

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

158-12-CA

D.M.S.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

D.M.S. v. R., 2014 NBCA 3

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
August 10, 2012
October 31, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Appeal heard:
September 26, 2013

Judgment rendered:
January 9, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Alison J. Ménard

For the respondent:
Marc P. Savoie

D.M.S.

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

D.M.S. c. R., 2014 NBCA 3

CORAM :

l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 10 août 2012
le 31 octobre 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Appel entendu :
le 26 septembre 2013

Jugement rendu :
le 9 janvier 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Bell

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Green

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Alison J. Ménard

Pour l'intimée :
Marc P. Savoie

THE COURT

The appeal is allowed, the convictions are quashed and a new trial is ordered.

LA COUR

L'appel est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant was born on August 23, 1961. The complainant, one of the appellant's brothers, was born on September 21, 1968. On August 10, 2012, the appellant was convicted, by a judge of the Provincial Court, of indecently assaulting the complainant, another male person (s. 156 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-46) and committing a gross indecency (s. 157 of the *Code*) upon the complainant, between August 24, 1973 and December 31, 1978. The prosecution was instituted by an Information titled in part, "Juvenile Delinquent Act".

[2] I would note parenthetically that the combined operation of ss. 158 and 160 of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, directs that the Information should have been laid under that *Act* and not the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3. Regardless, that matter is not before us and nothing turns on it for purposes of this appeal.

[3] On October 31, 2012, following a motion by the defence, the case was re-opened for additional evidence. On the same date, the trial judge confirmed the conviction and sentenced the accused. As is evident, the appellant was required to respond, some 35 to 40 years later, to accusations of wrongs allegedly committed when he was a "child" as contemplated by the *Juvenile Delinquents Act* or a "young person" as that term was then defined in the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110.

[4] At trial, the Crown called two witnesses, the RCMP investigator and the complainant. The appellant testified. He also called three other witnesses: an uncle with whom he lived during part of the time the complainant says the offences occurred, a brother, S.S., who lived in the same household as the complainant during all relevant times and V.P., the appellant's spouse, who testified about social outings involving the

complainant and the appellant and, generally, the relationship between the two prior to the revelation of the allegations to police.

II. Observations regarding the police investigation

[5] In many historic sexual assault cases, the police and prosecutorial authorities are faced with a paucity of potential evidence. Often, the only potential sources of information are the complainant and the alleged perpetrator. Such cases are often precariously prosecuted as a “credibility contest” between the alleged victim and the accused. That did not have to be the case in this matter. The determination of the issue of credibility, particularly with respect to the appellant and his brother, the complainant, could have been greatly facilitated by minimal investigative efforts. For example:

- a) The complainant testified that both parents were alcoholics and they moved often. Establishing the chronology of events and residences where the offences occurred was a serious challenge to the Crown. The complainant testified that at one point he reported abuse to his grandmother and “she tried to have Social Services come in and take the kids away from my parents”. The police made no effort to contact relevant departments of government to determine whether any record existed of the grandmother’s report to “Social Services”. Confirmation of such a record would have aided in establishing the chronology of events and would have been useful in assessing credibility.
- b) In attempting to establish the timeframe within which the complainant reported abuse to his grandmother, Crown counsel asked him about where he was living when he made the report to her. He was unsure about whether it was Steadman Street or Willow Street, but did say he was in hospital for removal of his appendix. The police made no effort to contact any hospital in

or around the Moncton area to confirm whether the complainant had been a patient. Once again, confirmation of such a record would have assisted in establishing the chronology of events and assessing credibility.

- c) The complainant testified that on one occasion, while living on McLaughlin Road, he went fishing with the appellant at which time the appellant “molested [him] in the woods”. When he threatened to tell his parents, the appellant apparently cut him “across the ankle”. The complainant testified that he had to go to the hospital as a result of the injury to his ankle. He testified that his parents made him “swear to God not to tell the truth” and that he had to “go to that hospital and say that I cut my leg by a barbed wire fence”. He did not say whether the lie related to the molestation or the cut. Regardless, this is yet another example of where some attempt to obtain hospital records would have greatly assisted the court in assessing credibility. Does a record exist in a Moncton hospital of the complainant reporting a cut on his leg caused by barbed wire? The trial judge would never know.

- d) The complainant testified that as a result of the dysfunctional conditions in the household, his sister, S. took him “out of his parents’ house” and “they put up a big stink and came and got me back”. S. appears not to have been interviewed by the police. Certainly, she was not called upon to testify to confirm the complainant’s statement about where he lived at relevant times or the circumstances surrounding her removal of him from the family residence.

e) The complainant testified that he was 10 years old when he lived on Ryan Road. He said “I know that for a fact”. He testified about abuse he suffered in a shed behind his family’s house. The complainant said the appellant was “with a girl on Ryan Road”. He said, “There was a bunch of us in the shed. I was ten years old. They all had sex with this girl and then made me have sex with her.” In addition to the appellant, the complainant named four other people (including the “girl”) by their first and last names, all of whom were, according to him, present when the incident occurred. It appears none of those other people were questioned by police.

[6] In response to questions on cross-examination, the police investigator acknowledged she did not “get any medical records for [the complainant]”. In response to questions about whether any enquiries were made of “Child Protection or Social Development”, the police investigator responded, “No, I did not.” When asked about why she did not make enquiries, other than to the complainant, about others who lived at the various residences, her response was: “No, because I didn’t have any reason to disbelieve my victim – my complainant. [...] Well, my victim was telling me that he [appellant] was there [...] there’s no reason to investigate where – where the accused would’ve been residing [...]”. During her testimony the police investigator acknowledged the complainant’s family was a “big” one. Defence counsel then asked the police officer whether she tried to communicate with any of those family members in the course of her investigation. She responded that she had heard that they (the family members) “didn’t want to speak with the police at all”.

[7] Parenthetically, I am surprised police would not fully investigate a matter because they heard indirectly that someone did not want to talk to them. One would expect the police to make reasonable efforts to speak directly with potential witnesses to determine whether they might exonerate the suspect or support the complainant’s version. It is painfully evident the police and prosecution proceeded in a “tunnel vision” fashion

without any serious effort to investigate independent sources which could have confirmed or refuted the complainant's version or aided in objectively assessing his credibility.

[8] I would add that New Brunswick is a jurisdiction where prosecutorial authorities review files and approve charges that are to be laid by police. The Attorney General's office could, at any time, have requested the police conduct further enquiries of hospitals, social service departments or other potential witnesses, prior to approving charges.

[9] It is against this backdrop that I now turn to the facts.

III. Facts

[10] In 2007, the complainant's name was brought to the attention of the RCMP as a potential victim of crime. The investigator assigned to the file contacted him in November 2007, and on several other occasions over the course of the following year. On each of those occasions he refused to provide a statement to the police. He did not want the matter investigated. In October 2008, he signed a document instructing the RCMP to cease their investigation on the understanding that it could be re-opened any time. The file was subsequently re-opened and charges were laid against the appellant on April 19, 2010. In the complainant's own words, he decided to authorize the police to proceed with the investigation because he (the complainant) had beaten the "living hell" out of his wife. Apparently, the complainant linked his assault upon his wife to abuses he suffered as a child at the hands of the appellant. The appellant advanced the theory that the allegations made by the complainant were a fabrication, concocted in part to alleviate the problems the complainant faced as a result of his assault on his spouse.

[11] The complainant testified that he was raised in a family of six siblings and two alcoholic parents. He stated that the children were left to fend for themselves. He stated they had to steal groceries. They moved frequently. At one point in his testimony, he stated that they never lived at the same place more than two months. He stated that he

never completed a full school year at the same school. He testified that his oldest brother, A., did not live with the family and that during his upbringing those present were the appellant (the second eldest of the siblings), one other brother, S.S., who was three years older than him, and two sisters, both of whom were older than him. The complainant testified that during the relevant times, he was repeatedly assaulted by the appellant. Although he initially testified that the assaults occurred daily, he eventually moderated the frequency of the assaults to two times per week over a five year period. The vast majority of the approximately 500 assaults occurred at the many residences in which the complainant was raised. He testified, among other things, that the appellant forced him to be his wife, committed acts of buggery, fellatio and masturbation, threatened him with a knife and a screwdriver, inserted a broom handle and a screwdriver into his rectum, burned him with a cigarette and forced him to have sex with a young woman when he was 10 years old. During one part of his testimony, the complainant claimed the sexual encounter with the young woman was the last indecent act or act of gross indecency committed by the appellant against him. He later added that when he was 11 or 12 the appellant forced him to have sex with a male cousin in the Oromocto area. The complainant stated that after he left home at about the age of 14, he lived on the streets and ate out of dumpsters, due to alcohol and drug addiction. On direct examination and in cross-examination, he stated that he had been alcohol and drug free for 14 years. At the conclusion of the complainant's direct examination, Crown counsel asked if there was anything he would like to add. He replied, "I have not touched a drink or a drug in fourteen years. Thank you" (Transcript, June 11, page 62, lines 13 - 15). During cross examination in June, 2012, the complainant said:

"It's been fourteen years since I've touched marijuana, alcohol or any other kind of drug except for what is prescribed from my doctor". [Transcript, June 11, page 93, lines 14 - 16]

[12] When asked at that same hearing whether he was doing any other "drugs" besides mescaline, the complainant responded "marijuana". Following the finding of guilt but before conviction was entered and sentence imposed, the trial judge permitted the defence to re-open the case. At the continuation of the trial on October 31, 2012, the

complainant admitted he had been smoking marijuana since he was 10 years of age and in 2012 was smoking “ten or fifteen” marijuana cigarettes per day. He also stated that he is bipolar and is taking “marijuana instead of the medication”. He admitted that he never stopped using marijuana. In August 2012, the police seized 51 marijuana plants at the complainant’s residence. When asked to explain how he could testify in June 2012 that he had been “clean” for 14 years and yet regularly consume marijuana since the age of 10, the complainant replied that he does not consider marijuana to be a drug. He said, “Listen, I’m gonna explain it to you again. Marihuana for me is not a drug.” Clearly, in June 2012, the complainant considered marijuana to be a drug. That view appears to have changed by October of the same year. The issue of whether the case should have been re-opened is not raised on appeal.

[13] The appellant categorically denied all allegations made by the complainant. As to the issue of opportunity to commit the crimes, the appellant stated that for virtually all of the relevant time, he was not living in the same residence as the complainant. Because of the dysfunctional family situation, he lived with aunts and uncles and his grandmother. He admits to having beaten the complainant on one occasion in the 1990s when the complainant came to his house while intoxicated. The appellant says that during that visit, the complainant insulted his wife, threatened his children and told him (the appellant) that he thought he had molested him as a child. The actual words attributed to the complainant by the appellant were “I think you molested me [when I was a child]” (Transcript, June 11, page 280, lines 17 - 18). The appellant provided a detailed summary of the places he lived, including a reform school in Ontario, and the jobs he held that would have prevented him from being at the family residences as contended by the complainant. With respect to the incident involving the forced sex with a young woman when the complainant was 10, the appellant says she was not his girlfriend; rather, she was S.S.’s girlfriend. He testified he was never present when any such incident occurred. The appellant testified to visiting with the complainant and his spouse on social occasions (dinner and karaoke) in and around 2005 and 2006 and to providing the complainant with some work cutting wood and a place to live on one of his return trips from western Canada.

[14] S.S. testified that he, not the appellant, was involved with the young woman in the shed. He testified that she, like all members of his family, was extremely poor and she asked him to “sell” her. He was effectively a young pimp to a young woman who was trying to survive. He acknowledges the appellant was present on occasion when he (S.S.) “sold” her but says he never saw the appellant “touch” her. He recalled no incident where the appellant forced the complainant to have sex with the young woman. For that matter, he could not remember the complainant ever having had sex with her. He felt the complainant would have been “too young”. When asked whether the complainant was in the shed when sexual activity was going on S.S. said “no”. In follow-up questions he acknowledged the complainant could have been there (in the shed) when sexual activity occurred but concluded by saying “when I was there, he was never there”. S.S. testified to being regularly beaten by his father. His exact words were that he “[...] got the living crap beat out of [him] pretty much every day”. He tried to ensure his father’s alcoholic rages were directed toward him rather than others in the family. He recalls his mother sleeping under his bed out of fear of his father. He testified about how he would steal food for the family. He testified about an occasion when the appellant was “sent away” because he (the appellant) caught his mother having sex with an uncle. S.S. testified that the children were very close growing up because they had to take care of each other. He described a good relationship between him and the complainant. S.S. testified that he smoked marijuana with the complainant.

[15] The appellant’s common law spouse, V.P., testified about two occasions when she and the appellant were invited to a prime rib dinner and karaoke at the complainant’s residence in approximately 2005 to 2006. She testified that on those visits the complainant smoked marijuana.

[16] I readily acknowledge that an appellate court’s summary of witnesses’ testimony does not constitute a summary of the findings of fact made by the trial judge. I intend to deal with relevant findings by the trial judge in the course of my analysis of the grounds of appeal.

IV. Grounds of Appeal

[17] The appellant contends the trial judge erred by rendering an unreasonable verdict (which raises a question of law) and in his assessment of credibility (which raises a question of fact).

V. Analysis

[18] Verdicts may be unreasonable pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 for a variety of reasons, including: (1) the verdict could not properly be reached, on the evidence, by a properly instructed jury or judge sitting alone, *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL), *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; (2) misapprehension of the evidence, *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732; *R. v. C.L.Y.* 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5; (3) fundamental flaws in the reasoning process (irrational or illogical reasoning), *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, *R. v. Sinclair*, 2011 SCC 40, [2011] 3 S.C.R. 3 at para. 17; and (4) failure to provide reasons which would permit meaningful appellate review, *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

[19] I am of the view the trial judge misapprehended the evidence and committed fundamental flaws in the reasoning process such that the principles set out in both *R. v. Lohrer* and *R. v. Beaudry* are engaged.

A. *Misapprehension of the Evidence*

(1) Misapprehension of the evidence regarding the timing of an assault by the appellant upon the complainant

[20] The trial judge concluded the appellant had beaten the complainant after he found out the complainant had provided a statement to the police in 2009. The uncontradicted evidence of the appellant was that the complainant attended at his house in the mid-1990s, insulted him, his wife and his children and told him (the appellant) that he thought he had abused him (the complainant) as a child. The appellant admitted to having beaten the complainant, kicked him out of his house and that the complainant then drove away and became involved in an accident, for which he was subsequently charged with impaired driving. The complainant also testified to the beating and the accident, adding that after that event he “quit drinking”. Based upon the complainant’s testimony at trial that he had been sober for 14 years, he placed the beating by his brother in the mid-to late-1990s. Clearly, the incident occurred at least 10 years prior to the date he provided a statement to the police. The trial judge misapprehended the evidence of both the complainant and the appellant as it relates to the timing of the beating. The trial judge’s misapprehension that the beating occurred after the complainant’s report to police in 2009 played a significant role in his assessment of the appellant’s credibility.

(2) Misapprehension of S.S.’s testimony regarding the group sex incident in the shed

[21] With respect to the group sex incident in the shed, S.S. testified on direct examination that the complainant was not present and was too young to participate in the group sex. On cross-examination, S.S. acknowledged that the complainant “could” have been there. The trial judge considered S.S.’s testimony corroborative of the complainant’s. He said that S.S. testified that the complainant was “probably there”. In reaching that conclusion the trial judge clearly misapprehended S.S.’s testimony. The difference between concluding that a witness testified to the fact someone was “probably” present as opposed to “could have” been present is significant. S.S. never testified the complainant was “probably there”, and, in fact, testified that “when I was there, he was never there”.

(3) S.S.'s evidence regarding the genesis of the complainant's nickname either misapprehended or ignored

[22] In describing the group sex incident in the shed behind their home at Ryan Road, the complainant testified that the young woman said the sex act "tickled" her and thereafter he was tagged with the nickname "short dink". S.S. testified the complainant acquired the nickname of "short dink" when he (the complainant) was a very young child. S.S. testified the complainant's pants would not stay on and, as a result, an uncle apparently referred to him as "short dink". The trial judge regarded S.S.'s evidence of the nickname as somewhat corroborative of the complainant's version of events. However, he did not conduct any analysis or make any observation about S.S.'s testimony in that regard. In addition to the misapprehension of the evidence as it relates to whether the complainant was "probably present" in the shed, the trial judge appears to have misapprehended or ignored S.S.'s recollection of the genesis of the complainant's nickname. Prior to accepting the complainant's version, the trial judge had a responsibility to consider S.S.'s testimony of an alternative genesis for the nickname. Had he considered that testimony and rejected it, it was clearly open to him to accept the complainant's version. However, the appellant is entitled to know how the trial judge resolved the credibility contest between S.S. and the complainant. The trial judge either misapprehended S.S.'s evidence or chose to ignore it in his assessment of the complainant's credibility.

(4) Misapprehension of the complainant's evidence regarding the date at which the abuse terminated

[23] The trial judge concluded the appellant's sexual abuse of the complainant continued until the complainant was "fourteen or fifteen" years of age. This would put the appellant at 21 or 22 years of age. This conclusion by the trial judge is contrary to the complainant's own testimony wherein he provided two different dates for when the abuse ended. He initially said the last incident was that involving group sex on Ryan Road when he was 10. He later said that when he was 11 or 12 he was forced by the appellant

to have sex with a cousin in Oromocto. Given the timeframe encompassed by the charges against the appellant one might suggest that this misapprehension is a minor detail that does not affect the reasonableness of the verdict. I would respectfully disagree. The trial judge's conclusion that the abuse continued two to four years beyond the date suggested by the victim demonstrates a failure to carefully deliberate the facts of the case. This misapprehension also goes to the issue of the assessment of credibility. The trial judge was faced with two different statements from the complainant about when the abuse ended. Since the trial judge did not consider either version in determining when the abuse stopped, it is apparent he failed to consider their potential conflict in assessing the complainant's credibility.

(5) Misapprehension of the complainant's evidence regarding date of report to grandmother

[24]

The complainant, in his statement to police, informed them that the first person he told about the abuse was his sister, S., when he was approximately 30 years old. He testified that the first person he told was his grandmother, when he was 8 or 9 years old. He further testified that his grandmother died during the time she was trying to get Social Services involved. The appellant and the complainant both testified that their grandmother died when the complainant would have been approximately 15 years old. If the grandmother died while trying to access Social Services as deposed to by the complainant, he could not have been 8 or 9 when he complained to her. The trial judge did not address this inconsistency in the complainant's testimony. I am of the view the trial judge's analysis of the credibility issue, discussed later in these reasons, demonstrates a misapprehension of the evidence or a failure to fully consider the complainant's testimony (including its internal inconsistencies) in conjunction with that of other witnesses.

(6) Misapprehension of the purpose of the evidence related to the complainant's drug use

[25] The appellant, S.S., and V.P. all testified to the complainant's use of marijuana during the 14 years prior to trial. As earlier indicated, the complainant was adamant he was clean and that he had not used any drugs, except prescribed medications, in the 14 years prior to trial. His assertions in this regard, as captured in the transcript, are set out below:

Q. Okay. So how long have you been free of drugs?

A. Fourteen years.

Q. So from the moment that you count as – you know – giving up alcohol and drugs?

A. I have not touched cocaine in over twenty years –

Q. Okay

A. – or whatever – fifteen, twenty – yeah, it'd been twenty years now since I've touched cocaine or anything like that. It's been fourteen years since I've touched marijuana, alcohol or any other kind of drug except for what is prescribed from my doctor. [Transcript, June 11, page 93, lines 6 - 16]

[26] With respect to whether the complainant considered marijuana to be a drug, the following exchange is revealing:

Q. Well, I'm just wondering what kind of drugs you were doing.

A. Mescaline.

Q. Okay, so you were – you were – you were doing mescaline at that point. Were you doing other kinds of drugs?

A. Marijuana [Transcript, June 11, page 74, lines 6 – 12]

[27] After the publicity surrounding the execution of a search warrant at the complainant's residence in August 2012, the case was reopened. The complainant then testified as follows:

Q. Okay. I understand that in late August this year the police executed a search warrant at that location?

A. Correct.

Q. And they did so not in relation to the residence but in relation to buildings that are on the back part of the property?

A. Correct.

Q. Okay. And when they did that they located a grow-op in the buildings at the back of the property?

A. It wasn't a grow-op, it was some plants, yes.

Q. Okay. I understand there was approximately fifty plants?

A. There was fifty-one. [Transcript, October 31, page 5, lines 6 - 17]

[...]

Q. Now did you – you saw there was a reference to the amount of marijuana joints that could be –

A. 25,500.

Q. Yes.

A. Yeah.

Q. Does that sound about right to you?

A. That's what they said, yes. [Transcript, October 31, page 12, lines 16 – 22]

[...]

Q. Alright.

A. It was pure natural stuff to smoke for myself.

Q. Let's –

A. 25,500 joints. You figure about ten to fifteen a day. Okay? At night.

Q. Is that what you usually smoke?

A. Yeah. Roughly.

Q. Okay. [Transcript, October 31, page 13, lines 7 – 13]

[...]

A. 'Cause I'm bipolar, see, so I have a puff so I don't get all crazy in my head and want to go after people like that.

[Transcript, October 31, page 13, lines 22-23; page 14, line 1]

[...]

Q. Okay. And this, as a result of this now you're saying you smoke marijuana in order to counteract the effects of that medication?

A. I don't take the medication. I smoke marihuana instead of the medication. I cannot function when I take that medication.

Q. Okay.

A. When I take that medication, I don't want to do anything but put my head under a pillow and a blanket and that's all I want to do.

Q. Okay, so instead you smoke marihuana?

A. That's right.

Q. Okay. And you indicated that you smoke ten to fifteen joints a day.

A. Roughly. [Transcript, October 31, page 14, lines 19-23; page 15, lines 1 - 12]

[...]

Q. Now, do you recall when you were here on June 11th of this year testifying?

A. Yes.

Q. You remember being here?

A. Yes.

Q. Do you remember what you said about drugs and alcohol?

A. Yes.

Q. What did you say?

A. I don't touch drugs and alcohol?

Q. Okay.

A. Marihuana's not a drug for me. It's –

Q. Okay, but you included marihuana in the drugs and alcohol that you haven't touched.

A. Did I?

Q. Yeah.

A. Show me. [Transcript, October 31, page 16, lines 7 – 22]

[...]

Q. Okay, so you've been prescribed things for your bipolar disorder –

A. Correct.

Q. – and for your depression but you don't take those anymore.

A. Correct.

Q. Okay. And that's by your own choice.

A. That's right. [Transcript, October 31, page 17, lines 19 - 23; page 18, lines 1 - 3]

[...]

Q. Okay so, and you heard yourself say, "I would like to add something, I have not touched a drink or a drug in 14 years"?

A. That's right.

Q. You said that?

A. That's right.

Q. And that's not true.

A. That is true.

Q. But –

A. A drug – Listen, I'm gonna explain it to you again. Marihuana for me is not a drug. It's the medication. A drug for me is when I intravenously inject myself with cocaine or heroin like I was an addict. That is drugs for me.

[...]

Q. Previously in your last testimony you indicated that you had not touched marihuana in 14 years and that's not true according to the testimony you're giving today.

A. Where does it say marihuana?

Q. Well we'll listen to that too. [Transcript, October 31, page 25, lines 14 - 23; page 26, lines 1 - 4, 10-15]

[28]

With respect to this issue of the use of marihuana, the defence led the evidence to advance its contention that the complainant was untruthful and was simply making up the story as the trial unfolded. Parenthetically, I would note, that the complainant testified that the marijuana was for his own use. Interestingly, based upon the amount seized and his testimony about the quantity he normally consumes, the police seized an approximate five year supply. The marihuana issue was, according to the

appellant, one more piece in a long list of untruths told by the complainant, including the untruths about the appellant's conduct toward him. The judge's misapprehension about the purpose of the evidence of the complainant's marijuana use is demonstrated in the following exchange:

MS. MENARD: [...] Now I'm not trying to pass judgment on – on somebody smoking a joint or – or – or trying to take a drug that might calm them or ...

THE COURT: Sure you are.

MS MENARD: I'm not, because I know people smoke joints all the time.

THE COURT: Sure you are.

MS. MENARD: But the reason it's important, okay, any – and- as Mr. [S.S.] indicated, hey it's something we do. [...] it's important to consider that from a credibility perspective [...] [Transcript, June 22, page 162, lines 1 - 20]

[29] The trial judge misapprehended an attack on credibility as an attack on character. The nuance is slight but it is evident in this case. The trial judge concluded that the marijuana issues were raised to show the complainant was not a person of good moral fibre and hence, a liar. That was not the position advanced by the defence. The defence never suggested that a person who smokes marijuana is a person of bad character and, hence, a liar. The whole purpose of the marijuana debate was to show that the complainant had lied and could not be believed with respect to the allegations made about the appellant. The trial judge misapprehended that evidence and the argument in June, 2012, and appears not to have corrected his misapprehension in October when the issue re-surfaced.

(7) Misapprehension of the evidence regarding social interaction between the complainant and the appellant

[30] Another misapprehension of the evidence that flows from the evidence admitted on the re-opening of the trial is that regarding the relationship between the appellant and the complainant in and around 2004 and 2005. In June, the appellant's spouse, V.P., testified to having visited the complainant and his spouse at their home on two occasions within that time frame, once for prime rib dinner and another for an evening of karaoke. She testified that on both occasions the complainant smoked marijuana. She further claimed that "all was friendly, with lots of joking and laughter". The trial judge set this up as a credibility issue between the appellant's spouse and the complainant when he observed:

This, of course, is in stark contrast with the testimony of the complainant, who described a very acrimonious relationship with his brother with virtually no contact for many years". [Transcript, August 10, page 10, lines 3 – 6]

[31] The trial judge accepted the complainant's version that there had been no recent social interaction when he said:

The accused also testified that everyone got along fairly well and called witnesses to suggest that up until his brother went to the police, the relationship was normal. This is not in accord with the global evidence either. There is virtually no contact between family members and it has been that way for a considerable period of time. [Transcript, August 10, page 22, lines 6 – 13]

[32] The complainant's recollection of social events with the appellant and his spouse, V.P., changed considerably on October 31, 2012. He no longer denied the existence of the social events, he simply could not recall whether he used marihuana during those events.

[33] Based upon the complete transcript of the trial, including the continuation on October 31, 2012, the trial judge clearly misapprehended the evidence when he concluded there had been "virtually no contact between family members". After the evidence at the re-opening of the trial, the complainant's testimony regarding "food and

karaoke” no longer stood in “stark contrast” to that of V.P. and the appellant. The trial judge failed to revisit his findings on that issue in light of the new evidence.

(8) Misapprehension of the treatment of the appellant’s evidence as a “child witness”

[34] I would make one final observation with respect to misapprehension of the evidence. At the time the alleged offences would have commenced, and for a large part of their duration, both the appellant and the complainant were children. The trial judge, in referring to the assessment of the evidence, quite properly noted that the complainant was a “relatively young boy” at the time of the allegations. He then observed that the assessment of his evidence must take into consideration his “age and maturity” at the relevant time. He quoted the court in *R. v. W.(R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, [1992] 2 S.C.R., where McLachlin, J., as she then was, stated:

[...] In general, where an adult is testifying as to events which occurred when she was a child, her credibility should be assessed according to criteria applicable to her as an adult witness. Yet with regard to her evidence pertaining to events which occurred in childhood, the presence of inconsistencies, particularly as to peripheral matters such as time and location, should be considered in the context of the age of the witness at the time of the events to which she is testifying. [para. 26]

[35] Much of the testimony of both the appellant and the complainant related to events which occurred during childhood. With respect to those childhood events, the trial judge considered the complainant’s testimony within the context of his age at the time. This is particularly evident in the trial judge’s observations regarding what he described as “orgies” in the shed. I would note in passing that no person ever used the word “orgy” during the trial. The trial judge appears not to have considered the appellant’s testimony within the context of his age at the time of the events about which he was testifying, including the group sex allegation. This, in my view, is an error and results in a misapprehension of large parts of the appellant’s testimony. A fair trial can only result

when the trier of fact adopts a similar approach to the testimony of all witnesses who testify to events which occurred during their childhood. The jurisprudence in this regard is not designed to assist only complainants; see, *R. v. W.(R)*, where McLachlin J. stated:

[...] Every person giving testimony in court, of whatever age, is an individual, whose credibility and evidence must be assessed by reference to criteria appropriate to her mental development, understanding and ability to communicate. [para. 26] [Emphasis added.]

[36] On the strength of these misapprehensions of the evidence, I would allow the appeal and order a new trial. However, the appellant has also raised concerns about the trial judge's reasoning process, which I wish to address.

C. *Fundamental Flaws in the Reasoning Process*

(1) Sexual deviance among family members

[37] In the process of convicting the appellant the trial judge considered evidence that, in my view, demonstrates a flaw in his reasoning process. He said:

[...] [I]t is clear from all the other evidence, much of which has been substantiated by convictions resulting in jail terms, that sexual deviance was clearly an issue in this family. [Transcript, August 10, page 20, lines 8 - 12]

[38] The "evidence" upon which the trial judge relies to make such a statement is summarized by him at pages 19 and 20 of his August 10 decision and includes the following:

1. The complainant's testimony that he was molested by his Aunt L. and Uncle G.

I would note that "Aunt L. and Uncle G." were never charged with any crime, were never convicted and their alleged conduct was not raised by the complainant with police authorities. There was no connection between that evidence and the allegations made against the

appellant. This is evidence that arose from his “telling” of the story as the trial unfolded. I fail to appreciate its relevance to the guilt or innocence of the appellant.

2. Uncle G. was seen by the accused having sex with the accused’s mother [...].

There is no evidence the complainant had knowledge about this fact during his childhood, yet it appears to be used by the trial judge to “bootstrap” the complainant’s testimony.

3. There were allegations by the complainant that his uncle made him have sex with [B.S.] who was his half-cousin.

I fail to appreciate how a cousin’s encounter with the complainant is relevant to whether the appellant is guilty of the crimes alleged.

4. The accused’s father and brother, S.S., were convicted of sex crimes many years after the alleged incidents involving the appellant.

Once again, this information was unknown to the complainant during his childhood and was, in my view, inappropriately used to “bootstrap” his testimony.

[39]

I am of the view the trial judge’s use of the above evidence to support his conclusion that the appellant’s family was infected with “sexual deviance” and furthermore, to convict the appellant, demonstrates a flawed and illogical reasoning process in a criminal trial. The issue was never whether there was sexual deviance in the family. The issue was exclusively whether the Crown had proven the appellant, a person presumed innocent, guilty beyond a reasonable doubt.

- (2) Trial judge’s conclusion that the new evidence of the complainant’s marijuana “grow-op” would have no impact on his credibility assessment before hearing the evidence

[40] As already indicated, the complainant testified in June 2012, that he had not used marijuana for 14 years. In August 2012, he was arrested for operating a marijuana grow-op. Defence counsel sought to re-open the case in order to cross-examine him with respect to his trial testimony in light of the grow-op evidence. While the trial judge eventually permitted the complainant's cross-examination on that issue (from which the Crown did not cross-appeal) the following exchange between defence counsel and the trial judge is relevant to the issue of the trial judge's reasoning process:

THE COURT: Well, the only thing that I see is that – is that the basis for reopening this trial is the fact that the complainant got busted for a marijuana grow-op. Is that what the basis of this motion is all about?

MS. MÉNARD : It's essentially an issue with respect to credibility [...]

[...]

THE COURT: [...] So the fact that he – the fact that he was growing fifty-one marijuana plants, I can quite frankly tell you is not going to affect my assessment of the overall credibility and the reasons that I gave.

MS. MÉNARD: Well, I guess if the Court is going to indicate that prior to hearing the motion, then there is probably –

[Transcript, October 9, page 5, lines 3 - 9; page 7, lines 22-23; page 8, lines 1 – 6]

[41] The trial judge's conclusion, before having heard the evidence and the submissions of the parties, demonstrates legal error and an illogical reasoning process, one infused with bias.

(3) Circular reasoning, reversal of onus of proof

[42] The defining feature of our criminal law is that an individual is presumed innocent unless the Crown proves him or her guilty beyond a reasonable doubt. The onus

is on the Crown throughout the trial and never shifts. The accused, presumed innocent until proven otherwise, need not raise any doubt about anything. The Crown must prove every element of the offence beyond a reasonable doubt.

[43] The trial judge's analysis contains an observation which, in my view, runs afoul of the concept of proof beyond a reasonable doubt and reflects the lens through which he weighed much of the evidence. It demonstrates both circular reasoning and a reversal of the onus. At pages 22 and 23 of the August 10 decision, the trial judge observes that the complainant ran away from home as a young adolescent and lived on the streets as an intravenous drug user foraging in dumpsters in order to eat. He then concludes the complainant "has been clearly scarred by something" and observes that "the complainant says it was because of the abuse that he suffered, which seems to be supported by the evidence." The trial judge's conclusion the complainant was scarred by "something", immediately followed by the complainant's hypothesis of the cause, demonstrates circular reasoning. Rather than focus on the "scars" to the complainant and the complainant's theory of the cause, the trial judge's focus should have been on whether the Crown had proven the presumptively innocent person, the appellant, guilty beyond a reasonable doubt. By making the observation regarding the "scars" and by repeating the complainant's hypothesis as to the cause, the trial judge essentially required the appellant to disprove the hypothesis, thereby reversing the onus (see, *R. v. V.Y.*, 2010 ONCA 544, [2010] O.J. No. 3336 (QL)).

[44] The trial judge's reversal of the onus is also evident in his concluding remarks:

Because of the corroboration of much of the complainant's testimony as set out above, and because of the physical scars which corroborate some of the physical harm suffered by him, his testimony is more believable in the context of the global evidence as I have set it out and in the atmosphere of considerable sexual abuse by family members. Conversely, the testimony of the accused falls short in that regard. Accordingly, I accept the testimony of

the complainant that he was abused as he described by his brother in the manner described.
[Transcript, August 10, page 24, lines 10 – 20]

[45] One does not conduct a criminal trial from the vantage that the victim is truthful and that his or her story must be countered by the party presumed to be innocent. To do so places a burden on the innocent party that is foreign to our criminal justice system. The danger signaled in *R. v. W.(D)* is, in my view, exactly what occurred in this case. A criminal trial set up as a credibility contest runs the serious risk of reversing the onus of proof (see *R. v. Wilson*, 2013 NBCA 38, [2013] N.B.J. No. 304 (QL), at para 29; *R. v. Rhodes*, 2011 MBCA 98, [2011] M.J. No. 396 (QL), at para 5; *R. v. Doiron*, 2013 NBCA 31, 405 N.B.R. (2d) 22, at para 29; *R. v. J.H.S.*, 2008 SCC 30, [2008] 2 S.C.R. 152 at para. 9; and *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] 1 S.C.J. No. 126 (QL)). The trial judge failed to conduct any deliberative comparison of the complainant’s testimony with that of V.P., S.S. or the appellant. A probing analysis of all of the testimony would have reduced the risk of the misapprehensions referred to above and, would have reduced the risk of the trial judge reaching the conclusion that the appellant’s story had to be “more believable” than that of the complainant.

VI. Conclusion

[46] For all of these reasons I would allow the appeal and order a new trial before a different judge of the Provincial Court if the Attorney General chooses to proceed.

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] L'appelant est né le 23 août 1961. Le plaignant, un des frères de l'appelant, est né le 21 septembre 1968. Le 10 août 2012, un juge de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable d'attentat à la pudeur contre le plaignant, autre personne de sexe masculin (art. 156 du *Code criminel*, L.R.C. 1970, ch. C-46) et de grossière indécence (art. 157 du *Code*) contre le plaignant, infractions commises entre le 24 août 1973 et le 31 décembre 1978. La poursuite a été intentée par voie de dénonciation intitulée, en partie, [TRADUCTION] « Loi sur les jeunes délinquants ».

[2] Je ferais remarquer, en passant, que selon l'effet combiné des art. 158 et 160 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, la dénonciation aurait dû être déposée sous le régime de cette dernière *Loi*, et non sous le régime de la *Loi sur les jeunes délinquants*, L.R.C. 1970, ch. J-3. Quoiqu'il en soit, la Cour n'est pas saisie de cette question et elle est sans importance pour les fins du présent appel.

[3] Le 31 octobre 2012, par suite d'une motion présentée par la défense, le dossier a été rouvert en vue de la présentation d'une nouvelle preuve. Le même jour, le juge du procès a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé et prononcé sa sentence. Il va sans dire que l'appelant était tenu de répondre, environ 35 ou 40 ans après le fait, à des accusations de délits qu'il aurait commis lorsqu'il était un « enfant » au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants*, ou un « adolescent », au sens où l'entendait alors la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 110.

[4] Au procès, le ministère public a appelé deux témoins à la barre, l'enquêteuse de la GRC et le plaignant. L'appelant a témoigné. Il a aussi appelé trois

autres témoins : un oncle avec qui il habitait pendant une partie de la période où, selon le plaignant, les infractions auraient été commises; un frère, S.S., qui habitait avec le plaignant pendant toute la période déterminante; et V.P., la conjointe de l'appelant, qui a témoigné au sujet de sorties sociales auxquelles ont participé le plaignant et l'appelant et, de façon générale, au sujet de la relation entre les deux avant que le plaignant ne fasse ses déclarations à la police.

II. Observations concernant l'enquête policière

[5] Dans les affaires d'agression sexuelle, il arrive très souvent, et ce depuis toujours, que les forces policières et les services chargés des poursuites doivent composer avec une insuffisance de preuve potentielle. Souvent, les seules sources possibles de renseignements sont la personne plaignante et la personne accusée d'être l'auteur de l'infraction. Les affaires de cette nature font souvent l'objet de poursuites précaires fondées sur un « concours de crédibilité » entre la présumée victime et l'accusé. Tel n'aurait pas dû être le cas dans la présente affaire. Un minimum d'effort de la part des enquêteurs aurait grandement permis de régler la question de la crédibilité, particulièrement entre l'appelant et son frère, le plaignant. J'illustre ce point à l'aide des exemples précis qui suivent.

- a) Le plaignant a témoigné que le père et la mère étaient tous deux alcooliques et qu'ils déménageaient souvent. Le ministère public a eu beaucoup de difficulté à établir la chronologie des événements et les lieux domiciliaires où les infractions auraient été commises. Le plaignant a témoigné qu'à un moment donné, il a signalé les mauvais traitements à sa grand-mère, qui [TRADUCTION] « a tenté d'obtenir l'intervention des Services sociaux afin qu'ils soustraient les enfants à la garde de leurs parents ». La police n'a fait aucun effort pour s'enquérir auprès des ministères gouvernementaux pertinents au sujet de l'existence d'un dossier ou d'un avis

quelconque sur le signalement fait par la grand-mère aux « Services sociaux ». La confirmation d'un tel avis ou dossier aurait permis d'établir la chronologie des événements et aurait été utile pour évaluer la crédibilité.

- b) Dans un effort pour établir la période au cours de laquelle le plaignant aurait signalé les mauvais traitements à sa grand-mère, le substitut du Procureur général a demandé au plaignant où il habitait lorsqu'il a fait cette révélation à sa grand-mère. Il ne savait pas s'il habitait la rue Steadman ou la rue Willow à l'époque, mais il a affirmé qu'il se trouvait à l'hôpital pour subir une appendicectomie. La police n'a fait aucun effort pour communiquer avec les hôpitaux de la grande région de Moncton afin de confirmer si le plaignant avait ou non été un patient dans un de ces hôpitaux. Encore une fois, la confirmation de l'existence d'un tel dossier hospitalier aurait été utile pour établir la chronologie des événements et évaluer la crédibilité.
- c) Le plaignant a témoigné qu'à une occasion, lorsqu'il habitait sur le chemin McLaughlin, il était allé à la pêche avec l'appelant et que celui-ci l'aurait [TRADUCTION] « agressé sexuellement dans les bois ». Il a menacé de le dire à ses parents, et l'appelant lui aurait alors fait une coupure [TRADUCTION] « d'un bord à l'autre de la cheville ». Le plaignant a témoigné qu'il avait dû se présenter à l'hôpital pour faire soigner cette blessure à la cheville. Il a témoigné que ses parents l'avaient fait [TRADUCTION] « jurer devant Dieu de ne pas dire la vérité », et lui avaient dit [TRADUCTION] « d'aller à l'hôpital et de dire qu'il s'était coupé à la jambe sur une clôture de barbelé ». Il n'a pas précisé si ce mensonge

devait dissimuler l'agression sexuelle ou l'origine de la blessure. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'un autre exemple où un effort pour obtenir le dossier de l'hôpital aurait beaucoup aidé la cour à évaluer la crédibilité. Existe-t-il, dans un hôpital de Moncton, un dossier au sujet du plaignant qui se serait présenté à l'hôpital souffrant d'une blessure à la jambe causée par un barbelé? Le juge du procès ne le saurait jamais.

- d) Le plaignant a témoigné qu'en raison de la situation dysfonctionnelle dans le ménage, sa sœur S. l'a [TRADUCTION] « retiré de la maison de ses parents », après quoi ses parents [TRADUCTION] « sont montés sur leurs chevaux et sont venus me chercher ». Il semblerait que S. n'ait pas été interviewée par la police. Elle n'a certainement pas été appelée à témoigner afin de confirmer la déclaration du plaignant sur l'endroit où il vivait aux périodes déterminantes ni les circonstances de son retrait de la maison familiale.
- e) Le plaignant a témoigné qu'il était âgé de 10 ans lorsqu'il habitait sur le chemin Ryan. Il a dit : [TRADUCTION] « Je le sais pour un fait. » Il a témoigné au sujet de mauvais traitements qu'il aurait subis dans une remise de jardin située derrière la maison familiale. Le plaignant a dit que l'appelant fréquentait [TRADUCTION] « une fille du chemin Ryan ». Il a dit : [TRADUCTION] « Nous étions plusieurs dans la remise. J'avais 10 ans. Ils ont tous eu des rapports sexuels avec cette fille et ils m'ont obligé à en avoir aussi. » Le plaignant a nommé l'appelant et a donné, en plus, les noms et prénoms de quatre autres personnes (y compris ceux de la « fille ») qui, selon lui, étaient tous présents lorsque l'incident

se serait produit. Aucune de ces personnes, semble-t-il, n'a été interrogée par la police.

[6] En réponse à certaines questions posées en contre-interrogatoire, l'enquêtrice de la police a reconnu qu'elle n'avait obtenu [TRADUCTION] « aucun dossier médical au sujet [du plaignant] ». À la question de savoir si elle s'était renseignée auprès des « Services de protection de l'enfance ou du ministère du Développement social », elle a répondu : [TRADUCTION] « Non, je ne l'ai pas fait. » À la question de savoir pourquoi elle ne s'était pas informée, si ce n'est auprès du plaignant, au sujet des autres personnes qui habitaient dans les diverses résidences, elle a répondu : [TRADUCTION] « Je ne l'ai pas fait parce que je n'avais aucune raison de ne pas croire ma victime – le plaignant. [...] Eh bien, ma victime me disait que [l'appelant] s'y trouvait [...] il n'y avait aucune raison d'enquêter sur le lieu où – l'endroit où l'accusé aurait habité [...] ». Pendant son témoignage, l'enquêtrice de la police a reconnu que la famille du plaignant était une [TRADUCTION] « grande » famille. L'avocate de la défense a alors demandé à l'enquêtrice si elle avait tenté de communiquer avec l'un des membres de cette famille au cours de son enquête. Elle a répondu qu'elle avait entendu dire qu'ils (les membres de la famille) [TRADUCTION] « ne voulaient absolument pas parler à la police ».

[7] Soit dit en passant que je suis étonné de constater que la police s'abstiendrait de mener une enquête approfondie sur une affaire parce qu'elle aurait appris indirectement que quelqu'un ne voulait pas lui parler. On s'attendrait à ce que la police déploie des efforts raisonnables pour s'entretenir directement avec des témoins potentiels afin de déterminer si leur témoignage est susceptible d'exonérer le suspect ou d'appuyer la version des faits fournie par le plaignant. Il n'est que trop évident que la police et les services chargés des poursuites ont mis des « œillères » en procédant à leur enquête et n'ont pas déployé de véritable effort pour enquêter auprès de sources indépendantes qui auraient pu confirmer ou réfuter la version des faits fournie par le plaignant, ou contribuer à une évaluation objective de la crédibilité de celui-ci.

[8] J'ajouterais que le Nouveau-Brunswick est une province où les services chargés des poursuites examinent les dossiers et approuvent les accusations qui seront portées par la police. Le bureau du Procureur général aurait pu, à tout moment avant d'approuver les accusations, demander à la police d'enquêter davantage auprès des hôpitaux, des services sociaux ou auprès d'autres témoins potentiels.

[9] Sous l'éclairage de cette toile de fond, j'examinerai maintenant les faits.

III. Les faits

[10] En 2007, le nom du plaignant a été porté à l'attention de la GRC en tant que victime potentielle d'un acte criminel. L'enquêtrice assignée au dossier a communiqué avec lui en novembre 2007 ainsi qu'à plusieurs reprises au cours de l'année suivante. À chacune de ces occasions, le plaignant a refusé de faire une déclaration à la police. Il ne voulait pas qu'une enquête soit menée sur l'affaire. En octobre 2008, il a signé un document par lequel la GRC devait cesser son enquête, étant entendu qu'elle pourrait la reprendre à n'importe quel moment. Par la suite, le dossier a été rouvert et des accusations ont été portées contre l'appelant le 19 avril 2010. Le plaignant a décidé d'autoriser la police à reprendre son enquête parce qu'il avait, pour reprendre sa propre expression, battu sa femme [TRADUCTION] « jusqu'au sang ». Il semblerait qu'il ait fait un lien entre cette agression contre sa femme et les mauvais traitements qu'il avait subis, durant son enfance, aux mains de l'appelant. L'appelant a prétendu que les allégations du plaignant n'étaient qu'une histoire inventée, en partie pour atténuer les difficultés auxquelles il devait faire face par suite de l'agression commise contre sa conjointe.

[11] Le plaignant a témoigné qu'il avait été élevé dans une famille de six enfants. Ses deux parents étaient alcooliques. Il a affirmé que les enfants devaient se débrouiller seuls et qu'ils devaient voler de la nourriture. Ils déménageaient souvent. Au cours de son témoignage, il a dit que la famille ne vivait jamais au même endroit plus de deux mois. Il n'a jamais fréquenté la même école durant une pleine année scolaire. Il

a témoigné que l'aîné de ses frères, A., n'habitait pas avec la famille, et que pendant son enfance et son adolescence, les membres du ménage étaient l'appelant (le deuxième des enfants), un autre frère, S.S., qui était son aîné de trois ans, et deux sœurs, qui étaient toutes deux plus âgées que lui. Le plaignant a témoigné que durant les périodes pertinentes, il a subi les agressions répétitives de l'appelant. Bien qu'il ait témoigné au début que les agressions se produisaient quotidiennement, il a par la suite réduit leur fréquence en disant qu'elles s'étaient produites deux fois par semaine sur une période de cinq ans. La grande majorité des 500 agressions environ ont eu lieu dans les nombreuses résidences où le plaignant a grandi. Il a témoigné, entre autres, que l'appelant l'avait obligé à être « sa femme », qu'il l'avait soumis à des actes de sodomie, de fellation et de masturbation, qu'il l'avait menacé armé d'un couteau et d'un tournevis, qu'il avait inséré dans son rectum un manche à balai et un tournevis, qu'il l'avait brûlé avec une cigarette et qu'il l'avait forcé à avoir des rapports sexuels avec une jeune femme lorsqu'il était âgé de 10 ans. À un moment donné au cours de son témoignage, le plaignant a dit que l'incident des rapports sexuels avec la jeune femme était la dernière fois que l'appelant avait commis contre lui un attentat à la pudeur ou un acte de grossière indécence. Il a par la suite ajouté que lorsqu'il était âgé de 11 ou 12 ans, l'appelant l'avait forcé à avoir des rapports sexuels avec un cousin dans la région d'Oromocto. Le plaignant a témoigné qu'après avoir quitté la maison, vers l'âge de 14 ans, il a vécu dans la rue et mangé des restes dans les poubelles parce qu'il était alcoolique et toxicomane. En interrogatoire principal et en contre-interrogatoire, il a affirmé qu'il n'avait consommé aucune boisson alcoolisée ou drogue depuis 14 ans. À la fin de l'interrogatoire principal du plaignant, le substitut du Procureur général lui a demandé s'il avait autre chose à ajouter. Il a répondu : [TRADUCTION] « Je n'ai pris aucune boisson ou drogue depuis quatorze ans. Merci. » (transcription du 11 juin, page 62, lignes 13 à 15). Pendant son contre-interrogatoire en juin 2012, le plaignant a dit ceci :

[TRADUCTION]

Il y a quatorze ans que je n'ai touché aucune marijuana, aucun alcool et aucune drogue de quelque nature que ce soit sauf celles prescrites par mon médecin. [Transcription du 11 juin, page 93, lignes 14 à 16]

[12] Durant la même audience, lorsqu'on lui a demandé s'il consommait des « drogues » autres que la mescaline, le plaignant a répondu [TRADUCTION] « de la marijuana ». Après le prononcé du verdict de culpabilité, mais avant le dépôt de la condamnation et le prononcé de la sentence, le juge du procès a permis à la défense de rouvrir le débat. À la reprise du procès, le 31 octobre 2012, le plaignant a admis qu'il fumait de la marijuana depuis l'âge de 10 ans et qu'en 2012 il fumait entre [TRADUCTION] « dix et quinze » joints par jour. Il a aussi affirmé qu'il souffre du trouble bipolaire et qu'il consomme [TRADUCTION] « de la marijuana au lieu de médicaments ». Il a admis qu'il n'a jamais cessé de consommer de la marijuana. Au mois d'août 2012, la police a saisi 51 plants de marijuana au domicile du plaignant. Lorsqu'on lui a posé la question de savoir comment il avait pu, en juin 2012, témoigner que cela faisait 14 ans qu'il n'avait pas consommé alors qu'il consommait de la marijuana régulièrement, et ce, depuis l'âge de 10 ans, le plaignant a répondu que selon lui la marijuana n'était pas une drogue. Il a dit : [TRADUCTION] « Écoutez, je vais vous expliquer encore une fois que, pour moi, la marijuana n'est pas une drogue. » Pourtant, il est clair qu'en juin 2012 le plaignant considérait la marijuana comme une drogue. En octobre 2012 de la même année, il semblerait qu'il avait changé d'avis. La question de savoir si le juge aurait dû permettre la réouverture du débat n'est pas soulevée en appel.

[13] L'appelant a nié catégoriquement toutes les allégations faites par le plaignant. S'agissant de l'occasion de commettre ces crimes, l'appelant a affirmé que durant la presque totalité de la période déterminante, il n'habitait pas la même maison que le plaignant. Étant donné la situation dysfonctionnelle au sein de la famille, il vivait avec des oncles et des tantes et sa grand-mère. Il a admis avoir frappé le plaignant à une occasion, en 1990, lorsque le plaignant s'était présenté chez lui dans un état d'intoxication. L'appelant dit qu'à l'occasion de cette visite, le plaignant a insulté sa femme, menacé ses enfants et lui a dit (à l'appelant) qu'il pensait avoir été agressé sexuellement par lui lorsqu'il était enfant. Les mots mêmes que l'appelant attribue au plaignant sont : [TRADUCTION] « Je pense que tu m'as agressé sexuellement (lorsque j'étais petit) » (transcription du 11 juin, page 280, lignes 17 et 18). L'appelant a fourni

un relevé détaillé des endroits où il a vécu, notamment dans un centre d'éducation surveillée en Ontario, ainsi que des emplois qu'il a occupés et qui auraient fait en sorte qu'il soit impossible qu'il ait pu se trouver aux divers domiciles de la famille comme le prétend le plaignant. S'agissant de l'incident où le plaignant aurait été forcé, à 10 ans, d'avoir des rapports sexuels avec une jeune femme, l'appelant affirme qu'elle n'était pas sa petite amie, mais bien celle de son frère, S.S. Il a témoigné qu'il n'a jamais été présent lors d'un incident de la sorte. L'appelant a témoigné qu'il avait rendu visite au plaignant et à sa conjointe lors d'occasions sociales (dîner et karaoké), en 2005 et en 2006 ou vers ces années, et qu'il avait fourni au plaignant un peu de travail dans la coupe du bois et un endroit où habiter lors d'un de ses voyages en provenance de l'Ouest canadien.

[14] S.S. a témoigné que c'était lui et non l'appelant qui fréquentait la jeune femme qui se trouvait dans la remise de jardin. Il a témoigné qu'elle était extrêmement pauvre, comme tous les membres de sa propre famille, et qu'elle lui avait demandé de la [TRADUCTION] « prostituer ». Essentiellement, il était un jeune proxénète pour une jeune femme qui essayait de survivre. Il a reconnu que l'appelant était présent parfois lorsqu'il (S.S.) « prostituait » la jeune femme, mais il a affirmé qu'il n'avait jamais vu l'appelant la [TRADUCTION] « toucher ». Il ne se rappelait aucun incident où l'appelant aurait forcé le plaignant à avoir des rapports sexuels avec la jeune femme. En fait, il ne pouvait se rappeler d'une seule occasion où le plaignant aurait eu des rapports sexuels avec elle. Selon lui, le plaignant aurait été [TRADUCTION] « trop jeune ». Lorsqu'on lui a demandé si le plaignant était présent dans la remise au moment où il y aurait eu des activités sexuelles, S.S. a répondu [TRADUCTION] « non ». En réponse à des questions supplémentaires, il a admis que le plaignant aurait pu être présent (dans la remise) au moment où des activités sexuelles auraient pris place, mais il a ajouté en terminant : [TRADUCTION] « Lorsque j'y étais, il n'y était jamais ». S.S. a témoigné qu'il était battu régulièrement par son père. Selon ses paroles exactes : [TRADUCTION] « [...] j'avais droit à une raclée à chaque jour à peu près ». Il essayait de faire en sorte que son père alcoolique dirige sa colère contre lui et non contre d'autres membres de la famille. Il se rappelle que sa mère dormait sous son lit à lui par crainte de son père. Il a décrit dans son témoignage comment il volait de la nourriture pour la famille. Il a

témoigné au sujet d'un incident où l'appelant avait dû être [TRADUCTION] « envoyé ailleurs » parce qu'il (l'appelant) avait surpris sa mère en train d'avoir des rapports sexuels avec un oncle. S.S. a témoigné que les enfants étaient très près les uns des autres en grandissant parce qu'ils devaient se protéger entre eux. Il a qualifié de bonne sa relation avec le plaignant. S.S. a témoigné avoir fumé de la marijuana avec le plaignant.

[15] La conjointe de fait de l'appelant, V.P., a témoigné qu'à deux occasions environ, en 2005 et 2006 ou vers ces années, l'appelant et elle ont été invités au domicile du plaignant pour un dîner de côtes de boeuf et une soirée de karaoké. Elle a témoigné que durant ces visites le plaignant avait fumé de la marijuana.

[16] J'admets d'emblée que le résumé des déclarations de témoins par une cour d'appel ne saurait constituer un résumé des conclusions de fait tirées par le juge du procès. J'ai l'intention d'examiner les conclusions pertinentes tirées par le juge du procès durant mon analyse des moyens d'appel.

IV. Les moyens d'appel

[17] L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en rendant un verdict déraisonnable (ce qui soulève une question de droit) ainsi qu'en évaluant la crédibilité (ce qui soulève une question de fait).

V. Analyse

[18] Conformément au s.-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, une cour d'appel peut déclarer un verdict déraisonnable pour divers motifs, notamment : (1) parce que le verdict n'aurait pu être rendu, sur le fondement de la preuve, par un juge siégeant seul ou par un jury ayant obtenu des directives appropriées (*R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n° 51 (QL); *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381); (2) parce qu'il y a eu interprétation erronée de la preuve (*R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5);

(3) parce que le processus de raisonnement présente des vices fondamentaux (raisonnement irrationnel ou illogique) (*R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3, au par. 17); et (4) parce qu'une absence de motifs empêche le tribunal d'appel de procéder à une révision appropriée (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869).

[19] Je suis d'avis que le juge du procès a mal interprété la preuve et que le processus de raisonnement qu'il a suivi présentait des vices fondamentaux, par conséquent, les principes établis dans *R. c. Lohrer* et dans *R. c. Beaudry* s'appliquent.

A. *Interprétation erronée de la preuve*

(1) Interprétation erronée de la preuve sur la période où l'appelant se serait livré à des voies de fait contre le plaignant

[20] Le juge du procès a conclu que l'appelant avait asséné des coups au plaignant après avoir appris que ce dernier avait fourni une déclaration à la police en 2009. Selon le témoignage non contredit de l'appelant, le plaignant s'est présenté chez lui au milieu des années 1990, il l'a insulté, a insulté sa conjointe et ses enfants et lui a dit (à l'appelant) qu'il pensait avoir été agressé sexuellement par lui lorsqu'il (le plaignant) était petit. L'appelant admet avoir battu le plaignant et l'avoir flanqué dehors. Le plaignant est alors parti en voiture, après quoi il a été impliqué dans un accident par suite duquel une accusation de conduite d'un véhicule à moteur avec capacité de conduire affaiblie a été portée contre lui. Le plaignant a aussi témoigné au sujet de la volée de coups et de l'accident, ajoutant qu'après cet incident il avait [TRADUCTION] « cessé de boire ». Selon le témoignage du plaignant au procès, où il a dit qu'il avait été sobre depuis 14 ans, cet incident avec son frère se serait produit vers le milieu ou la fin des années 1990. Il est clair que l'incident aurait eu lieu au moins 10 ans avant la date à laquelle le plaignant a fait une déclaration à la police. Le juge du procès a mal interprété la preuve à la fois du plaignant et de l'appelant en ce qui concerne la période où cette volée de coups aurait été infligée. Le juge du procès a compris erronément que cet

incident était survenu après que le plaignant eut fait une déclaration à la police, en 2009, et cette erreur a eu une incidence importante sur son évaluation de la crédibilité de l'appelant.

(2) Interprétation erronée du témoignage de S.S. concernant les rapports sexuels de groupe dans la remise de jardin

[21] S'agissant des rapports sexuels de groupe dans la remise de jardin, S.S. a témoigné en interrogatoire principal que le plaignant n'était pas présent et qu'il était trop jeune pour participer à des rapports sexuels de groupe. En contre-interrogatoire, S.S. a admis que le plaignant [TRADUCTION] « aurait pu » y être. Le juge du procès a jugé que le témoignage de S.S. venait corroborer celui du plaignant. Il a dit que S.S. avait témoigné que le plaignant [TRADUCTION] « s'y trouvait probablement ». En tirant cette conclusion, le juge du procès a manifestement mal interprété le témoignage de S.S. Il y a tout un écart entre la conclusion selon laquelle un témoin a déclaré qu'une personne [TRADUCTION] « [se] trouvait probablement » à un endroit, et celle selon laquelle ce témoin a déclaré qu'elle [TRADUCTION] « aurait pu » s'y trouver. S.S. n'a jamais témoigné que le plaignant « s'y trouvait probablement », en effet, il a plutôt dit : [TRADUCTION] « Lorsque j'y étais, il n'y était jamais. »

(3) La preuve de S.S. concernant l'origine du surnom du plaignant : soit le juge l'a mal interprétée, soit il n'en a pas tenu compte

[22] En décrivant l'incident des rapports sexuels de groupe dans la remise, située derrière leur maison sur le chemin Ryan, le plaignant a témoigné que la jeune femme avait dit que cela l'avait [TRADUCTION] « chatouillée » et que par la suite, on l'avait surnommé « *short dink* [petit bout] ». S.S. a témoigné que le plaignant avait ce surnom depuis qu'il était très jeune enfant. Il a dit que le pantalon du plaignant tombait toujours et que pour cette raison un de ses oncles l'avait apparemment surnommé « *short dink* ». Le juge du procès a estimé que le témoignage de S.S. concernant le surnom venait en quelque sorte corroborer la version des événements fournie par le plaignant.

Cependant, il n'a fait aucune analyse ou commentaire au sujet du témoignage de S.S. à cet égard. Outre son interprétation erronée de la preuve sur la question de savoir si le plaignant « [se] trouvait probablement » dans la remise, le juge du procès semble avoir mal interprété le souvenir de S.S. quant à l'origine du sobriquet du plaignant ou ne pas en avoir tenu compte. Avant d'accepter la version du plaignant, le juge du procès se devait de tenir compte du témoignage de S.S. qui indiquait une autre origine pour le sobriquet. S'il avait tenu compte du témoignage, puis décidé de le rejeter, il aurait été libre alors d'accepter la version du plaignant. L'appelant a le droit, toutefois, de savoir sur quel fondement le juge a tranché la question de la crédibilité entre S.S. et le plaignant. Soit le juge du procès a mal interprété la preuve fournie par S.S., soit il a choisi de ne pas en tenir compte dans son évaluation de la crédibilité du plaignant.

(4) Interprétation erronée de la preuve du plaignant concernant la date à laquelle les agressions sexuelles ont cessé

[23] Le juge du procès a conclu que les agressions sexuelles subies par le plaignant aux mains de l'appelant ont eu lieu jusqu'à ce que le plaignant atteigne l'âge de [TRADUCTION] « quatorze ou quinze » ans. L'appelant aurait alors été âgé de 21 ou 22 ans. Cette conclusion du juge du procès va à l'encontre du témoignage même du plaignant, qui a donné deux dates auxquelles les agressions auraient pris fin. Au début, il a affirmé que le dernier incident était celui qui s'était produit au domicile du chemin Ryan, où il avait été obligé de prendre part à des rapports sexuels de groupe à l'âge de 10 ans. Plus tard dans son témoignage, il a dit qu'à l'âge de 11 ou 12 ans, l'appelant l'avait forcé d'avoir des rapports sexuels avec un cousin à Oromocto. Compte tenu de la période visée par les accusations portées contre l'appelant, on pourrait penser que cette erreur d'interprétation constitue un détail insignifiant qui ne nuit pas au caractère raisonnable du verdict. Avec égards, je ne suis pas de cet avis. La conclusion du juge du procès selon laquelle les agressions sexuelles ont continué de deux à quatre ans après la date avancée par la victime même témoigne d'un défaut de se pencher attentivement sur les faits de l'affaire. Cette erreur d'interprétation a une incidence aussi sur l'évaluation de la crédibilité. Le juge du procès était saisi de deux différentes déclarations du

plaignant quant à la période de la cessation des agressions sexuelles. Puisque le juge du procès n'a tenu compte de ni l'une ni l'autre des versions pour déterminer la période où les agressions ont cessé, il est évident qu'il a omis de se pencher sur la contradiction possible entre les deux dans son évaluation de la crédibilité du plaignant.

(5) Interprétation erronée de la preuve du plaignant concernant la date du signalement fait à la grand-mère

[24] Dans sa déclaration à la police, le plaignant a affirmé que la première personne à qui il avait révélé les agressions sexuelles était sa sœur, S., et qu'il avait alors environ 30 ans. Il a témoigné que la première personne à qui il en avait parlé était sa grand-mère, lorsqu'il était âgé de 8 ou 9 ans. Par ailleurs, il a témoigné que sa grand-mère est décédée pendant la période où elle essayait d'obtenir l'intervention des Services sociaux. L'appelant et le plaignant ont tous deux témoigné que leur grand-mère est décédée lorsque le plaignant aurait eu environ 15 ans. Si la grand-mère est décédée durant la période où elle essayait d'obtenir l'aide des Services sociaux, comme le plaignant l'a déclaré sous serment, celui-ci ne pouvait être âgé de 8 ou 9 ans lorsqu'il a informé sa grand-mère. Le juge du procès ne s'est pas penché sur cette contradiction dans le témoignage du plaignant. Je suis d'avis que l'analyse effectuée par le juge du procès sur la question de la crédibilité, analyse que j'examinerai plus loin dans les présents motifs, démontre qu'il a mal interprété la preuve ou qu'il a omis d'examiner attentivement le témoignage du plaignant (entre autres, les contradictions à l'intérieur même de ce témoignage) en le confrontant à celui d'autres témoins.

(6) Interprétation erronée du but de la preuve afférente à la consommation de drogues par le plaignant

[25] L'appelant, S.S., et V.P. ont témoigné au sujet de la consommation de marijuana par le plaignant dans les 14 ans qui ont précédé le procès. Comme il a déjà été indiqué, le plaignant a insisté sur le fait qu'il ne consommait pas actuellement et qu'il n'avait pas consommé de drogues, à l'exception de médicaments prescrits, dans les

14 ans qui ont précédé le procès. Voici les extraits des transcriptions qui contiennent ses assertions à ce sujet :

[TRADUCTION]

Q. Bien. Depuis combien de temps vous ne consommez plus de drogues?

R. Quatorze ans.

Q. Donc, à partir du moment que vous considérez – vous savez – avoir renoncé à l'alcool et à la drogue?

R. Je n'ai pas pris de cocaïne depuis plus de vingt ans –

Q. Bien.

R. – ou quelque chose comme cela – quinze, vingt – ouais, il y a maintenant vingt ans que je n'ai pas pris de cocaïne ou une drogue semblable. Il y a quatorze ans que je n'ai pas pris de marijuana, d'alcool, ou quelque drogue que ce soit, à l'exception de ce que prescrit mon médecin.
[Transcription du 11 juin, page 93, lignes 6 à 16]

[26] Sur la question de savoir si le plaignant considérait la marijuana comme une drogue, l'échange suivant est révélateur :

[TRADUCTION]

Q. Eh bien, je me demande simplement quel genre de drogue vous consommiez.

R. La mescaline.

Q. D'accord. Donc vous – vous preniez de la mescaline à l'époque. Preniez-vous d'autres drogues?

R. De la marijuana. [Transcription du 11 juin, page 74, lignes 6 à 12]

[27] Après la publicité engendrée par l'exécution d'un mandat de perquisition au domicile du plaignant, en août 2012, il y a eu réouverture de l'affaire. Voici à ce sujet le témoignage du plaignant :

[TRADUCTION]

Q. Bien. J'ai cru comprendre que vers la fin du mois d'août de l'année en cours la police a exécuté un mandat de perquisition à cet endroit. C'est bien cela?

R. C'est exact.

Q. Et elle n'a pas fouillé la résidence, mais bien les bâtiments situés à l'arrière de la propriété?

R. C'est exact.

Q. Bien. Et lors de cette perquisition, les policiers ont découvert une installation de culture de la marijuana dans les bâtiments à l'arrière de la propriété, n'est-ce pas?

R. Ce n'était pas une installation de culture, mais il y avait des plants, oui.

Q. Bien. Si j'ai bien compris, il y avait une cinquantaine de plants, c'est ça?

R. Il y en avait cinquante-et-un. [Transcription du 31 octobre, page 5, lignes 6 à 17]

[...]

Q. Maintenant, avez-vous – vous avez vu qu'il était mentionné la quantité de joints de marijuana qui pouvait –

R. 25 500.

Q. Oui.

R. Ouais.

Q. Cela vous paraît-il assez exact?

R. C'est ce qu'ils ont dit, oui. [Transcription du 31 octobre, page 12, lignes 16 à 22]

[...]

Q. D'accord.

R. C'était de la mari à l'état pur, naturel, pour ma propre consommation.

Q. Disons –

R. 25 500 joints. Si vous calculez environ dix à quinze par jour. Ok? Le soir.

Q. C'est cela votre consommation habituelle?

R. Ouais. À peu près.

Q. Bien. [Transcription du 31 octobre, page 13, lignes 7 à 13]

[...]

R. Je suis bipolaire, vous voyez, donc je fume un joint et ça m'empêche de perdre la tête et de vouloir m'attaquer aux gens comme cela.

[Transcription du 31 octobre, page 13, lignes 22 et 23; page 14, ligne 1]

[...]

Q. Bien. Et cela, en raison de cela maintenant vous dites que vous fumez de la marijuana afin de contrer les effets de ces médicaments?

R. Je ne prends pas les médicaments. Je fume de la marijuana au lieu de prendre des médicaments. Je suis incapable de fonctionner lorsque je prends des médicaments.

Q. Bien.

R. Lorsque je prends ces médicaments, je ne veux plus rien faire sauf rester couché, la tête sous l'oreiller et les couvertures, et rien d'autre.

Q. D'accord, donc au lieu de faire cela vous fumez de la marihuana?

R. C'est exact.

Q. Bien. Et vous avez indiqué que vous fumez dix à quinze joints par jour.

R. Environ. [Transcription du 31 octobre, page 14, lignes 19 à 23; page 15, lignes 1 à 12]

[...]

Q. Maintenant, vous souvenez-vous d'avoir comparu ici le 11 juin de cette année et d'avoir témoigné?

R. Oui.

Q. Vous vous souvenez d'avoir comparu ici?

R. Oui.

Q. Vous rappelez-vous ce que vous avez dit au sujet de la drogue et de l'alcool?

R. Oui.

Q. Qu'avez-vous dit?

R. Je prends ni drogue ni alcool?

Q. Bien.

R. La marijuana n'est pas une drogue pour moi. C'est –

Q. D'accord, mais vous avez inclus la marijuana en parlant des drogues et des boissons alcoolisées que vous n'avez plus consommées.

R. Ah oui?

Q. Ouais.

R. Montrez-moi. [Transcription du 31 octobre, page 16, lignes 7 à 22]

[...]

Q. Bien, on vous a donc prescrit des choses pour traiter votre trouble bipolaire –

R. C'est exact.

Q. – et pour traiter votre dépression, mais vous ne les prenez plus.

R. C'est exact.

Q. Bien. Et c'est vous-même qui avez choisi de ne plus les prendre.

R. C'est exact. [Transcription du 31 octobre, page 17, lignes 19 à 23; page 18, lignes 1 à 3]

[...]

Q. D'accord, et vous vous êtes entendu dire [TRADUCTION] « Je voudrais ajouter que je n'ai pris aucune boisson ou drogue depuis 14 ans »?

R. C'est exact.

Q. Vous avez dit cela?

R. C'est exact.

Q. Et ce n'est pas vrai.

R. Non, c'est vrai.

Q. Mais –

R. Une drogue – Écoutez, je vais vous expliquer encore une fois que, pour moi, la marijuana n'est pas une drogue. C'est le médicament. Une drogue c'est quand je m'injecte dans les veines de la cocaïne ou de l'héroïne comme si j'étais toxicomane. C'est ce que j'appelle des drogues.

[...]

Q. Auparavant, dans votre dernier témoignage, vous avez affirmé que vous n'aviez pas consommé de marijuana depuis 14 ans et, selon votre témoignage d'aujourd'hui, ce n'est pas vrai.

R. Où parle-t-on de marijuana?

Q. Eh bien nous écouterons cela aussi.

[Transcription du 31 octobre, page 25, lignes 14 à 23; page 26, lignes 1 à 4, 10 à 15]

[28] S'agissant de la consommation de marijuana, la défense a présenté une preuve à l'appui de sa prétention selon laquelle le plaignant ne disait pas la vérité et inventait tout simplement une histoire de toutes pièces au fur et à mesure que le procès se déroulait. J'ajouterais, entre parenthèses, que le plaignant a témoigné que la marijuana était destinée à son propre usage. Chose intéressante, compte tenu de la quantité saisie et de son témoignage sur la quantité qu'il consomme normalement, la police aurait saisi un approvisionnement d'environ cinq ans. Selon l'appelant, l'explication fournie par le plaignant au sujet de la marijuana viendrait s'ajouter à une longue liste de mensonges forgés par le plaignant, y compris ceux qu'il a inventés concernant la conduite de l'appelant à son égard. L'interprétation erronée du juge quant au but de la preuve ayant trait à la consommation de marijuana par le plaignant est évidente dans l'extrait suivant :

[TRADUCTION]

M^e MÉNARD : [...] Bon, je n'essaye pas de porter un jugement sur – sur une personne qui fume un joint ou – ou qui consomme une drogue dans un effort pour se calmer ou...

LA COUR : C'est exactement ce que vous faites.

M^e MÉNARD : Pas du tout, parce que je sais que c'est chose courante de fumer des joints.

LA COUR : C'est exactement ce que vous faites.

M^e MÉNARD : Mais la raison pour laquelle c'est important, vous voyez, n'importe – et – comme l'a dit M. [S.S.], eh bien, c'est ce que nous faisons. [...] il est important d'en tenir compte pour évaluer la crédibilité [...] [Transcription du 22 juin, page 162, lignes 1 à 20]

[29] Le juge du procès a interprété par erreur une remise en question de la crédibilité comme étant une remise en question de la moralité. La nuance est subtile, mais elle est évidente en l'espèce. Le juge du procès a conclu que les questions

soulevées au sujet de la marijuana visaient à démontrer que le plaignant n'était pas une personne de bonne moralité et, partant, qu'il était un menteur. Ce n'est pas ce point que la défense voulait faire valoir. La défense n'a jamais laissé entendre qu'une personne qui fume de la marijuana est une personne de mauvaise moralité, donc une personne qui ment. Tout l'objet du débat sur la marijuana était de montrer que le plaignant avait menti et que ses allégations au sujet de l'appelant n'étaient pas dignes de foi. Le juge du procès a mal interprété la preuve et l'argument soulevé en juin 2012, et il ne semble pas avoir corrigé son interprétation erronée en octobre, lorsque la question a été soulevée à nouveau.

(7) Interprétation erronée de la preuve concernant les relations sociales entre le plaignant et l'appelant

[30] D'après la preuve admise à la réouverture du procès, il y aurait eu interprétation erronée de la preuve portant sur la relation entre le plaignant et l'appelant vers les années 2004 et 2005. En juin, la conjointe de l'appelant, V.P., a témoigné avoir rendu visite, à deux reprises au cours de la période susmentionnée, au plaignant et à sa conjointe à leur domicile, une fois pour un dîner aux côtes de boeuf et une autre fois pour une soirée de karaoké. Elle a témoigné que les deux fois le plaignant avait fumé de la marijuana. Elle a aussi dit : [TRADUCTION] « Il y avait de l'amitié, beaucoup de farces et de rires. » Le juge du procès en a fait une question de crédibilité entre la conjointe de l'appelant et le plaignant lorsqu'il a fait la remarque suivante :

[TRADUCTION]

Bien sûr, ce témoignage est tout à fait à l'opposé de celui du plaignant, qui a décrit la relation avec son frère comme étant très acrimonieuse, et dit que les deux n'avaient à peu près eu aucun contact depuis de nombreuses années.
[Transcription du 10 août, page 10, lignes 3 à 6]

[31] Le juge du procès a accepté la version du plaignant selon laquelle il n'y avait pas eu de relations sociales récentes. Voici ce qu'a dit le juge :

[TRADUCTION]

L'accusé a aussi témoigné que tous s'entendaient assez bien et certains témoins à décharge ont laissé entendre que la relation était normale jusqu'à ce que le frère de l'accusé fasse sa déclaration à la police. Cela ne cadre pas avec l'ensemble de la preuve. Il y a très longtemps que les membres de la famille n'entretiennent à peu près aucun contact. [Transcription du 10 août, page 22, lignes 6 à 13]

[32] Le souvenir du plaignant au sujet des soirées sociales avec l'appelant et sa conjointe, V.P., était très différent le 31 octobre 2012. Il ne niait plus que ces soirées sociales avaient eu lieu; il ne pouvait simplement plus se rappeler s'il avait ou non consommé de la marijuana à ces occasions.

[33] Selon la transcription complète du procès, notamment celle de la reprise du procès le 31 octobre 2012, le juge du procès a manifestement fait une interprétation erronée de la preuve lorsqu'il a conclu que [TRADUCTION] « les membres de la famille n'entretiennent à peu près aucun contact ». Une fois la preuve présentée à la réouverture du procès, le témoignage du plaignant concernant [TRADUCTION] « la nourriture et le karaoké » n'était plus [TRADUCTION] « tout à fait à l'opposé » du témoignage de V.P. et de celui de l'appelant. Le juge du procès a omis de revoir ses conclusions sur la question à la lumière de la nouvelle preuve.

(8) Interprétation erronée du traitement de la preuve de l'appelant comme « témoignage d'un enfant »

[34] Je ferais une dernière observation au sujet de l'interprétation erronée de la preuve. À l'époque où les infractions reprochées auraient débuté, et pendant une bonne partie de la période où elles auraient été commises, tant l'appelant que le plaignant étaient des enfants. Au sujet de l'évaluation de la preuve, le juge du procès a fait remarquer, à bon droit, que le plaignant était un [TRADUCTION] « un assez jeune garçon » au moment où se seraient produites les infractions reprochées. Il a ensuite dit que l'évaluation de la preuve du plaignant devait tenir compte de [TRADUCTION] « l'âge et de la maturité » de celui-ci à l'époque pertinente. Il a cité l'arrêt de la Cour suprême du

Canada dans l'affaire *R. c. W.(R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, où la juge McLachlin (tel était alors son titre) a dit :

[...] En règle générale, lorsqu'un adulte témoigne relativement à des événements survenus dans son enfance, il faut évaluer sa crédibilité en fonction des critères applicables aux témoins adultes. Toutefois, pour ce qui est de la partie de son témoignage qui porte sur les événements survenus dans son enfance, s'il y a des incohérences, surtout en ce qui concerne des questions connexes comme le moment ou le lieu, on devrait prendre en considération l'âge du témoin au moment des événements en question. [Par. 26]

[35] Une bonne partie du témoignage du plaignant et de l'appelant avait trait à des événements survenus durant leur enfance. À cet égard, le juge du procès a évalué le témoignage du plaignant dans le contexte de l'âge qu'il avait à l'époque. Cela est particulièrement évident dans les observations qu'il a faites sur ce qu'il a décrit comme les [TRADUCTION] « orgies » qui se déroulaient dans la remise. Je ferais remarquer, incidemment, que personne n'a jamais utilisé le mot « orgie » pendant le procès. Le juge du procès ne semble pas avoir apprécié le témoignage de l'appelant dans le contexte de l'âge qu'il avait au moment des événements au sujet desquels il témoignait, y compris les allégations de rapports sexuels de groupe. À mon avis, il s'agissait là d'une erreur qui a donné lieu à une interprétation erronée de longues parties du témoignage de l'appelant. Pour qu'un procès soit équitable, l'arbitre des faits doit adopter la même attitude à l'égard du témoignage de chacun des témoins qui témoignent au sujet d'événements qui se sont produits pendant leur enfance. La jurisprudence à ce sujet ne vient pas uniquement au secours des plaignants. Voir l'arrêt *R. c. W.(R.)*, où la juge McLachlin a tenu les propos suivants :

[...] Quiconque témoigne devant un tribunal, quel que soit son âge, est une personne dont il faut évaluer la crédibilité et le témoignage selon les critères pertinents compte tenu de son développement mental, de sa compréhension et de sa facilité de communiquer. [Par. 26] [C'est moi qui souligne.]

[36] Compte tenu de ces interprétations erronées de la preuve, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès. Cela dit, l'appelant a aussi soulevé des préoccupations au sujet du processus de raisonnement du juge du procès, que je veux examiner.

C. *Vices fondamentaux dans le processus de raisonnement*

(1) Deviance sexuelle au sein de la famille

[37] En procédant à la condamnation de l'appelant, le juge du procès a tenu compte de certains éléments de preuve qui, à mon avis, témoignent d'un processus de raisonnement vicié. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

[...] [I]l est clair, d'après l'ensemble de la preuve, dont une bonne partie est étayée par des condamnations qui ont abouti à des peines carcérales, que cette famille était clairement marquée par la déviance sexuelle. [Transcription du 10 août, page 20, lignes 8 à 12]

[38] La « preuve » sur laquelle le juge du procès se fonde pour faire cette déclaration est résumée par lui aux pages 19 et 20 de sa décision du 10 août, dont voici des extraits :

[TRADUCTION]

1. Le témoignage du plaignant selon lequel il a été agressé sexuellement par sa tante L. et par son oncle G.

Je ferais remarquer que « Tante L. et Oncle G. » n'ont jamais été accusés de quelque crime que ce soit, n'ont jamais été condamnés et que le plaignant n'a jamais soulevé leur conduite alléguée auprès des autorités policières. Il n'y avait aucun lien entre la preuve à cet égard et les allégations faites contre l'appelant. Cette affaire a été mentionnée pendant que le plaignant « racontait » son histoire au fur et à mesure que se déroulait le procès. Je ne vois pas en quoi cet élément

est pertinent pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'appelant.

2. L'accusé a vu Oncle G. en train d'avoir des rapports sexuels avec sa mère [...].

Aucune preuve n'établit que le plaignant avait connaissance de cela durant son enfance, toutefois, le juge du procès semble avoir utilisé ce fait pour « renforcer » le témoignage du plaignant.

3. Le plaignant a prétendu que son oncle l'avait obligé à avoir des rapports sexuels avec [B.S.], son demi-cousin.

Je ne vois pas comment la relation entre le cousin et le plaignant est pertinente pour la question de savoir si l'appelant est coupable des actes criminels qui lui sont reprochés.

4. Le père de l'accusé et son frère, S.S., ont été condamnés pour des crimes de nature sexuelle bien des années après les actes reprochés à l'appelant.

Encore une fois, il s'agit d'information que le plaignant n'avait pas durant son enfance et qui, à mon sens, a été utilisée à mauvais escient pour « renforcer » le témoignage du plaignant.

[39] Je suis d'avis que l'utilisation par le juge du procès de la preuve susmentionnée pour justifier sa conclusion selon laquelle la famille de l'appelant était marquée par la « déviance sexuelle » et, par surcroît, pour condamner l'appelant démontre un processus de raisonnement vicié et illogique dans un procès au criminel. La question n'a jamais été celle de savoir s'il y avait déviance sexuelle au sein de la famille. La question était uniquement celle de savoir si le ministère public avait établi que l'appelant, une personne présumée innocente, était coupable hors de tout doute raisonnable.

(2) La nouvelle preuve concernant « l'installation de culture de la marijuana » du plaignant et la conclusion tirée par le juge du procès, avant d'entendre cette

nouvelle preuve, selon laquelle celle-ci n'aurait aucune incidence sur son appréciation de la crédibilité.

[40] Comme il a déjà été mentionné, le plaignant a témoigné en juin 2012 qu'il n'avait pas consommé de marijuana depuis 14 ans. En août 2012, il a été arrêté pour exploitation d'une installation de culture de la marijuana. Compte tenu de la preuve à ce sujet, l'avocate de la défense a tenté d'obtenir la réouverture de l'affaire afin de contre-interroger le plaignant sur le témoignage qu'il avait fourni au procès. Le juge du procès a fini par autoriser le contre-interrogatoire du plaignant sur cette question (sans que le ministère public ne dépose un appel reconventionnel), toutefois, l'échange suivant qui a eu lieu entre l'avocate de la défense et le juge du procès est pertinent pour la question du processus de raisonnement adopté par le juge du procès :

[TRADUCTION]

LA COUR : Eh bien, la seule chose que je vois, c'est que – c'est que la seule raison de rouvrir ce procès réside dans le fait que le plaignant a été arrêté pour exploitation d'une installation de culture de la marijuana. Est-ce bien là le fondement de la présente motion?

M^e MÉNARD : Il s'agit essentiellement d'une question de crédibilité [...]

[...]

LA COUR : [...] Alors le fait – le fait qu'il cultivait cinquante-et-un plants de marijuana, je peux vous dire bien franchement que cela ne va pas modifier mon appréciation de la crédibilité dans l'ensemble ni les motifs que j'ai énoncés.

M^e MÉNARD : Bien, je suppose que si la Cour va se prononcer ainsi avant d'entendre la motion, il n'y a probablement alors –

[Transcription du 9 octobre, page 5, lignes 3 à 9; page 7, lignes 22 et 23; page 8, lignes 1 à 6]

[41] La conclusion tirée par le juge du procès, avant d'avoir entendu la preuve et les observations des parties, est une erreur de droit et témoigne d'un processus de raisonnement illogique et empreint de partialité.

(3) Raisonnement circulaire, inversion de la charge de la preuve

[42] La caractéristique essentielle de notre système de justice pénale est qu'une personne est présumée innocente tant que le poursuivant n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. La charge de la preuve incombe au ministère public et n'est jamais déplacée tout au long du procès. L'accusé, qui est présumé innocent jusqu'à preuve du contraire, n'a pas à soulever quelque doute que ce soit au sujet de quoi que ce soit. Le ministère public doit faire la preuve hors de tout doute raisonnable de chaque élément de l'infraction.

[43] Dans l'analyse faite par le juge du procès, il y a une observation qui, à mon avis, va à l'encontre du concept de la preuve hors de tout doute raisonnable et révèle l'attitude avec laquelle il a soupesé une bonne partie de la preuve. Elle dénote un raisonnement circulaire et une inversion de la charge de la preuve. Aux pages 22 et 23 de la décision du 10 août, le juge du procès mentionne que le plaignant a fait une fugue de chez lui lorsqu'il était jeune adolescent et qu'il était alors un sans-abri qui utilisait des drogues injectables et fouillait dans les poubelles afin de trouver de la nourriture. Il conclut alors que le plaignant [TRADUCTION] « a manifestement été marqué par quelque chose » et il dit que [TRADUCTION] « le plaignant affirme que c'est en raison des mauvais traitements qu'il a subis, ce qui semble être étayé par la preuve ». La conclusion du juge du procès selon laquelle le plaignant a été marqué par [TRADUCTION] « quelque chose », suivie immédiatement de l'hypothèse du plaignant quant à la cause démontre un raisonnement circulaire. Plutôt que de mettre l'accent sur les « cicatrices » du plaignant et sur la thèse du plaignant quant à la cause de ces cicatrices, le juge du procès aurait dû centrer son attention sur la question de savoir si le poursuivant avait prouvé que la personne présumée innocente, c'est-à-dire l'appelant, était coupable hors de tout doute raisonnable. En faisant ses observations sur les marques

ou cicatrices, et en répétant l'hypothèse du plaignant au sujet de la cause de ces cicatrices, le juge du procès a essentiellement obligé l'appelant à réfuter l'hypothèse, inversant ainsi le fardeau de la preuve. (Voir *R. c. V.Y.*, 2010 ONCA 544, [2010] O.J. No. 3336 (QL).)

[44] Cette inversion du fardeau de la preuve par le juge du procès est évidente dans ses remarques finales :

[TRADUCTION]

Vu qu'une bonne partie du témoignage du plaignant énoncé ci-dessus a été corroborée, et étant donné les cicatrices physiques qui témoignent de certains dommages physiques qu'il a subis, son témoignage est d'autant plus crédible dans le contexte de l'ensemble de la preuve que j'ai décrite et dans celui des nombreuses agressions sexuelles perpétrées par des membres de la famille. À l'inverse, le témoignage de l'accusé ne répond pas aux attentes à cet égard. Conséquemment, j'accepte le témoignage et la description du plaignant concernant les agressions perpétrées contre lui par son frère. [Transcription du 10 août, page 24, lignes 10 à 20]

[45] Il ne faut pas adopter comme perspective, dans un procès au criminel, que la victime est digne de foi et qu'il appartient à la partie présumée innocente de réfuter sa version des faits. Pareille manière de procéder confère à la partie présumée innocente un fardeau qui est étranger à notre système de justice criminelle. Le risque décrit dans l'arrêt *R. c. W.(D)* est précisément, à mon avis, celui qui s'est matérialisé en l'espèce. Un procès au criminel qui se transforme en concours de crédibilité risque fortement d'entraîner une inversion de la charge de la preuve. (Voir *Wilson c. R.*, 2013 NBCA 38, [2013] A.N.-B. n° 304 (QL), au par. 29; *R. c. Rhodes*, 2011 MBCA 98, [2011] M.J. No. 396 (QL), au par. 5; *Doiron c. R.*, 2013 NBCA 31, 405 R.N.-B. (2^e) 22, au par. 29; *R. c. J.H.S.*, 2008 CSC 30, [2008] 2 R.C.S. 152, au par. 9; et *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] 1 A.C.S. n° 126 (QL)). Le juge du procès a omis de faire une comparaison bien pesée du témoignage du plaignant avec ceux de V.P., de S.S. ou de l'appelant. Une analyse approfondie de tous les témoignages aurait réduit le risque de faire les interprétations

erronées décrites dans les pages précédentes et aurait réduit le risque que le juge du procès tire comme conclusion que le récit de l'appelant devait être [TRADUCTION] « plus crédible » que celui du plaignant.

VI. Conclusion

[46] Pour tous les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès devant un autre juge de la Cour provinciale, si le Procureur général choisit de poursuivre l'affaire.