assessing credibility. According to the appellant, that assessment was made by first considering the testimony of the complainants, a sequence said to be at odds with the approach espoused in *R. v. Moose*, 2004 MBCA 176, [2004] M.J. No. 415 (QL).

[6] At the outset of the hearing on February 16, 2012, the appellant sought and was granted an adjournment to pursue a claim of ineffective representation on the part of his counsel at trial. Although the appellant subsequently filed a supplementary submission on point, he has not offered any evidence in support of this claim. Consequently, the Court is asked to make a finding of ineffective representation solely on the basis of the trial transcript.

[7] Should his appeal against conviction fail, the appellant seeks leave to appeal the five-year penitentiary term imposed with respect to Count #1 (sexual assault on R.R.). The prompting complaint is rooted in the view that the sentence is inordinately long, a result which, in the appellant's submission, is attributable to the sentencing judge's mischaracterization of the sexual assaults in issue. There is no cross-appeal against any feature of the orders made and the sentences imposed in the court below.

[8] For the reasons that follow, I would dismiss both the appeal against conviction and the application for leave to appeal sentence.

II. The Context

[9] As noted, the appeal against conviction arises out of the "guilty" verdicts entered in Provincial Court on three counts of sexual assault. Each charge relates to a distinct victim: the appellant's former wife (S.S.) and two of his nephews by that marriage (R.R. and J.R.). The events underlying the charges would have occurred within a ten-year span. Those involving R.R. took place from the summer of 2000 until 2004 (when he was between 12 and 16 years of age); the episodes relating to J.R. unfolded over the course of a single day in November of 2006 (when he was 14 years old); and the several incidents implicating S.S. began in late 2006 and ceased in February of 2009.

[10] The appellant is a 36-year-old former factory worker, who immigrated to Canada from Thailand, his country of birth, in August of 1999 shortly after marrying S.S., a native New Brunswicker. Initially, the couple lived in Elgin, New Brunswick. In May of 2000, they moved to Sussex with their newborn daughter. In August of 2000, the family moved to the Knightville Road area, just outside Sussex. In October of the same year, the couple moved to an apartment building in Sussex ("the Sussex apartment"). I pause to record this is where, according to R.R.'s testimony, most of the sexual assaults targeted by Count #1 took place. In July of 2002, the couple moved back to Thailand. The appellant returned to the Sussex area in May of 2003 and was joined by S.S. a few months later.

[11] There are two children of the marriage, a daughter born in 1999 and a son born in 2005. The appellant and S.S. separated in December of 2006.

[12] In his direct examination, R.R., who was then 23 years of age, recounted a litany of sexual activities initiated by the appellant over the course of several years. These activities, which began before R.R. reached puberty, ranged from inappropriate touching to full sexual interaction, including fellatio and sodomy. Most encounters took place during lunchtime rendezvous at the Sussex apartment, which was near R.R.'s school. It was R.R.'s recollection that he met the appellant at that location virtually every school

day and that they often watched pornographic movies while the appellant touched him inappropriately before fellating him. These instances of sexual assault subsided somewhat once the appellant's infant daughter became mobile and began entering the room in which they were taking place. According to R.R., the appellant worried that his daughter was becoming old enough to recall and verbalize what she might have seen. It was R.R.'s evidence that, despite those concerns, the sexual abuse continued, albeit at a reduced frequency, until the appellant returned to Thailand in July of 2002. R.R. also claimed the appellant fellated him in public places, such as parks and parking lots, and that he prevailed upon R.R. to sodomize him on at least two occasions. As well, R.R. testified that, in the summer of 2003, he visited S.S.'s sister in Calgary and that the appellant, who had temporarily moved there to work, performed oral sex on him.

[13] The trial judge highlighted the following features of R.R.'s cross-examination:

> […] On cross-examination R.R. told the Court that the accused told him not to tell anybody about what was occurring. […] R.R. was asked why he did not say no to the accused. In reply R.R. testified that he was too young to understand what had occurred and because the accused was his uncle he trusted him. Also he admitted that he became addicted to what was taking place. Later R.R. became ashamed of what was happening and since that time has suffered mental health issues and has been seeing mental health counsellors and been on prescription medications. […]

[14] Unlike R.R., his younger brother, J.R., never had a close relationship with the appellant. J.R.'s evidence is that the appellant sexually assaulted him in November of 2006, when he was 14 years old. The episode targeted by Count #2 began at J.R.'s home with the appellant approaching J.R. from behind and massaging his neck while he was busy using the family computer. This unexpected contact quickly led to caresses under J.R.'s shirt, kisses to his neck area and touching his penis. It was at this point that J.R. resisted and exited the room. Despite this troubling experience, the evening progressed as anticipated, and J.R., one of his friends and the appellant had dinner at the latter's house

and watched a movie. However, after J.R.'s friend was returned to his home, the appellant told J.R. he wanted to talk. As it turned out, the discussion was entirely sexual in tenor, involving references to masturbation and penis size. Finally, the appellant parked the car in a secluded area and prevailed upon J.R. to expose himself and allow his penis to be fondled. Within a very short while, J.R. rebelled once again, at which point he was brought home and warned not to speak about what had happened. It was J.R.'s evidence that the appellant stated he had engaged in sexual activity with R.R. The trial judge described what happened following the incident involving J.R.:

> […] The next day J.R. saw the accused at church and the accused told him that "God told me it was okay about what had occurred." No further incidents ever occurred between the accused and J.R. J.R. tried to avoid being alone with the accused thereafter. J.R. felt uncomfortable about this series of events and could not understand what had occurred. This discomfort let to J.R. a few days later contacting the kids help line on the internet where he sent an e-mail reporting the occurrence. J.R. received two e-mail replies to his e-mail but never replied as he didn't want to deal with it at that time. However, three weeks later in December of 2006 the RCMP arrived at his home, when J.R. was not home, and spoke to his parents. Apparently the operators of the kids help line reported J.R.'s allegations to the local R.C.M.P. As a result of this J.R. and R.R. met with the R.C.M.P. in January of 2007 and gave sworn videotaped statements about what had occurred to them […].

[15] As for S.S., she testified that despite her repeated objections, the appellant persisted in touching her for a sexual purpose, both before and after their separation in 2006. These instances of sexual touching took place both in private and in public. The trial judge noted they ceased "if S.S. yelled loud enough". S.S. added the appellant told her, while they were in Thailand and he was under the influence of drugs, that he had sex with R.R. in Canada. The trial judge summarized S.S.'s explanation for not reporting this admission of sexual misconduct to the police:

> […] At the time S.S. was not convinced it was true because the accused often was delusional because of his drug

> addictions and would tell her these wild, unbelievable like stories. Also S.S. was experiencing a lot of physical and emotional violence and abuse by the accused when he was on drugs. S.S. never questioned the accused specifically about what he meant by having sex at that time. The accused would also tell her that he taught young boys to have sex. […]

[16] In his testimony, the appellant denied ever engaging in any inappropriate conduct with R.R., J.R. or S.S. He characterized their damning evidence as lies driven by ill will, vengeance and other improper motives. He also stated he was in Alberta and Thailand for several months during the time R.R. testified to being sexually assaulted in the Sussex apartment. The trial judge summarized the appellant's testimony as follows:

> […] He is currently age 35 and resides in Moncton and is employed at a local factory which produces diapers. He has a grade six education from Thailand and took a welding course after coming to New Brunswick. […] The accused reviewed his relationship with S.S. and the various locations they resided during their years of marriage. The accused completely denies each and every allegation of sexual assault by R.R. and J.R. including ever discussing topics of sex, watching gay or porn movies, or purchasing beer. The only comment that the accused admitted was teasing about big shoes and big hands meaning having a big penis. Respecting the allegations of sexual assault by S.S. the accused states that his advances at times were accepted by S.S. and at other times they were not. The accused states that he always stopped such advances when S.S. told him to stop. He testified that at times S.S. would walk around their home naked – her home naked which S.S. admitted in her testimony and that he felt when she did this she was encouraging him to touch her. The accused testified at times S.S. pretended she didn't want him to touch her but he felt and believed that she was playing a game and really wanted the opposite. The accused believes that the terrible allegations of sexual assault by R.R. and J.R. are the result of their family, and particularly S.S.'s sister and their mother, wanting the accused to return to Thailand. He believes that they want this because of the physical and emotional abuse he perpetrated against S.S. while he was addicted to drugs while living in Thailand in 2005 and before. Also he testified that R.R. witnessed him holding a

> knife to the throat of S.S. when he visited Thailand. He believes that may be another reason why R.R. has made these allegations. The accused believes that R.R. only ever came to his residence two or three times. The accused told the Court that he worked in Western Canada in October of 2001 for six to seven months until he broke his ankle in 2002 and returned to Sussex. The accused denied telling S.S. he had sex with R.R. back in Canada or telling J.R. he had had sex with R.R.

[17] The trial judge offered the following explanation for his rejection of the appellant's evidence on controversial points and his acceptance of the complainants' account of the salient events:

> […] I have carefully listened and considered all of the evidence presented at trial. I have come to the conclusion that I do not believe the evidence of the accused. Respecting the evidence of R.R. and J.R., I found their evidence credible, reliable, truthful, and believable. I do not believe his evidence nor do I believe his explanations respecting the allegations of S.S. R.R.'s testimony was very candid about how he became addicted to this sexual satisfaction he was experiencing. He was at a very young age when these assaults commenced by someone whom he trusted as an uncle and family member. I found R.R.'s ability to observe, recall and recount these horrible events and detail impressive. As a result I believe his evidence to be reliable. Similarly the evidence of J.R. is straightforward and unexaggerated and he was responsive to questions in my view. J.R. was able to accurately describe the events of the day when he was assaulted. His firmness of memory and recounting the facts of that day were plausible and appeared honest to me. Neither R.R. nor J.R. were seriously challenged in their testimony or discredited. Both R.R. and J.R. had specific facts which appeared to assist them in remembering the details of these events. Those memorable facts in my view add credibility to their evidence as you would expect those details to be remembered by them. For example, R.R. had the memories of attending the accused's residence during the lunch hour on multiple school days or being in a tent or in Calgary or in the parking lot of a Moncton Chinese restaurant when these assaults occurred. Further his recollection of the accused buying beer and playing porn movies would be unusual events for an uncle

to do for a young child and would be remembered. J.R. recalls his specific memory of watching a movie with his friend and the subsequent drive home and the stopping of the vehicle in a dark wooded area when he was assaulted. Furthermore these assaults on R.R. and J.R. occurred while they were each alone with the accused. They were both young at the time and I find their memories good in what they described. I believe a reasonable inference can be drawn; these assaults would not have been forgotten by R.R. and J.R. Respecting the allegations of S.S., I accept the argument that the accused was initially somewhat confused on whether S.S. consented to his touching which the accused believed was playful in nature. He had always done this while they were together before they separated in December of 2006. However, I accept the evidence of S.S. that she spoke to him several times about the inappropriateness of the behaviour after they separated. The accused was aware she was angry at him when he continued and understood when she told him no and to stop. I believe those conversations occurred between S.S. and the accused and that the continuation afterwards of the inappropriate touchings took place, which, in my view, were of a sexual nature and without the consent of S.S. The accused argues that these allegations were made for purposes of having the accused deported from Canada. He argues that S.S., her sister's family, R.R. and J.R. all have reasons to have him leave the area. Reasons he alleges are that they all were aware of the physical and emotional abuse he caused S.S. while living in Thailand prior to their return to Sussex in 2005. The accused points to the evidence that S.S. and her sister's family offered to pay for his travel costs to return to Thailand, however, the accused wanted to stay in New Brunswick nearby his children. The accused believes that S.S., R.R. and J.R. then made these allegations of sexual assault knowing that if he was convicted of them he would likely be deported. The Court has considered this theory and rejects it. I think it is reasonable based on the abuse that S.S. experienced and also after becoming aware of the assaults on R.R. and J.R. that S.S. and her family would want no contact with the accused. I think it is reasonable for them to suggest he return to Thailand to be in a country he was familiar with and where he had family and friends. If he had left they also may have been spared the public spectacle of a trial and of giving testimony in which they would have to relive these horrible events of which they are quite

> understandably ashamed and uneasy about discussing. The Court also believes there are additional facts which lead to its conclusion that the accused committed these assaults. These reasons include the following: a) it must be remembered that although J.R. reported the assault on him to the kids help line he did not reply to two e-mails which replied to his report. He also did not report this to the R.C.M.P. It was the R.C.M.P. who contacted him and his family. b) neither did R.R. make any report to the R.C.M.P. c) I think it is reasonable that both boys were ashamed and unsure of whether they wanted to report these assaults against a family member. d) If you accept the theory of the accused that they reported these assaults to the police in an attempt to have him deported, you would have expected the assaults to have been reported to the police and repeated urging by the boys to have the accused charged. This is not what occurred. e) The evidence that the accused told both S.S. and J.R. that he had sex with R.R. which the Court accepts further corroborates the assaults having occurred. Although this evidence may have been insufficient to convict by itself, it adds credibility to the overall evidence of the victims, and f) The evidence of the accused that R.R. only had lunch in his residence three to five times in total is totally inconsistent with the evidence of R.R., S.S. and the father of R.R. who also testified that R.R. was at the residence on a frequent basis. I accept that R.R. was there on many occasions over the two year period. He was attending the nearby school. Testimony of the accused on this point hurts his credibility. […]

[18] In reaching the conclusion that guilt had been established beyond a reasonable doubt, the judge applied the following legal framework:

> For this Court to find the accused guilty of these offences the Crown must prove the elements of the offences beyond a reasonable doubt. Those elements are as follows: a) that the accused intentionally applied force to R.R., J.R. and S.S., b) that he did so without their consent, c) that he knew they were not consenting, and d) that the force was sexual in nature. The evidence of R.R., J.R. and S.S., if accepted by this Court, would in my view clearly constitute sexual assaults. The accused has denied all their allegations. The issue then becomes one of credibility. In *R. V. C.L.Y.*, [2008] 1 S.C.R. 5, a decision of the Supreme Court of

Canada, Justice Abella states at paragraph 6: "This Court has consistently warned that verdicts of guilt should not be based on 'whether [triers of fact] believe the defence evidence or the Crown's evidence.' Rather, the paramount question remains whether, on the whole of the evidence, the trier of fact is left with a reasonable doubt about the guilt of the accused." In the case of *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, a 1991 decision of the Supreme Court of Canada, the Court suggested that when the issue is one of credibility and an accused testifies, the Court should apply the following steps to assist in determining reasonable doubt: 1) if the Court believes the evidence of the accused, the Court must acquit; 2) if the Court does not believe the testimony of the accused but is left with reasonable doubt by it, the Court must acquit; and 3)even if the Court is not left in doubt by the evidence of the accused, it must ask itself whether on the basis of the evidence which the Court accepts, is the Court convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. Reasonable doubt has been defined by the Supreme Court of Canada in the case of *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, a 1997 decision. The Court in that case said in these terms: 1) a reasonable doubt is not a doubt based upon sympathy or prejudice; 2) rather it is based upon reason and common sense; 3) it is logically connected to the evidence or the absence of evidence; 4) it does not involve proof to an absolute certainty. It it is not proof beyond any doubt, nor is it imaginary or frivolous doubt; 5)more is required than proof that the accused is probably guilty; and 6) proof beyond a reasonable doubt is closer to absolute certainty than it is to probable guilt. Now I turn to my analysis and conclusion. I have carefully listened and considered all of the evidence presented at trial. I have come to the conclusion that I do not believe the evidence of the accused. Respecting the evidence of R.R. and J.R. I found their evidence credible, reliable, truthful, and believable. I do not believe his evidence nor do I believe his explanations respecting the allegations of S.S.

[…]

So, in conclusion after considering all the evidence presented at trial, I do not believe the evidence of the accused and am not left in doubt by it. I do accept as accurate and truthful the evidence of R.R., J.R. and S.S. I conclude the Crown has proven beyond a reasonable doubt

> all the essential elements of sexual assault respecting each count described in the Information therefore I find the accused guilty of sexual assault on counts one, two, and three.

[19] As is so often the situation in sexual assault cases, the convictions rest upon the testimony of the complainants. In his hand-written original Notice of Appeal, the then self-represented appellant complained the charges were the product of "false allegations and false statements", which he alleged were motivated by a desire on the part of S.S. to separate him from their children. In the second and final Amended Notice of Appeal, which was prepared by his current counsel and filed after the continuance granted by this Court on February 16, 2012, it is claimed the trial judge erred in finding against the defence on the issue of credibility, an error that is linked to his employment of an inappropriate methodology. In addition, it is contended a new trial is required by reason of the "ineffectiveness of [the appellant's] trial lawyer".

III. Analysis and Decision

A. *Conviction*

(1) The issue of credibility and the appropriate methodology for its determination

[20] In *Moose*, it was suggested trial judges should determine credibility by analyzing the evidence of the accused before turning to the complainant's contradictory version of events. That sequence was favored for the following reasons:

> The danger in dealing with the credibility of the complainant first is that the trial may turn into a contest between the credibility of the complainant and the accused and the question of whether the accused's testimony, though disbelieved, might raise a reasonable doubt is overlooked. It is preferable to decide on the credibility of the accused before that of the complainant in order to avoid the inadvertent shifting of the burden of proof which occurs

> if there is no genuine determination of whether the testimony of the accused raises a reasonable doubt. [para. 20]

[21] In *R. v. T.V.B.*, 2005 NBQB 473, [2005] N.B.J. No. 564 (QL), Grant J. emphasizes *Moose* does not purport to make mandatory any particular sequence in the assessment of conflicting testimonial accounts. He also points out that the sequence-related views expressed in *Moose* are not universally shared. In that regard, Justice Grant adverts to the views expressed by Doherty J.A. in *R. v. Carrière*, [2001] O.J. No. 4157 (C.A.) (QL):

> I pause in my review of the trial judge's instructions to address a submission made by counsel in oral argument. If I understand him correctly, he argues that the decision in *R. v. W.(D.), supra*, mandates that where the accused testifies, the jury must first consider the appellant's evidence and decide whether that evidence is believed or raises a reasonable doubt before going on to the rest of the evidence.
>
> I do not think that *R. v. W.(D.), supra*, stands for that proposition. As a matter of common sense, a jury could not assess an appellant's evidence, except in the context of the rest of the evidence.
>
> […]
>
> The instruction suggested by Cory J. does not advise the jury to begin with the evidence of the accused. Rather, it tells them that when assessing the credibility of the accused, they should approach it in the three stages outlined in the model charge. Properly understood, *R. v. W.(D.), supra*, does not impose any limits on how the jury proceeds with its deliberative process. [paras. 47-50]

See, as well, *R. v. D.A.M.*, 2010 NBQB 80, 356 N.B.R. (2d) 367, per Ferguson J., at paras. 53 and 56.

[22] The *Moose* approach has failed to attract followers elsewhere. In *R. v. Schauman*, 2006 ONCJ 304, [2006] O.J. No. 3425 (O.C.J.) (QL), Fairgrieve J. offers the following criticism:

> The difficulty with such an approach, it seems to me, is that the assessment of credibility is not a linear reasoning process where individual factors are given consideration on a *seriatim* basis or where one version of events is assessed in a vacuum without reference to the rest of the evidence. Rather, I think, determinations of credibility require an analysis of the evidence that involves the simultaneous weighing of a multitude of factors. While reasons may have to be organized and presented in a coherent way, it is difficult to accept that appellate courts have imposed straightjackets on trial judges requiring that witnesses whose credibility is at issue should be considered in a particular order, isolated from the factual context in which at least some tentative assessment of the reliability of other confirmatory or contradictory evidence may have been made.
>
> The most important factor in assessing a witness's credibility, I think, remains the assessment of whether the testimony seems plausible in terms of the inherent likelihood that events occurred as the witness described them. This involves an exercise of what has been referred to as common sense and judicial experience. As part of that process, it seems to me, a court would inevitably consider the extent to which a particular witness's evidence accorded with other factual findings which were either not in dispute or were compelled by other evidence accepted or considered reliable by the court. [paras. 6-7]
>
> [Emphasis added.]

[23] For my part, I see much wisdom in the views expressed by Mitchell C.J.P.E.I., for the Court in *R. v. Ellis*, 2006 PESCAD 25, [2006] P.E.I.J. No. 60 (QL):

> […] As a further measure of insurance against wrongful convictions in these cases, the Manitoba Court of Appeal has taken the position that it is preferable for the trier of fact to analyse the evidence of the accused before that of the complainant. See**:** *R. v. L.(C.J.) supra* and *R. v. Moose***,** [2004] M.J. No. 415 (M.C.A.). This approach, so long as

> the accused's evidence is considered in the context of the evidence as a whole, might indeed be helpful as a means of ensuring that there is no accidental shifting of the burden of proof. However, I do not believe the procedure suggested by the Manitoba court should be considered mandatory. I agree with the view expressed by Dorothy J.A. in *R. v. Carrière*, [2001] O.J. No. 4157 (O.C.A.) at paras 48-51 that an accused's evidence must be assessed in the context of the evidence as a whole and that there ought not to be rigid rules about how a trier of fact deliberates. [para. 27]

[24] Those views are in synch with *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, where the following observations were made:

> The trial judge's reasons reveal that she understood that a finding that the girl was credible did not mean that the onus shifted to the accused to show that he was not guilty. <u>I find it difficult to see how the sequence in which the trial judge set out her findings of credibility can be said to undermine her articulated and correct statement of the law, or demonstrate that she lost sight of a paramount legal principle like reasonable doubt.</u> [para. 12]
>
> [Emphasis added.]

While the Court in *C.L.Y.* makes no explicit reference to *Moose*, it was undoubtedly alive to the controversy surrounding its advocacy of a first-in-time consideration of the testimony provided by the accused. *C.L.Y.* was an appeal from a decision of the Manitoba Court of Appeal and the sequence-related observations reproduced above target Twaddle J.A.'s statement in dissent (cited at para. 4 of the Supreme Court decision) that "the acceptance of the complainant's evidence before even considering that of the accused […] result[s] in at least a subtle shift of the onus of proof." This statement largely echoes the concerns expressed in the *Moose* decision. That said, it bears noting the majority of the Manitoba Court of Appeal in *C.L.Y.* (2006 MBCA 124, [2006] M.J. No. 398 (QL)) accepts that failure to follow the sequence recommended in *Moose* does not automatically entail reversal: "Assessing the accused's credibility prior to assessing the complainant's credibility <u>is not mandatory</u>, but doing so will help ensure that the trier of fact does not lose sight of the principle of reasonable doubt" (para. 10) (emphasis added).

[25] In my respectful judgment, there is simply no merit to the appellant's objections to the findings of credibility made in the court below. Stripped to their core, those objections are not sourced in errors of law or principle, but driven solely by a disagreement with the trial judge's adverse findings, which, in my view and contrary to the appellant's submission, flowed from the application of a legally correct framework and are solidly moored to the evidential record. That being so, those findings must stand (see *R. v. R.P.* 2012 SCC 22, at paras. 10-12).

(2) The ineffectiveness of trial counsel

[26] The appellant concedes his lawyer at trial is a well-respected and competent criminal law practitioner, a Queen's Counsel no less. The appellant's complaint is that his counsel provided representation at trial that fell below an acceptable standard; in the words of the appellant's current lawyer, defense counsel simply "had a bad day".

[27] I begin the discussion of this issue by registering my full agreement with the observations of Richard, J.A., for a unanimous panel, in *R. v. Gardiner*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179:

> It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the "effective assistance" of that counsel. This proposition goes to the very heart of the adversarial system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of Canada recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is "derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada, and ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (para. 24). It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.

> To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel's "acts or omissions constituted incompetence" (the performance component) and that "a miscarriage of justice resulted" (the prejudice component). Appellate interference is only justified when both components have been established.
>
> […]
>
> […] [I]n the course of a trial, defence counsel is called upon to make a number of strategic judgment calls, and judges should not lightly "second guess the tactical decisions of counsel" (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 37). As the Supreme Court said, "[i]n an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel" and there is "a 'strong presumption' that defence counsel are competent in advancing the interests of their clients" (para. 36). Appellate judges are likewise duty bound to apply that deferential approach. [paras. 1, 2 and 10]

[28] In seeking to satisfy the performance component, the appellant points to what he contends are instances of ineffective submissions and cross-examination, particularly of R.R. With respect to the latter, the appellant spotlights the following testimony by R.R.:

> A. Like I said most of the stuff happened at [the Sussex apartment]. That's when most of the stuff happened at lunch time and on weekends.
>
> Q. And just for the record when you say, "most of the stuff." Could you tell us what you mean by stuff what was occurring?
>
> A. Mainly oral sex when I would go to his – his bedroom and basically lay on the bed, the mattress on the floor and he performed oral sex on me.
>
> Q. And how many times would this have happened when he performed oral sex upon you?

> A. Well it was 2002 and 2003 so like most if not two full school years I was going there three or four times a week even sometimes everyday for lunch. So I don't know how many days that works out to but it was beyond I can count in my own head. […]

The appellant refers to his own testimony, in which he states that he was in Alberta from late October, 2001 until approximately May of 2002 and, on that basis, contends R.R.'s evidence that sexual assaults took place at the Sussex apartment in 2002 and 2003 was demonstrably inaccurate. He points to defence counsel's omission to cross-examine and make specific submissions on the point as proof of incompetence. I disagree for the following reasons.

[29] First, there is no credible evidence that the appellant was in Alberta from late October, 2001 to May of 2002. The trial judge disbelieved the appellant's evidence to that effect and the record, whether in first instance or at this level, features no other supporting evidence. Moreover, despite being allowed ample time to pursue the claim of ineffective representation, the appellant has not offered one iota of "new" evidence, whether documentary or testimonial, that might impugn the trial judge's credibility finding on point.

[30] Second, R.R. readily acknowledged in his testimony that the appellant returned to Thailand in July of 2002 and only came back to the Sussex area well into 2003. Thus, the trial judge and both Crown counsel and defence counsel would have understood that, in the exchange reproduced above, R.R. likely meant to refer to the years 2001 and 2002, and accidentally slipped in identifying 2002-2003 as the most intense period for the sexual assaults at the Sussex apartment. For my part, I readily see the potential for an unfavorable reaction by the witness and, most importantly, by the trial judge if defence counsel had tried to score points by reason of that seemingly obvious and, in the larger scheme of things, insignificant slip.

[31] Third, the record is mute on what discussions, if any, took place between the appellant and defence counsel regarding trial strategy. The law in its wisdom

presumes competence on the part of defence counsel, and an appellate judge would be foolhardy indeed to second-guess trial strategy in the absence of compelling evidence of malpractice (see *R. v. Gardiner*).

[32] Moreover, there is no evidence to buttress the contention that a miscarriage of justice has resulted from any of the acts or omissions upon which the appellant now relies to substantiate his claim of ineffective assistance by defence counsel. The trial judge's reasons for decision show the guilty verdicts are amply supported by the testimony he found credible and reliable, a finding that was indisputably open to him.

B. *Sentence*

[33] As noted in my introductory remarks, the appellant was sentenced to imprisonment for 5 years, less 44 days of remand, on Count #1 (sexual assault on R.R.), a one-year concurrent term on Count #2 (sexual assault on J.R.) and six months concurrent on Count #3 (sexual assault on S.S.). As well, the following ancillary measures were prescribed: (1) a "weapons" prohibition order under s. 109; (2) a forensic DNA analysis order pursuant to s. 487.051; and (3) a s. 490.012 order directing compliance with the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10, for 20 years. Counsel for the appellant confirmed at the hearing the application for leave to appeal targets only the penitentiary term imposed with respect to Count #1.

[34] In *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, the Court set out the standard of review applicable to sentence appeals:

> The jurisdiction of appellate courts on sentence reviews is delineated in s. 687(1) of the *Criminal Code*, which states:
>
> > 687.(1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

> (*a*) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or
>
> (*b*) dismiss the appeal.

Thus, Parliament's instruction to appellate courts is, at least from a textual standpoint, relatively straightforward: it is the fitness of the impugned sentence that stands to be considered. Numerous pronouncements emanating from the Supreme Court of Canada make plain that the concept of "fitness" is not limited to an assessment of quantum.

Indeed, courts of appeal may be required to consider whether the sentence imposed is lawful. The most obvious illustration of unfitness as a matter of law involves the sentencing judge's failure to comply with prescribed minimum or maximum punishments […] Of course, no deference is owed to the sentencing court's quantum selection when it is challenged on a point of law.

Appellate courts may also be called upon to determine whether the contested sentence reflects a proper application of the principles of sentencing. Most of those principles are now codified in Part XXIII of the *Criminal Code*. It is axiomatic that, while great deference is owed to the sentencing judge's weighting of the relevant factors, correctness is the standard by which his or her understanding of the governing principles is reviewed on appeal.

Finally, courts of appeal may engage in a consideration of the quantum itself. Here, once again, great deference is owed to the sentencing judge's judgment-call. The sentence under consideration will be at risk of variation if, and only if, it is a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes.

In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable […] If the sentence at issue is the result of reversible error, the court of appeal bears the burden of prescribing the punishment that it considers fit in the circumstances.

[…]

[I]n *R. v. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 N.B.R. (2d) 341, [2003] N.B.J. No. 398 (QL), 2003 NBCA 75, the Court endeavoured to provide guidance to litigants and counsel, and to structure its own approach to sentence appeals by articulating the following analytical framework:

> [...] intervention on appeal against sentence is inappropriate unless at least one of the following questions is answered affirmatively: (1) Is the sentence the result of an error of law? (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*?

As a practical matter, those three questions serve as a useful reminder of the limited role an appellate court is called upon to play in considering the fitness of a sentence. […]

No one quarrels with the proposition that, absent legislation providing otherwise, the appropriate degree and kind of punishment is in the discretion of the sentencing judge. That discretion is explicitly recognized in s. 718.3(2) of the *Criminal Code*. Moreover, it is referenced in *R. v. M.(C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, [1996] S.C.J. No. 28 (QL) as a principled basis for appellate deference:

> Appellate courts, of course, serve an important function in reviewing and minimizing the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada. See, e.g., *R. v. Knife* (1982), 16 Sask.R. 40 (C.A.), at p. 43; *R. v. Wood*, [1979] O.J. No. 855, 21 Crim. L.Q. 423 (Ont. C.A.), at p. 424; *R. v. Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472 (Alta. C.A.), at p. 485; *R. v. Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307 (Sask. C.A.), at pp. 311-12; *R. v. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183 (Sask. C.A.), at p. 187. But in exercising this role, courts of appeal must still exercise a margin of deference before

> intervening in the specialized discretion that Parliament has explicitly vested in sentencing judges. [paras. 20-28]
>
> [Citations omitted.]

[35] In his comprehensive reasons for sentence, the trial judge made the following observations regarding the facts underlying Count #1:

> […] In general terms count one involves the accused sexually assaulting the victim and his nephew R.R. on numerous occasions over a four year period. R.R. was aged twelve through sixteen during this time. The assaults included oral and anal sex.
>
> […]
>
> The Pre-Sentence Report indicates that the accused is age 35. He was born and raised in Thailand and came to Canada in 1999 with his spouse S.S. He was one of eight children. His mother was the primary caregiver as his father was an alcoholic and abusive towards his mother. The Pre-Sentence Report indicates that the accused did not like living in Canada and returned to Thailand in 2002 and again in 2005. He later returned to Canada. The Pre-Sentence Report states he now misses Thailand and hopes to return there. The accused admits he has anger issues. He states he feels persecuted by his ex-wife and her family. He acknowledges he became addicted to crystal meth while living in Thailand in 2002. This led to him being abusive towards his wife. When his wife returned to Canada in 2005 he sought out addiction counselling and is now drug free. The accused has few friends in Canada although he has received support from a local church leader. The accused completed his level six education in Thailand. The accused began but did not complete a welding course in Moncton in 2009-2010. The accused has no previous criminal record and he maintains his innocence with respect to these offences. As we have heard today these assaults have resulted in significant harm to the victims. The Victim Impact Statement of R.R. which was read aloud by S.S. indicates that as a result of the actions of the accused, at a young age he became defiant of authority which resulted in discipline measures against him. He became depressed and required treatment from a psychiatrist. He was prescribed

anti-depressants. Because of the abuse and seclusion from this peers he had few friends at school. When the abuse stopped he became very anxious and shameful. He now finds it difficult to trust anyone and this has made relationship building difficult. R.R. is now a father himself but lacks the emotional strength to be with his child. R.R. has also been unable to complete his education because of the abuse but still has a large financial debt to repay.

[…]

[The parents of R.R. and J.R.] also read aloud their Victim Impact Statement. They described how the events of their sons being assaulted have changed their family forever. They describe how [R.R.] has suffered extensively and how it has changed the person he was as they have read, "he has lost friends, university dreams, and more importantly a large part of his childhood. The financial effects have been astronomical for our family as he continues to receive counselling and requires support from us."

[…]

The Court should also take into consideration any mitigating factors and the factors in the accused's favour which I have considered are that: 1) he has no prior criminal record; and 2) the Court has received letters of support which I've marked as Exhibit F which indicate that [the appellant] has been in the past a very good hard working worker and they claim he has good character. The aggravating factors which I've considered are as follows: 1) the ages of the victims in counts one and two. The victim R.R. was age 12 at the time the assaults against him commenced and continued until he was age 16. The victim J.R. was age 14 when he was assaulted; 2) the victims were the nephews of the accused by marriage and he abused a position of trust and authority in relation to those victims. The evidence established that the accused was trusted alone with R.R. and J.R. as he was their uncle; 3) that in committing the assaults on S.S., his spouse, he frequently embarrassed her by his assaults occurring in public settings; 4) the Court must look at the consequences of these crimes; that in committing the assaults he inflicted long term emotional damage for which R.R. and J.R. continue to be treated; 5) that the assaults respecting R.R. and S.S. took place over an extended period of time. They were not

> isolated incidents as a result more harm resulted; 6) the impact on the victims R.R. and J.R. Sexual offences are violent offences which can inflict harm whose consequences can continue and persist throughout a victim's life. In this case, especially with respect to count one, there has been a negative, long term impact on the victim R.R. […]

[36] The appellant acknowledges the five-year penitentiary term imposed for the sexual assault in Count #1, while at the high end, is nonetheless within the broad range of jail terms allowed by the *Criminal Code* and for which support may be found in the jurisprudence. Additionally, it is not contended the reasons for sentence evince an error in principle. The appellant's sole complaint is that the severity of the sentence is the by-product of a mischaracterization of his role in the sexual assaults in issue under Count #1. In that regard, the appellant points to the reasons for conviction, which feature the admittedly erroneous statement that he performed anal sex on R.R. That misstatement is not repeated in the detailed reasons for sentence. At any rate, I am satisfied that, if there was a misapprehension of the evidence on point, which I very much doubt, the error was inconsequential. Having regard to the findings of fact made at the sentencing hearing and which stand unchallenged, I cannot bring myself to accept that the judge would have imposed a more lenient sentence if he had understood the appellant had not performed anal sex on R.R., but had "merely" prevailed upon R.R. to do so on his person. In truth, I find the submission offensive.

[37] The record reveals a pattern of egregious sexual abuse of R.R. He was stripped of the opportunity to enjoy his adolescence. Perhaps time will heal the wounds caused by the appellant, but the fact remains that the harm done was grievous, and remains a source of profound unhappiness.

[38] The five year term of imprisonment imposed with respect to Count #1 is not the product of an error of law or an error in principle. Nor is that sentence unreasonable. Thus, none of the three questions posed in *R. v. LeBlanc (G.A.)*, 2003 NBCA 75, 264 N.B.R. (2d) 341, and repeated in numerous cases since, can be answered

in the affirmative. It necessarily follows that there is no principled basis for intervention by this Court. In the result, I consider myself duty bound to deny the requested leave to appeal sentence.

IV. Disposition

[39] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal against conviction as well as the application for leave to appeal sentence.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE EN CHEF DRAPEAU

I. Introduction

[1] L'appelant conteste la déclaration de culpabilité prononcée à son endroit, devant la Cour provinciale, relativement à trois accusations d'agression sexuelle (al. 271(1)*a*) du *Code criminel*). Les infractions en question, telles qu'elles sont énoncées dans la dénonciation, sont les suivantes : (1) chef n° 1 : agression sexuelle sur la personne de R.R. entre le 1er janvier 1999 et le 31 décembre 2004 [TRADUCTION] « à ou à proximité de » Sussex, dans le comté de Kings, province du Nouveau-Brunswick; (2) chef n° 2 : agression sexuelle sur la personne de J.R. entre le 1er novembre et le 15 décembre 2006 [TRADUCTION] « à ou à proximité de » Sussex; et (3) chef n° 3 : agression sexuelle sur la personne de S.S. entre le 1er janvier 2007 et le 4 février 2009, également [TRADUCTION] « à ou à proximité de » Sussex. S.S. est l'ex-conjointe de l'appelant. R.R. et J.R. sont les neveux de S.S. Pendant la période mentionnée sous le chef n° 1, R.R. était mineur, tout comme l'était J.R. pendant la période mentionnée sous le chef n° 2.

[2] Les trois plaignants ont tous témoigné au procès. Leurs témoignages ont exposé en détail des actes que l'appelant avait commis et qui, si les témoignages sont vrais, engageaient sa responsabilité criminelle pour « agression sexuelle » au sens de l'al. 271(1)*a*) et dans les limites des chefs énoncés dans la dénonciation. Cela dit, les agressions sexuelles décrites par J.R. et S.S., bien qu'extrêmement graves, ne souffraient pas la comparaison avec les violences que R.R. a juré avoir subies pendant une longue période qui a commencé avant qu'il n'atteigne la puberté et s'est prolongée jusqu'au début de son adolescence.

[3] L'appelant a témoigné pour sa propre défense. Il a nié les allégations d'inconduite criminelle à l'endroit des plaignants et a prétendu qu'il était à l'extérieur de

la province pendant une grande partie de la période au cours de laquelle, selon R.R., les agressions sexuelles visées par le chef n° 1 ont été commises.

[4] Dans des motifs de décision fort complets, le juge du procès a expliqué pour quelles raisons il croyait le témoignage des plaignants et ne croyait pas celui de l'appelant. Au bout du compte, il a conclu que le ministère public avait établi la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable relativement à chaque chef. Le juge a condamné l'appelant à : (1) un emprisonnement de cinq ans, moins quarante-quatre jours passés en détention préventive, relativement au chef n° 1 (agression sexuelle sur la personne de R.R.); (2) un emprisonnement d'un an, peine à purger simultanément, relativement au chef n° 2 (agression sexuelle sur la personne de J.R.); et (3) un emprisonnement de six mois, peine à purger simultanément, relativement au chef n° 3 (agression sexuelle sur la personne de S.S.). Il a également prononcé les ordonnances accessoires qui sont couramment rendues dans les affaires de ce genre.

[5] Le premier avis d'appel modifié contient une allégation d'erreur de la part du juge du procès relativement à la déclaration de culpabilité, savoir qu'il aurait eu recours à une méthode erronée aux fins d'apprécier la crédibilité. Selon l'appelant, le juge aurait fait cette évaluation en tenant tout d'abord compte du témoignage des plaignants, ordre de prise en compte qui serait contraire à la démarche adoptée dans l'arrêt *R. c. Moose*, 2004 MBCA 176, [2004] M.J. No. 415 (QL).

[6] Au début de l'audience, le 16 février 2012, l'appelant a sollicité et obtenu un ajournement afin de faire valoir une prétention de représentation inefficace de la part de son avocat au procès. Bien que l'appelant ait subséquemment déposé un mémoire complémentaire à cet égard, il n'a produit aucune preuve à l'appui de cette prétention. Par conséquent, on demande à la Cour de tirer une conclusion de représentation inefficace en se fondant uniquement sur la transcription du procès.

[7] Pour le cas où l'appel qu'il interjette de sa déclaration de culpabilité serait rejeté, l'appelant sollicite l'autorisation d'en appeler de la peine de cinq ans à purger dans

un pénitencier qui lui a été infligée relativement au chef n° 1 (agression sexuelle sur la personne de R.R.). La doléance qui l'amène à solliciter cette autorisation est qu'il estime que la peine est excessivement longue, résultat qui, prétend l'appelant, est attribuable au fait que le juge qui a prononcé la peine a décrit d'une façon erronée les agressions sexuelles en cause. Aucun appel reconventionnel n'a été formé à l'encontre d'un quelconque élément des ordonnances rendues et des peines infligées par le tribunal d'instance inférieure.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter à la fois l'appel de la déclaration de culpabilité et la demande en autorisation d'interjeter appel de la peine.

II. Le contexte

[9] Comme nous l'avons vu, l'appel de la déclaration de culpabilité découle des verdicts de culpabilité inscrits devant la Cour provinciale relativement à trois chefs d'accusation d'agression sexuelle. Chaque chef se rapporte à une victime distincte : l'ex-épouse de l'appelant (S.S.) et deux des neveux par alliance de l'appelant (R.R. et J.R.). Les événements qui sont à l'origine des accusations se seraient produits sur une période de dix ans. Les événements se rapportant à R.R. ont eu lieu de l'été 2000 à l'année 2004 (années au cours desquelles il était âgé de douze à seize ans); les incidents se rapportant à J.R. se sont produits au cours d'une seule journée en novembre 2006 (J.R. était alors âgé de quatorze ans); et les nombreux incidents se rapportant à S.S. ont commencé à la fin de 2006 et ont pris fin en février 2009.

[10] L'appelant est un ancien travailleur d'usine, âgé de trente-six ans. Il a émigré de la Thaïlande, son pays d'origine, au Canada, en août 1999, peu après avoir épousé S.S., qui est native du Nouveau-Brunswick. Au début, le couple a vécu à Elgin, au Nouveau-Brunswick. En mai 2000, ils ont déménagé à Sussex avec leur fille nouveau-née. En août 2000, la famille a emménagé dans le secteur du chemin Knightville, tout juste à l'extérieur de Sussex. En octobre de la même année, le couple a

emménagé dans un immeuble d'habitation à Sussex (« l'appartement de Sussex »). Je marque une pause pour souligner que c'est à cet endroit, selon le témoignage de R.R., que la plupart des agressions sexuelles imputées sous le chef n° 1 ont eu lieu. En juillet 2002, le couple est retourné vivre en Thaïlande. L'appelant est revenu dans la région de Sussex en mai 2003 et S.S. est venue le retrouver quelques mois plus tard.

[11] Il y a deux enfants issus du mariage, une fille, née en 1999 et un fils né en 2005. L'appelant et S.S. se sont séparés en décembre 2006.

[12] Pendant son interrogatoire principal, R.R., qui était alors âgé de vingt-trois ans, a fait état d'une longue suite d'activités sexuelles dont l'appelant a eu l'initiative sur une période de plusieurs années. Ces activités, qui ont commencé avant que R.R. n'atteigne la puberté, allaient de simples attouchements à des rapports sexuels complets, y compris la fellation et la sodomie. La plupart des rencontres avaient lieu lors de rendez-vous, à l'heure du déjeuner, à l'appartement de Sussex qui était situé à proximité de l'école de R.R. Selon le souvenir qu'en a gardé R.R., il retrouvait l'appelant à cet endroit presque chaque jour où il allait en classe et ils regardaient souvent des films pornographiques pendant que l'appelant lui faisait des attouchements avant de lui faire une fellation. Le nombre de ces agressions sexuelles a quelque peu décru lorsque la jeune enfant de l'appelant a commencé à se déplacer et à entrer dans la chambre où elles avaient lieu. Selon R.R., l'appelant craignait que sa fille soit maintenant assez vieille pour se rappeler et exprimer verbalement ce qu'elle pouvait avoir vu. R.R. a témoigné que malgré ces préoccupations, les violences sexuelles ont continué, bien qu'à une fréquence réduite, jusqu'à ce que l'appelant retourne en Thaïlande en juillet 2002. R.R. a aussi prétendu que l'appelant lui faisait des fellations dans des endroits publics comme des parcs ou des parcs de stationnement et qu'il l'a persuadé de le sodomiser à au moins deux occasions. De plus, R.R. a témoigné qu'à l'été 2003, il a rendu visite à la sœur de S.S. à Calgary et que l'appelant, qui avait temporairement déménagé dans cette ville pour travailler, s'est livré à des rapports buccogénitaux sur lui.

[13] Le juge du procès a mis en lumière les éléments suivants du contre-interrogatoire de R.R. :

> [TRADUCTION]
> […] En contre-interrogatoire, R.R. a dit à la Cour que l'accusé lui avait dit de ne parler à personne de ce qui se passait. […] On a demandé à R.R. pourquoi il n'avait pas dit « non » à l'accusé. R.R. a répondu qu'il était trop jeune pour comprendre ce qui s'était passé et de plus, que l'accusé était son oncle et il avait confiance en lui. Il a aussi reconnu qu'il était devenu dépendant à ce qui se passait. Plus tard, R.R. a eu honte des événements en question et depuis lors, il éprouve des problèmes de santé mentale, il est suivi par des conseillers en santé mentale et il prend des médicaments sur ordonnance. […]

[14] À la différence de R.R., son jeune frère, J.R., n'a jamais été proche de l'appelant. Selon le témoignage de J.R., l'appelant l'a agressé sexuellement en novembre 2006, époque à laquelle il était âgé de quatorze ans. L'incident auquel se rapporte le chef d'accusation n° 2 a commencé chez J.R. lorsque l'appelant s'est approché de lui par derrière et lui a massé le cou pendant qu'il se servait de l'ordinateur familial. Ce contact inattendu a vite mené à des caresses sous la chemise de J.R., à des baisers dans la région du cou et à des touchers de son pénis. C'est à ce moment-là que J.R. a résisté et a quitté la pièce. Malgré cette expérience troublante, la soirée s'est passée comme prévu et J.R., un de ses copains et l'appelant ont dîné chez ce dernier et ont regardé un film. Toutefois, après qu'ils eurent reconduit l'ami de J.R. chez lui, l'appelant a dit à J.R. qu'il voulait lui parler. Il s'est révélé que la discussion a été d'ordre purement sexuel et qu'il y a notamment été question de masturbation et de taille du pénis. Finalement, l'appelant a garé la voiture dans un endroit retiré et a convaincu J.R. de se dénuder et de le laisser lui caresser le pénis. Au bout d'un très court moment, J.R. s'est de nouveau rebellé; l'appelant l'a alors ramené chez lui et l'a averti qu'il ne devait pas parler de ce qui s'était passé. J.R. a témoigné que l'appelant lui a dit qu'il s'était livré à des activités sexuelles avec R.R. Le juge du procès a ainsi décrit ce qui s'est passé après l'incident mettant en cause J.R. :

> [TRADUCTION]
> […] Le lendemain, J.R. a vu l'accusé à l'église et ce dernier lui a dit : « Dieu m'a dit que ce qui s'est passé n'était pas grave ». Il n'y a jamais eu d'autre incident entre l'accusé et J.R. Par la suite, J.R. a essayé d'éviter de se trouver seul en compagnie de l'accusé. J.R. était mal à l'aise à propos de cette suite d'événements et il n'arrivait pas à comprendre ce qui s'était passé. Ce malaise l'a amené à contacter, quelques jours plus tard, la ligne d'aide pour les jeunes, sur l'Internet, et à envoyer à ce site un courriel signalant l'incident. J.R. a reçu deux courriels en réponse au sien mais il n'a jamais répondu parce qu'il ne voulait pas, à l'époque, faire face à la situation. Trois semaines plus tard, toutefois, en décembre 2006, des agents de la GRC se sont présentés chez lui, en son absence, et se sont entretenus avec ses parents. Il semble que les exploitants de la ligne d'aide pour les jeunes avaient transmis les allégations de J.R. au détachement local de la GRC. Il s'en est suivi que J.R. et R.R. ont rencontré des responsables de la GRC en janvier 2007 et ont fait des déclarations, qui ont été enregistrées sur bande vidéo, à propos de ce qui leur était arrivé […].

[15] En ce qui concerne S.S., elle a témoigné que malgré ses objections répétées, l'appelant a persisté à la toucher à des fins sexuelles, tant avant qu'après leur séparation en 2006. Ces attouchements avaient eu lieu tant en privé qu'en public. Le juge du procès a souligné qu'ils cessaient [TRADUCTION] « si S.S. criait suffisamment fort ». S.S. a ajouté que l'appelant lui a dit, pendant qu'ils se trouvaient en Thaïlande et qu'il était sous l'effet de la drogue, qu'il avait eu des relations sexuelles avec R.R. au Canada. Le juge du procès a ainsi résumé les raisons qu'a données S.S. pour expliquer le fait qu'elle n'avait pas signalé à la police cet aveu d'inconduite sexuelle.

> [TRADUCTION]
> […] À l'époque, S.S. n'était pas convaincue que cela était vrai parce qu'il arrivait souvent que l'accusé soit en proie à des fantasmes en raison de sa dépendance à la drogue et qu'il lui raconte ce genre d'histoires folles et incroyables. De plus, S.S. subissait beaucoup de violences physiques et affectives de la part de l'accusé lorsqu'il consommait de la drogue. S.S. n'a jamais expressément interrogé l'accusé à propos de ce qu'il avait voulu dire, à ce moment-là, par

> « [avoir] des relations sexuelles ». L'accusé lui disait aussi qu'il enseignait à de jeunes garçons comment avoir des relations sexuelles. […]

[16] Dans son témoignage, l'appelant a nié avoir jamais eu un comportement répréhensible avec R.R., J.R. ou S.S. Il a qualifié leur témoignage accablant de mensonges imputables à de la mauvaise volonté, à un désir de vengeance et à d'autres motifs inacceptables. Il a également déclaré qu'il avait passé plusieurs mois en Alberta et en Thaïlande à l'époque où R.R. aurait, selon son témoignage, été agressé sexuellement dans l'appartement de Sussex. Le juge du procès a ainsi résumé le témoignage de l'appelant :

> [TRADUCTION]
> […] Il est actuellement âgé de trente-cinq ans, habite Moncton et travaille à une usine de la région qui produit des couches. Il a fait six années de scolarité en Thaïlande et a suivi un cours de soudure après être arrivé au Nouveau-Brunswick. […] L'accusé a fait état de sa relation avec S.S. et des différents endroits où ils ont habité pendant leurs années de mariage. L'accusé nie catégoriquement chacune des allégations d'agression sexuelle formulées par R.R. et J.R. y compris le fait qu'il aurait discuté avec eux de sujets se rapportant au sexe, regardé des films pour homosexuels ou pornos ou acheté de la bière. Le seul commentaire que l'accusé a admis avoir fait était qu'il a plaisanté à propos du fait qu'avoir de grands pieds et de grandes mains signifiait avoir un gros pénis. Pour ce qui concerne les allégations d'agression sexuelle formulées par S.S., l'accusé dit que S.S. acceptait parfois ses avances et parfois non. L'accusé dit qu'il mettait toujours fin à ces avances lorsque S.S. lui disait d'arrêter. Il a témoigné qu'à certains moments, S.S. se promenait nue dans leur maison – nue chez elle, ce que S.S. a reconnu dans son témoignage, et qu'il avait le sentiment, quand elle le faisait, qu'elle l'encourageait à la toucher. L'accusé a témoigné que parfois, S.S. prétendait qu'elle ne voulait pas qu'il la touche mais il avait le sentiment et il croyait que c'était un petit jeu de sa part et qu'en réalité, elle voulait le contraire. L'accusé croit que les terribles allégations d'agression sexuelle formulées par R.R. et J.R. sont attribuables au fait que leur famille, et tout particulièrement la sœur de S.S., qui était aussi leur mère, voulait qu'il retourne en Thaïlande. Il croit

> que c'est ce que la famille veut en raison des violences physiques et affectives qu'il a commises à l'endroit de S.S. pendant qu'il était dépendant à la drogue lorsqu'ils vivaient en Thaïlande en 2005 et auparavant. Il a également témoigné que R.R. l'a vu tenir un couteau à la gorge de S.S. lorsqu'il leur a rendu visite en Thaïlande. Il croit que cela peut aussi expliquer pourquoi R.R. a fait ces allégations. L'accusé croit que R.R. n'est venu chez lui que deux ou trois fois. L'accusé a dit à la Cour qu'en octobre 2001, il a travaillé dans l'Ouest canadien pendant six ou sept mois jusqu'à ce qu'il se fracture la cheville en 2002 et revienne à Sussex. L'accusé a nié avoir dit à S.S. qu'il avait eu des relations sexuelles avec R.R. au Canada ou avoir dit à J.R. qu'il avait eu des relations sexuelles avec R.R.

[17] Le juge du procès a ainsi exposé les raisons pour lesquelles il rejetait le témoignage de l'appelant sur certains points controversés et acceptait le récit que les plaignants avaient fait des principaux événements :

> [TRADUCTION]
> […] J'ai attentivement écouté et examiné l'ensemble de la preuve produite au procès. J'en suis arrivé à la conclusion que je ne crois pas le témoignage de l'accusé. En ce qui concerne le témoignage de R.R. et de J.R., je l'ai trouvé crédible, fiable, véridique et digne de foi. Je ne crois pas le témoignage de l'accusé non plus que ses explications en ce qui concerne les allégations de S.S. Dans son témoignage, R.R. a été très franc quant à la façon dont il est devenu dépendant à cette satisfaction sexuelle qu'il éprouvait. Il était très jeune lorsqu'une personne en qui il avait confiance comme oncle et membre de la famille a commencé à perpétrer ces agressions. J'ai trouvé impressionnante la capacité de R.R. d'observer ces horribles événements, de s'en rappeler et de les exposer dans le détail. Il s'ensuit que je crois que son témoignage est digne de foi. De même, le témoignage de J.R. est direct et dénué de toute exagération et j'estime qu'il a bien répondu aux questions. J.R. a été en mesure de décrire avec précision les événements qui se sont produits le jour où il a été agressé. Sa mémoire était solide et son exposé des faits survenus ce jour-là était plausible et m'a semblé sincère. Ni le témoignage de R.R. ni celui de J.R. n'ont été sérieusement contestés et ils n'ont pas non plus été discrédités. R.R. et J.R. avaient en mémoire des faits précis

qui semblaient les aider à se rappeler les détails de ces événements. À mon avis, ces faits marquants ajoutent de la crédibilité à leur témoignage puisque l'on s'attend à ce qu'ils se rappellent les détails en question. Ainsi, R.R. se rappelait être allé au domicile de l'accusé à l'heure du déjeuner à de multiples reprises les jours où il allait en classe ou s'être trouvé dans une tente ou à Calgary ou dans le parc de stationnement d'un restaurant chinois de Moncton lorsque ces agressions ont été commises. De plus, le souvenir qu'il garde de l'accusé en train d'acheter de la bière et de faire passer des films pornos se rapporte à des choses inhabituelles de la part d'un oncle à l'endroit d'un jeune enfant et il s'en souvient forcément. J.R. se remémore des faits précis, savoir qu'il a regardé un film avec son copain, puis le trajet subséquent en direction de chez lui et la voiture stationnée dans un endroit sombre et boisé au moment où il a été agressé. De plus, ces agressions à l'endroit de R.R. et J.R. ont été commises pendant que chacun était seul en compagnie de l'accusé. Ils étaient tous deux jeunes à l'époque et j'ai trouvé que leurs souvenirs étaient précis dans ce qu'ils ont décrit. Je crois que l'on peut tirer une inférence raisonnable : R.R. et J.R. n'auraient pas pu oublier ces agressions. En ce qui concerne les allégations de S.S., j'accepte l'argument selon lequel l'accusé ne savait pas très bien, initialement, si S.S. consentait à ses attouchements, lesquels, croyait-il, étaient simplement pour s'amuser. Il avait toujours fait cela pendant qu'ils étaient ensemble, avant leur séparation en décembre 2006. Toutefois, je souscris au témoignage de S.S. selon lequel elle lui a parlé à plusieurs reprises du fait que ce comportement était inacceptable après qu'ils se soient séparés. L'accusé savait qu'elle était en colère contre lui lorsqu'il continuait et il comprenait lorsqu'elle lui disait « non » et lui disait d'arrêter. Je crois que ces conversations ont effectivement eu lieu entre S.S. et l'accusé, que ces attouchements déplacés se sont poursuivis, qu'ils étaient de nature sexuelle et que S.S. n'y consentait pas. L'accusé prétend que ces allégations ont été formulées afin de le faire expulser du Canada. Il prétend que S.S., la famille de sa sœur, R.R. et J.R. ont tous des raisons de vouloir qu'il quitte la région. Ces raisons, prétend-il, sont qu'ils étaient tous au courant des violences physiques et mentales qu'il a infligées à S.S. pendant qu'ils vivaient en Thaïlande avant leur retour à Sussex en 2005. L'accusé souligne la preuve établissant que S.S. et la famille de sa sœur ont proposé de payer les frais de déplacement qu'il devrait engager pour

rentrer en Thaïlande; or, l'accusé voulait rester au Nouveau-Brunswick, près de ses enfants. L'accusé croit que S.S., R.R. et J.R. ont ensuite formulé ces allégations d'agression sexuelle en sachant que s'il était déclaré coupable de ces agressions, il serait probablement expulsé. La Cour a examiné cette thèse et elle la rejette. Je pense qu'il est raisonnable, compte tenu des violences que S.S. a subies et du fait qu'elle a aussi appris l'existence des agressions contre R.R. et J.R., que S.S. et sa famille ne veuillent avoir aucun contact avec l'accusé. Je pense qu'il est raisonnable qu'elles aient laissé entendre qu'il devrait retourner en Thaïlande afin d'être dans un pays qu'il connaissait bien et où il avait de la famille et des amis. Son départ aurait également pu leur épargner le spectacle public d'un procès et d'avoir à rendre des témoignages au cours desquels il leur faudrait revivre ces horribles événements dont ils ont honte et sont gênés de parler, ce qui se comprend fort bien. La Cour croit également qu'il existe des faits additionnels qui mènent aussi à la conclusion que l'accusé a commis les agressions en question. Ces faits ou motifs sont notamment les suivants : a) il faut se rappeler que bien que J.R. ait signalé l'agression dont il a été victime à la ligne d'aide pour les jeunes, il n'a pas répondu à deux courriels qui répondaient à ce signalement. Il n'a pas non plus signalé l'agression à la GRC. C'est la GRC qui les a contactés, sa famille et lui; b) R.R. n'a non plus signalé quoi que ce soit à la GRC; c) je pense qu'on peut raisonnablement en déduire que les deux garçons avaient honte et n'étaient pas certains de vouloir signaler ces agressions et dénoncer ainsi un membre de la famille; d) si l'on souscrivait à la thèse de l'accusé selon laquelle ils ont signalé ces agressions à la police dans une tentative visant à le faire expulser, on se serait attendu à ce que les agressions aient été signalées à la police et à ce que les garçons aient à maintes reprises insisté pour que l'accusé soit inculpé, mais ce n'est pas ce qui s'est passé; e) le témoignage selon lequel l'accusé a dit à S.S. et à J.R. qu'il avait eu des rapports sexuels avec R.R., auquel la Cour souscrit, vient aussi corroborer la perpétration des agressions sexuelles. Bien que ce témoignage puisse être insuffisant pour fonder en soi une déclaration de culpabilité, il apporte de la crédibilité au témoignage des victimes dans son ensemble; f) le témoignage de l'accusé selon lequel R.R. ne serait venu déjeuner chez lui que de trois à cinq fois au total s'oppose tout à fait au témoignage de R.R., de S.S. et du père de R.R. qui a également

> témoigné que R.R. se trouvait fréquemment au domicile en question. J'accepte le fait que R.R. s'y est trouvé à de nombreuses reprises pendant la période de deux ans. Il fréquentait l'école située à proximité. Le témoignage de l'accusé sur ce point nuit à sa crédibilité. […]

[18] Pour en arriver à la conclusion que la culpabilité avait été établie hors de tout doute raisonnable, le juge a appliqué le cadre juridique suivant :

> [TRADUCTION]
> Pour que la Cour déclare l'accusé coupable de ces infractions, il faut que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs des infractions. Ces éléments sont les suivants : a) l'accusé a, d'une manière intentionnelle, employé la force contre R.R., J.R. et S.S.; b) il l'a fait sans leur consentement; c) il savait qu'ils n'y consentaient pas; et d) la force a été employée dans un contexte de nature sexuelle. Le témoignage de R.R., J.R. et S.S., si la Cour y souscrit, établirait clairement, à mon avis, qu'il y a eu agressions sexuelles. L'accusé a nié toutes leurs allégations. La question à trancher devient alors une question de crédibilité. Dans l'arrêt *R. c. C.L.Y.*, [2008] 1 R.C.S. 5, rendu par la Cour suprême du Canada, la juge Abella a dit ceci, au paragraphe 6 : « Notre Cour a précisé régulièrement que la simple question de savoir si on [le juge des faits] ' ajout[e] foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite ' ne peut servir de fondement à une déclaration de culpabilité […]. La question fondamentale demeure plutôt celle de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des faits éprouve un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé ». Dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, rendu par la Cour suprême du Canada en 1991, cette dernière a laissé entendre que lorsque la question à trancher est une question de crédibilité et que l'accusé témoigne, la Cour doit suivre les étapes suivantes aux fins de déterminer s'il existe un doute raisonnable : 1) si la Cour croit la déposition de l'accusé, elle doit acquitter; 2) même si elle ne croit pas la déposition de l'accusé mais a un doute raisonnable, elle doit acquitter; et 3) même si elle n'a pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, elle doit encore se demander si, d'après la preuve que la Cour a acceptée, elle est convaincue hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Le doute raisonnable a été défini par la Cour

> suprême du Canada dans l'arrêt *R. v. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, rendu en 1997. Voici ce qu'a dit la Cour dans cet arrêt : 1) un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé; 2) il repose plutôt sur la raison et le bon sens; 3) il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve; 4) la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue. Il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole; 5) il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable; et 6) la preuve hors de tout doute raisonnable s'apparente davantage à la certitude absolue qu'à la culpabilité probable. J'en arrive maintenant à mon analyse et à ma conclusion. J'ai attentivement écouté et examiné l'ensemble de la preuve produite au procès. J'en suis arrivé à la conclusion que je ne crois pas le témoignage de l'accusé. En ce qui concerne le témoignage de R.R. et de J.R., je l'ai trouvé crédible, fiable, véridique et digne de foi. Je ne crois pas le témoignage de l'accusé non plus que ses explications en ce qui concerne les allégations de S.S.
>
> […]
>
> En conclusion, donc, après avoir pris en considération l'ensemble de la preuve produite au procès, je ne crois pas la déposition de l'accusé et je n'ai aucun doute à cet égard. Je reconnais que le témoignage de R.R., J.R. et S.S. est exact et véridique. Je conclus que le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable tous les éléments essentiels de l'agression sexuelle relativement à chacun des chefs énoncés dans la dénonciation, en conséquence de quoi je déclare l'accusé coupable d'agression sexuelle sous les chefs un, deux et trois.

[19] Comme cela est si souvent le cas en matière d'agression sexuelle, la déclaration de culpabilité repose sur le témoignage des plaignants. Dans l'avis d'appel manuscrit qu'il a initialement déposé, l'appelant, qui se représentait alors lui-même, s'est plaint de ce que les accusations étaient le produit [TRADUCTION] « de fausses allégations et de fausses déclarations » qui, a-t-il prétendu, étaient motivées par le désir de S.S. de le séparer de leurs enfants. Dans le deuxième et dernier avis d'appel modifié, qui a été préparé par son avocat actuel et déposé après que la Cour a accordé une prorogation le 16 février 2012, on prétend que le juge du procès a commis une erreur en

tirant une conclusion défavorable à la défense sur la question de la crédibilité, erreur qui est liée au fait qu'il aurait eu recours à une méthode érronée. De plus, on prétend qu'un nouveau procès est nécessaire en raison de [TRADUCTION] l'« inefficacité de l'avocat [de l'appelant] au procès ».

III. Analyse et décision

A. *La déclaration de culpabilité*

(1) La question de la crédibilité et la méthode à employer pour la trancher

[20] Dans l'arrêt *Moose*, la Cour a laissé entendre que pour trancher la question de la crédibilité, le juge d'un procès devrait analyser le témoignage de l'accusé avant de se pencher sur la version contradictoire des événements donnée par le plaignant. Cet ordre a été favorisé pour les raisons suivantes :

> [TRADUCTION]
> Le danger qu'il y a à examiner d'abord la crédibilité du plaignant est que le procès peut devenir un concours entre la crédibilité du plaignant et celle de l'accusé et que l'on se trouve à faire peu de cas de la question de savoir si le témoignage de l'accusé, même si l'on n'y ajoute pas foi, pourrait soulever un doute raisonnable. Il vaut mieux se prononcer sur la crédibilité de l'accusé avant de se prononcer sur celle du plaignant afin d'éviter le déplacement de la charge de la preuve qui se produit par inadvertance lorsque la question de savoir si le témoignage de l'accusé soulève un doute raisonnable n'est pas véritablement tranchée. [Par. 20]

[21] Dans la décision *R. c. T.V.B.*, 2005 NBBR 473, [2005] A.N.-B. n° 564 (QL), le juge Grant a insisté sur le fait que l'arrêt *Moose* ne prétend pas rendre obligatoire un ordre précis dans l'évaluation de preuves testimoniales contradictoires. Il a également souligné que les opinions exprimées dans cet arrêt en ce qui concerne l'ordre à respecter dans l'évaluation des témoignages ne font pas l'objet d'un consensus universel. À cet

égard, le juge Grant se reporte à l'opinion qu'a exprimée le juge d'appel Doherty dans l'arrêt *R. c. Carrière*, [2001] O.J. No. 4157 (C.A.) (QL) :

> [TRADUCTION]
> J'interromps un instant mon examen des directives du juge du procès pour examiner une prétention que l'avocat a formulée dans le cadre de son argumentation orale. Si je l'ai bien compris, il prétend que suivant la décision rendue dans l'affaire *R. c. W.(D.)*, précitée, lorsque l'accusé témoigne, le jury doit obligatoirement examiner en premier lieu le témoignage de l'appelant et décider s'il croit ce témoignage ou si celui-ci soulève un doute raisonnable avant d'examiner le reste de la preuve.
>
> Je ne pense pas que l'arrêt *R. c. W.(D.)*, précité, appuie cette proposition. Le simple bon sens veut qu'un jury ne puisse évaluer le témoignage de l'appelant si ce n'est à la lumière de la preuve dans son ensemble.
>
> […]
>
> La directive envisagée par le juge Cory n'enjoint pas aux jurés de commencer par le témoignage de l'accusé. Elle leur dit plutôt que lorsqu'ils évaluent la crédibilité de l'accusé, ils doivent aborder cette évaluation en suivant les trois étapes mentionnées dans l'exposé modèle. Selon l'interprétation qu'il faut privilégier, l'arrêt *R. c. W.(D.)*, précité, n'impose aucune limite à la façon dont le jury engage son processus de délibération. [Par. 47 à 50]

Voir, également, la décision *R. v. D.A.M.*, 2010 NBBR 80, 356 R.N.-B. (2e) 367, le juge Ferguson, aux par. 53 et 56.

[22] La démarche préconisée dans l'arrêt *Moose* n'a fait aucun adepte ailleurs. Dans la décision *R. c. Schauman*, 2006 ONCJ 304, [2006] O.J. No. 3425 (C.J. Ont.) (QL), le juge Fairgrieve formule la critique suivante :

> [TRADUCTION]
> La difficulté que comporte cette démarche, à mon avis, est que l'évaluation de la crédibilité n'est pas un processus de raisonnement linéaire dans lequel des facteurs isolés seraient pris en considération suivant un ordre séquentiel ou

> dans lequel une version des événements serait évaluée en vase clos sans qu'un lien soit établi avec le reste de la preuve. Au contraire, je pense, les décisions en matière de crédibilité nécessitent une analyse de la preuve qui suppose l'appréciation simultanée d'une multitude de facteurs. Bien qu'il faille sans doute organiser et présenter les motifs d'une façon cohérente, il est difficile d'admettre que les cours d'appel ont pu imposer aux juges des procès des camisoles de force qui les oblige à s'intéresser dans un ordre précis aux témoins dont la crédibilité est mise en doute, indépendamment du contexte factuel dans lequel une évaluation, fut-elle provisoire, de la fiabilité d'autres preuves corroborantes ou contradictoires a pu être faite.
>
> Le facteur le plus important aux fins d'évaluer la crédibilité d'un témoin demeure, à mon sens, l'appréciation de la question de savoir si le témoignage semble plausible en ce sens qu'il est intrinsèquement probable que les événements se soient produits comme le dit le témoin. Cela suppose le recours à ce que l'on a appelé le bon sens et l'expérience judiciaire. Dans le cadre de ce processus, il me semble qu'un tribunal doit inévitablement tenir compte de la mesure dans laquelle le témoignage d'un témoin concordait avec d'autres conclusions factuelles qui soit n'étaient pas contestées soit découlaient nécessairement d'autres témoignages ou éléments de preuve que la Cour avait acceptés ou jugés dignes de foi. [Par. 6 et 7]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[23] Pour ma part, je vois beaucoup de sagesse dans l'opinion qu'a exprimée le juge Mitchell, juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard, dans l'arrêt *R. c. Ellis*, 2006 PESCAD 25, [2006] P.E.I.J. No. 60 (QL) :

> [TRADUCTION]
> […] À titre de mesure de protection supplémentaire contre les condamnations injustifiées dans ce genre d'instances, la Cour d'appel du Manitoba a estimé qu'il est préférable que le juge des faits analyse le témoignage de l'accusé avant celui du plaignant. Voir les arrêts *R. c. L. (C.J.)*, précité, et *R. c. Moose*, [2004] M.J. No. 415 (C.A. Man.). Cette démarche, à la condition que le témoignage de l'accusé soit examiné à la lumière de la preuve dans son ensemble, pourrait certes être utile comme moyen de garantir qu'il n'y aura pas de déplacement accidentel du fardeau de la preuve.

> Toutefois, je ne crois pas que la procédure proposée par la Cour d'appel du Manitoba doive être considérée comme obligatoire. Je souscris à l'opinion que le juge d'appel Doherty a exprimée dans l'arrêt *R. c. Carrière*, [2001] O.J. No. 4157 (C.A. Ont), aux par. 48 à 51, selon laquelle le témoignage de l'accusé doit être évalué à la lumière de la preuve dans son ensemble et il ne devrait pas y avoir de règles rigides en ce qui concerne la façon dont le juge des faits délibère. [Par. 27]

[24] Cette opinion s'accorde avec l'arrêt *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, dans lequel les observations suivantes ont été faites :

> Il ressort des motifs de la juge du procès qu'elle comprenait que sa conclusion selon laquelle la fillette était crédible n'avait pas pour effet d'inverser le fardeau de la preuve et d'obliger l'accusé à démontrer son innocence. <u>Je vois difficilement comment l'on peut affirmer que l'ordre dans lequel la juge du procès a exposé ses conclusions sur la crédibilité mine son énoncé juste et cohérent de l'état du droit ou démontre qu'elle a perdu de vue un principe de droit prépondérant comme celui du doute raisonnable.</u> [Par. 12]
>
> [C'est moi qui souligne.]

Bien que dans l'arrêt *C.L.Y.*, la Cour n'ait pas explicitement mentionné l'arrêt *Moose*, elle était indubitablement au fait de la controverse à laquelle donnait lieu le fait qu'on y préconise l'examen, en premier lieu, du témoignage rendu par l'accusé. Dans l'affaire *C.L.Y.*, il y avait appel d'une décision de la Cour d'appel du Manitoba et les observations concernant l'ordre séquentiel qui sont reproduites ci-dessus visaient les propos suivants tenus par le juge d'appel Twaddle dans ses motifs dissidents (cités au par. 4 de la décision de la Cour suprême) : « [R]etenir le témoignage de la plaignante avant même d'examiner celui de l'accusé entraîne à tout le moins […] un renversement subtil du fardeau de la preuve ». Cet énoncé rappelle en grande partie les préoccupations exprimées dans l'arrêt *Moose*. Cela dit, il est à remarquer que dans l'arrêt *C.L.Y.* (2006 MBCA 124, [2006] M.J. No. 398 (QL)) la Cour d'appel du Manitoba a reconnu à la majorité que l'omission de respecter l'ordre recommandé dans l'arrêt *Moose* n'entraîne pas automatiquement l'infirmation d'une décision : [TRADUCTION] « <u>Il n'est pas</u>

obligatoire d'apprécier la crédibilité de l'accusé avant d'apprécier celle du plaignant, mais en le faisant, on contribue à faire en sorte que le juge des faits ne perde pas de vue le principe du doute raisonnable » (par. 10) (c'est moi qui souligne).

[25] Je suis respectueusement d'avis que les objections de l'appelant aux conclusions en matière de crédibilité qu'a tirées le tribunal d'instance inférieure sont tout simplement sans fondement. Ramenées à l'essentiel, ces objections ne trouvent pas leur source dans des erreurs de droit ou de principe mais procèdent uniquement d'un rejet des conclusions défavorables du juge du procès lesquelles, à mon avis et contrairement à ce que prétend l'appelant, ont découlé de l'application d'un cadre juridiquement exact et sont solidement ancrées dans la preuve. Puisque tel est le cas, ces conclusions doivent être confirmées (voir l'arrêt *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, aux par. 10 à 12).

(2) L'inefficacité de l'avocat au procès

[26] L'appelant reconnaît que son avocat est un criminaliste respecté et compétent, un conseil de la Reine, de surcroît. Ce dont l'appelant se plaint, c'est que son avocat l'a représenté au procès d'une façon qui était en deçà d'une norme acceptable; pour reprendre les paroles de l'avocat actuel de l'appelant, l'avocat de la défense a tout simplement [TRADUCTION] « eu une mauvaise journée ».

[27] Je commence l'analyse de cette question en exprimant mon entière adhésion aux observations du juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom d'une formation unanime, dans l'arrêt *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2e) 179 :

> Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat. Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du

> par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 24). Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.
>
> Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice). Une intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis.
>
> […]
>
> [A]u cours d'un procès, l'avocat de la défense est appelé à prendre bon nombre de décisions stratégiques, et les juges ne devraient pas « remettre en question les décisions tactiques d'un avocat » (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] A.C.S. n° 20 (QL), au par. 37). Comme l'a dit la Cour suprême, « [d]ans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats », et il existe « une "forte présomption" que l'avocat de la défense sert les intérêts de son client avec compétence » (par. 36). Les juges d'appel ont pareillement l'obligation d'adopter cette attitude déférente. [Par 1, 2 et 10]

[28] En essayant de satisfaire au volet examen du travail de l'avocat, l'appelant invoque ce qu'il estime être des observations et un contre-interrogatoire inefficaces, tout particulièrement le contre-interrogatoire de R.R. En ce qui concerne celui-ci, l'appelant met en évidence le témoignage suivant rendu par R.R. :

> [TRADUCTION]
>
> R. Comme je l'ai dit, tout ça se passait la plupart du temps à [l'appartement de Sussex]. C'est à ce moment-là que tout cela se passait, la plupart du temps, à l'heure du déjeuner et les fins de semaine.

> Q. Et pour que nous en prenions acte, lorsque vous dites « tout cela », pourriez-vous nous dire ce que vous voulez dire par « tout cela », qu'est-ce qui se passait ?
>
> R. Surtout des actes sexuels oraux lorsque j'allais à sa – dans sa chambre et que je restais essentiellement étendu sur le lit, le matelas sur le plancher et il me faisait une fellation.
>
> Q. Et combien de fois cela s'est-il passé, qu'il se livre à ces actes sexuels oraux sur vous?
>
> R. Eh bien c'était en 2002 et en 2003, donc pendant la presque totalité sinon la totalité de ces deux années scolaires, j'y suis allé trois ou quatre fois par semaine et même parfois chaque jour, à l'heure du déjeuner. Donc je ne sais pas combien de jours cela fait au total, mais leur nombre dépasse ce que je peux compter mentalement. […]

L'appelant évoque son propre témoignage dans lequel il dit qu'il était en Alberta de la fin d'octobre 2001 jusqu'en mai 2002 environ, et pour ce motif, il prétend que le témoignage de R.R. selon lequel les agressions sexuelles ont eu lieu à l'appartement de Sussex en 2002 et 2003 était manifestement faux. Il invoque l'omission de l'avocat de la défense de mener un contre-interrogatoire et de faire des observations précises à cet égard comme preuve d'incompétence. Je ne souscris pas à sa prétention pour les motifs suivants.

[29] Premièrement, il n'y a aucun élément de preuve crédible établissant que l'appelant était en Alberta de la fin d'octobre 2001 à mai 2002. Le juge du procès n'a pas cru le témoignage de l'appelant à cet égard et le dossier, que ce soit en première instance ou devant nous, ne contient aucun autre élément de preuve susceptible de l'appuyer. En outre, bien qu'on lui ait accordé suffisamment de temps pour faire valoir sa prétention de représentation inefficace, l'appelant n'a pas produit l'ombre d'une preuve « nouvelle », fut-elle documentaire ou testimoniale, susceptible de mettre en doute la conclusion concernant la crédibilité que le juge du procès a tirée à cet égard.

[30] Deuxièmement, R.R. a reconnu d'emblée, dans son témoignage, que l'appelant était retourné en Thaïlande en juillet 2002 et n'était revenu dans la région de Sussex que lorsque l'année 2003 était déjà largement entamée. Donc, le juge du procès et les deux conseils de la Reine, celui du ministère public et celui de la défense, ont forcément compris que dans l'échange reproduit ci-dessus, R.R. voulait probablement parler des années 2001 et 2002 et que c'est accidentellement qu'il a laissé échapper que les années 2002 et 2003 avaient été la période la plus intense pour ce qui concerne les agressions sexuelles perpétrées à l'appartement de Sussex. Pour ma part, j'entrevois facilement la possibilité d'une réaction défavorable de la part du témoin et, ce qui aurait été encore plus important, de la part du juge du procès pour le cas où l'avocat de la défense aurait essayé de marquer des points en raison de ce lapsus qui était, selon toute apparence, évident et, dans le contexte général, insignifiant.

[31] Troisièmement, le dossier est muet quant aux discussions, le cas échéant, qui ont pu avoir lieu entre l'appelant et l'avocat de la défense concernant la stratégie retenue pour le procès. Le droit, dans sa sagesse, présume que l'avocat de la défense est compétent et un juge siégeant en appel serait bien téméraire de remettre en question la stratégie retenue pour le procès en l'absence d'une preuve de faute professionnelle qui soit solide (voir l'arrêt *R. c. Gardiner*).

[32] De plus, il n'y a aucun élément de preuve qui étaye la prétention voulant qu'un déni de justice ait résulté d'un des actes ou d'une des omissions qu'invoque maintenant l'appelant pour prouver le bien-fondé de sa prétention de représentation inefficace de la part de l'avocat de la défense. Les motifs de décision du juge du procès montrent que les verdicts de culpabilité trouvent amplement appui dans le témoignage qu'il a jugé crédible et digne de foi, conclusion qu'il lui était incontestablement loisible de tirer.

B. *La peine*

[33] Comme je l'ai souligné dans mes remarques introductives, l'appelant a été condamné à un emprisonnement de cinq ans, moins les quarante-quatre jours passés en

détention préventive, relativement au chef n° 1 (agression sexuelle sur la personne de R.R.), à un emprisonnement d'un an, à purger simultanément, relativement au chef n° 2 (agression sexuelle sur la personne de J.R.) et à un emprisonnement de six mois, à purger simultanément, relativement au chef n° 3 (agression sexuelle sur la personne de S.S.). De plus, les mesures accessoires suivantes ont été prescrites : (1) une ordonnance d'interdiction de posséder des « armes » en vertu de l'art. 109; (2) une ordonnance d'analyse génétique en vertu de l'art. 487.051; et (3) une ordonnance en vertu de l'art. 490.012 prescrivant la conformité avec la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, ch.10, pendant une période de vingt ans. L'avocat de l'appelant a confirmé à l'audience que la demande d'autorisation d'appel ne vise que la peine à purger dans un pénitencier qui a été infligée relativement au chef n° 1.

[34] Dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2e) 88, la Cour a énoncé la norme de contrôle qui s'applique à l'appel d'une sentence :

> Le par. 687(1) du *Code criminel* délimite la compétence des cours d'appel en matière de contrôle d'une sentence:
>
> > 687(1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la Cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :
> >
> > *a)* soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
> >
> > *b*) soit rejeter l'appel.
>
> Les prescriptions du législateur sont donc relativement simples, du moins par leur texte : les cours d'appel sont tenues de considérer la justesse de la sentence contestée. Il se dégage nettement de nombreuses déclarations de la Cour suprême du Canada que le concept de « justesse » n'intéresse pas que l'importance de la sentence prononcée.

De fait, il peut arriver que les cours d'appel aient à juger de la conformité de la sentence au droit. Le cas le plus évident de non-justesse d'une sentence, en droit, se présente lorsque le juge chargé de la détermination de la peine n'inflige pas la sanction minimale ou maximale prescrite […] Bien sûr, le tribunal d'appel n'est tenu à aucune déférence lorsque la peine choisie par le juge chargé de la déterminer est contestée sur un point de droit.

Les tribunaux d'appel peuvent en outre avoir à déterminer si la sentence contestée témoigne d'une application appropriée des principes de détermination de la peine. Aujourd'hui, pour la plupart, ces principes sont devenus loi et se retrouvent dans la partie XXIII du *Code criminel*. Il est acquis que, quoique le poids que le juge chargé de déterminer la peine a accordé aux facteurs pertinents requière une grande déférence, la norme de contrôle applicable en appel à sa compréhension de ces principes est celle de la décision correcte.

Enfin, les tribunaux d'appel peuvent entreprendre d'examiner l'importance proprement dite de la peine contestée. Encore une fois, ici, une grande déférence s'impose envers le choix du juge chargé de la détermination de la peine. Une modification ne sera envisageable qu'à la stricte condition que la peine constitue un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables.

En somme, une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable […]. Si la sentence est le fruit d'une erreur qui justifie de l'infirmer, il incombe à la Cour d'appel de prescrire le châtiment qu'elle estime juste dans les circonstances.

[…]

[D]ans l'arrêt *R. c. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 R.N.-B. (2e) 341, [2003] A.N.-B. no 398 (Q.L.), 2003 NBCA 75, notre Cour a voulu guider plaideurs et avocats, ainsi que

structurer la façon dont elle aborde les appels interjetés de sentences, par le cadre d'analyse suivant:

> [...] lorsqu'il y a appel de la peine ou de la sentence, l'intervention [est] contre-indiquée à moins que l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes: (1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? (3) La peine est- elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*? [Par. 17.]

Dans la pratique, ces trois questions sont un rappel utile du rôle limité que joue le tribunal d'appel lorsqu'il se penche sur la justesse d'une sentence. […]

Nul ne conteste que, sauf prescription législative contraire, le degré et le genre appropriés d'une peine sont laissés à l'appréciation du juge chargé de la déterminer. Le par. 718.3(2) du *Code criminel* reconnaît expressément ce pouvoir discrétionnaire. De plus, il est question de ce pouvoir dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, [1996] A.C.S. n° 28 (Q.L.), comme d'un fondement de principe à la déférence des tribunaux d'appel :

> Il va de soi que les cours d'appel jouent un rôle important en contrôlant et en réduisant au minimum la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada. Voir, par ex., *R. c. Knife* (1982), 16 Sask. R. 40 (C.A.), à la p. 43; *R. c. Wood* (1979), 21 Crim. L.Q. 423 (C.A. Ont.), à la p. 424; *R. c. Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472 (C.A. Alb.), à la p. 485; *R. c. Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307 (C.A. Sask.), aux pp. 311 et 312; *R. c. Baldhead*, [1966] 4 C.C.C. 183 (C.A. Sask.), à la p. 187. Toutefois, dans l'exercice de ce rôle, les cours d'appel doivent néanmoins faire montre d'une certaine retenue avant d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire spécialisé que le

> législateur fédéral a expressément accordé aux juges chargés de déterminer les peines [par. 92].
>
> [Par. 20 à 28]
>
> [Références omises.]

[35] Dans les motifs fort complets dont il a accompagné le prononcé de la sentence, le juge du procès a fait les observations suivantes concernant les faits à l'origine du chef d'accusation n° 1 :

> [TRADUCTION]
>
> […] Dans son ensemble, le chef n° 1 se rapporte aux agressions sexuelles que l'accusé a commises à l'endroit de la victime, qui était aussi son neveu, R.R., à de nombreuses reprises sur une période de quatre ans. R.R. était alors âgé de douze à seize ans. Les agressions ont consisté en des actes sexuels oraux et la pratique du coït anal.
>
> […]
>
> Le rapport présentenciel indique que l'accusé est âgé de trente-cinq ans. Il est né et a été élevé en Thaïlande et il est arrivé au Canada en 1999 avec son épouse, S.S. Il vient d'une famille de huit enfants. Sa mère était la personne qui leur prodiguait les soins essentiels puisque son père était alcoolique et était violent envers sa mère. Le rapport présentenciel indique que l'accusé n'aimait pas vivre au Canada et il est retourné en Thaïlande en 2002 puis de nouveau en 2005. Il est plus tard revenu au Canada. Le rapport présentenciel précise que la Thaïlande lui manque, maintenant, et qu'il espère y retourner. L'accusé reconnaît qu'il a des problèmes de maîtrise de la colère. Il dit qu'il se sent persécuté par son ex-épouse et la famille de cette dernière. Il reconnaît avoir acquis une dépendance à la meth en cristaux pendant qu'il vivait en Thaïlande en 2002. Cela l'a amené à être violent envers son épouse. Lorsque son épouse est rentrée au Canada en 2005, il a consulté un conseiller en toxicomanie et il est maintenant libéré de sa dépendance à la drogue. L'accusé n'a que peu d'amis au Canada, mais il a reçu l'appui d'un dirigeant d'une église locale. L'accusé a terminé ses six années de scolarité en Thaïlande. En 2009 et 2010, il a commencé un cours de soudure, à Moncton, mais ne l'a pas terminé. L'accusé n'a aucun antécédent judiciaire et il affirme être innocent en ce

qui concerne ces infractions. Comme nous l'avons entendu aujourd'hui, les agressions en question ont causé un préjudice important aux victimes. La déclaration de la victime qu'a présentée R.R. et que S.S. a lue à haute voix indique que par suite des actes de l'accusé, R.R. est devenu, à un très jeune âge, rebelle à l'autorité, de sorte qu'il faisait l'objet de mesures disciplinaires. Il est devenu déprimé et a dû être soigné par un psychiatre. On lui a prescrit des antidépresseurs. En raison des mauvais traitements qu'il subissait et du fait qu'il était isolé des autres de son âge, il avait peu d'amis à l'école. Lorsque les violences ont cessé, il est devenu très anxieux et éprouvait une grande honte. Il a maintenant de la difficulté à faire confiance à qui que ce soit et il lui est donc difficile de nouer des relations. R.R. est maintenant père lui-même mais il n'a pas la force émotionnelle nécessaire pour s'occuper de son enfant. R.R. n'a pas non plus pu achever ses études en raison des violences dont il a été victime mais il a néanmoins une importante dette financière à rembourser.

[…]

[Les parents de R.R. et J.R.] ont aussi lu à haute voix leur déclaration de la victime. Ils ont expliqué de quelle façon les événements dans le cadre desquels leurs fils ont été agressés ont changé leur famille à jamais. Ils ont décrit à quel point [R.R.] a souffert et comment tout cela a changé la personne qu'il était; comme le dit le texte qu'ils ont lu : « il a perdu des amis, ses rêves d'aller à l'université et, chose plus importante encore, il a perdu une grande partie de son enfance. Les répercussions financières sur notre famille ont été astronomiques parce qu'il continue à suivre des séances de counseling et qu'il a besoin de notre soutien ».

[…]

La Cour doit également prendre en considération les circonstances atténuantes et les facteurs qui militent en faveur de l'accusé dont j'ai tenu compte sont : 1) qu'il n'a aucun antécédent judiciaire; 2) que la Cour a reçu des lettres d'appui, que j'ai marquées comme pièce F, qui indiquent que [l'appelant] a été dans le passé un très bon travailleur et dans lesquelles on prétend qu'il a un bon caractère. Les circonstances aggravantes dont j'ai tenu compte sont les suivantes : 1) l'âge des victimes dans les

> chefs un et deux. La victime R.R. était âgée de douze ans lorsque les agressions sur sa personne ont commencé et celles-ci se sont poursuivies jusqu'à ce que R.R. soit âgé de seize ans. J.R. était âgé de quatorze ans lorsqu'il a été agressé; 2) les victimes étaient les neveux par alliance de l'accusé et ces agressions ont constitué un abus de leur confiance et un abus d'autorité à leur égard. La preuve a établi que c'est en toute confiance qu'on permettait à l'accusé de se trouver seul en compagnie de R.R. et J.R. puisqu'il était leur oncle; 3) le fait qu'en commettant les agressions sur la personne de S.S., sa conjointe, il lui arrivait fréquemment de la gêner parce qu'il perpétrait ses agressions dans un lieu public; 4) la Cour doit examiner les conséquences de ces crimes, le fait qu'en commettant ces agressions, il a causé un dommage émotionnel à long terme au titre duquel R.R. et J.R. continuent d'être soignés; 5) le fait que les agressions commises à l'endroit de R.R. et de S.S. ont été commises sur une longue période. Il ne s'agissait pas d'incidents isolés et il s'en est suivi que ces agressions ont causé un préjudice encore plus grand; 6) l'incidence sur les victimes R.R. et J.R. Les agressions sexuelles sont des infractions avec violence qui peuvent causer un préjudice dont les conséquences peuvent persister pendant toute la vie d'une victime. En l'espèce, tout particulièrement en ce qui concerne le chef n° 1, il y a eu une incidence négative à long terme sur la victime R.R. […]

[36] L'appelant reconnaît que les cinq ans de pénitencier auxquels il a été condamné pour l'agression sexuelle imputée au chef n° 1, bien qu'à l'extrémité supérieure, se situent néanmoins dans l'échelle générale des peines qui sont autorisées par le *Code criminel* et qui trouvent appui dans la jurisprudence. De plus, nul ne prétend que les motifs formulés au moment du prononcé de la peine contiennent une erreur de principe. La seule doléance de l'appelant est que la sévérité de la peine est le sous-produit d'une description erronée du rôle qu'il a joué dans les agressions sexuelles qui sont visées par le chef n° 1. À cet égard, l'appelant invoque les motifs de la déclaration de culpabilité qui contiennent un énoncé erroné, il est vrai, selon lequel il a pratiqué le coït anal sur la personne de R.R. Cet énoncé inexact n'est pas répété dans les motifs détaillés qui ont accompagné le prononcé de la sentence. De toute façon, je suis convaincu que s'il y a eu interprétation erronée de la preuve sur ce point, ce dont je doute fort, l'erreur a été sans

conséquence. Compte tenu des conclusions de fait qui ont été tirées lors de l'audience de détermination de la peine et qui sont incontestées, je ne puis me résoudre à reconnaître que le juge aurait infligé une peine plus légère s'il avait bien compris que l'appelant n'avait pas pratiqué le coït anal sur la personne de R.R., mais avait « simplement » persuadé R.R. de se livrer à de tels actes sur sa personne à lui. À vrai dire, je juge cette prétention choquante.

[37] Le dossier révèle la répétition continuelle de violences sexuelles indignes à l'endroit de R.R. Celui-ci a été privé de la possibilité de profiter de son adolescence. Le temps guérira peut-être les blessures que l'appelant a causées, mais il n'en demeure pas moins que le préjudice causé était grave et demeure une source de profond chagrin.

[38] L'emprisonnement de cinq ans infligé relativement au chef n° 1 n'est pas le produit d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe. Cette peine n'est pas non plus déraisonnable. Nous ne pouvons donc répondre par l'affirmative à aucune des trois questions qui ont été posées dans l'arrêt *R. c. LeBlanc (G.A.)*, 2003 NBCA 75, 264 R.N.-B. (2e) 341, et reprises dans de nombreuses instances depuis lors. Il s'ensuit nécessairement qu'il n'existe aucune raison de principe justifiant l'intervention de notre Cour. Par conséquent, je m'estime tenu de refuser l'autorisation d'interjeter appel de la peine.

IV. Dispositif

[39] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité ainsi que la demande en autorisation d'interjeter appel de la peine.