

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

44-16-CA

D.A.M.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

D.A.M. v. R., 2017 NBCA 9

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Provincial Court:
September 20, 2011 (conviction)
November 3, 2011 (sentencing)

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N.A.

Appeal heard:
January 20, 2017

Judgment rendered:
January 20, 2017

Counsel at hearing:

For the appellant:
Alison J. Ménard

For the respondent:
Rebekah J. Logan

D.A.M.

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

D.A.M. c. R., 2017 NBCA 9

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 20 septembre 2011 (déclaration de culpabilité)
le 3 novembre 2011 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 20 janvier 2017

Jugement rendu :
le 20 janvier 2017

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Alison J. Ménard

Pour l'intimée :
Rebekah J. Logan

THE COURT

The appeal is allowed, the conviction is set aside, D.A.M. is acquitted and the ancillary orders are vacated.

LA COUR

Accueille l'appel et annule la déclaration de culpabilité. D.A.M. est acquitté et les ordonnances accessoires sont annulées.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

(Orally)

[1] “Wrongful convictions are a blight on our justice system and we must take reasonable steps to prevent them before they occur”: *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, per Moldaver J. at para. 8. Sadly, they cannot always be prevented. Thus, when they come to light, they must be promptly rectified. This is such a case.

[2] On September 20, 2011, a judge of the Provincial Court found D.A.M. guilty of sexual interference, the offence described in s. 151(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. This finding was the culmination of two days of trial during which six witnesses testified: three called by the prosecution and three by the defence. In truth, the trial effectively pitted the testimony of a 12-year-old complainant against that of her step-grandfather.

[3] D.A.M. had originally been charged with two counts alleging indictable offences: invitation to sexual touching (s. 152(a)) and sexual interference (s. 151(a)). However, following a preliminary inquiry, he had not been committed to stand trial on the first of these.

[4] At trial, the complainant testified D.A.M. had touched her vagina with his hand inside her pants on several occasions. D.A.M. denied any such incidents had ever happened. The trial judge framed the issue at trial as follows:

Essentially, this Court must decide an issue of credibility. The issue that comes before me is to determine whether a 12-year-old child fabricated evidence and came to this courtroom and deliberately lied or whether her step-grandfather, for want of a better description, did not tell the truth. In reaching my finding as to credibility, I felt it necessary to look at the motives for each of them not to tell the truth. I will return to this issue.

[5] The trial judge then reviewed the testimony of the complainant and of the other witnesses. The two other witnesses called by the prosecution were social workers who had interviewed the complainant. Their testimony revealed inconsistencies between what the complainant had told them and that to which she had testified at trial. The judge then considered the defence evidence, which included the testimony of a counsellor who felt there was parental alienation between the two parents and that it was certainly possible the child had been put up to or encouraged to fabricate the evidence. He also considered the testimony of the complainant's mother who had suggested the child, who was alienated from her, was coerced into fabricating this evidence as a result of a vindictive and nasty family relationship and with the encouragement of either the father or his family. The judge summarily dismissed this testimony, stating he "could hardly accept that motive without at least hearing from the alleged perpetrators".

[6] The trial judge pursued his analysis as follows:

For me to accept that the child was encouraged or told to lie by named individuals would be tantamount to convicting them of an offence without even hearing from them. I cannot accept the motive. Now I turn to the child and I say to myself is she telling the truth or is Mr. [M.] telling the truth. What is the motive of the child to fabricate evidence? The answer I reached is none. What is the motive of Mr. [M.] to fabricate evidence? The answer is self-apparent.

[7] The errors contained in this analysis are self-evident. Although these errors are not raised as grounds of appeal, we cannot but note the glaring failure of the trial judge to frame the issue as it properly should have been framed, which is whether the prosecution had proven beyond a reasonable doubt that D.A.M. had committed the alleged offence: *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL) .

[8] On November 3, 2011, the trial judge sentenced D.A.M. to four months in jail followed by supervised probation for 18 months. The judge also made ancillary orders consisting of a firearms prohibition for 10 years, a DNA order, and an order for

registration under the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10, for 20 years.

[9] On July 4, 2016, a judge of this Court, with the consent of counsel for the Attorney General of New Brunswick, extended the time for D.A.M. to appeal his conviction. A Notice of Appeal was filed that same date. The sole ground of appeal states the complainant has recanted her testimony and that to maintain the conviction in the circumstances would amount to a miscarriage of justice.

[10] On November 17, 2016, another judge of this Court extended to January 20, 2017, the time for D.A.M. to perfect his appeal and file the documents required to support his request for the admission of new evidence. The appeal was perfected on January 19, 2017, at which time D.A.M. also filed a motion seeking leave to adduce new evidence and to have the matter heard expeditiously. Counsel for the Attorney General consented to all relief sought. The request was brought to the Court's attention and the matter was scheduled for today's date.

[11] At the hearing of the appeal, D.A.M. made a motion for the Court to admit new evidence in the form of four affidavits. Counsel for the Attorney General indicated the RCMP had investigated further upon receiving the new evidence and, as a result, the Attorney General was consenting to its admission. The affidavits, which the Court then received, leave no doubt the complainant has repeatedly and consistently recanted her trial testimony.

[12] In one of these affidavits, the complainant, now 17 years old, explains how she came to make allegations against D.A.M. She relates that her parents had separated and that her paternal grandmother had repeatedly told her D.A.M. had sexually abused her and, although she knew she had not been abused, she was made to make these allegations to social workers and to police officers and then repeat them in court. Specifically, she states as follows:

Both times before going to court to testify against [D.A.M.] [the first being a preliminary inquiry and the second time at trial], I started feeling like something was wrong. I realized that these incidents never really happened and I felt bad about lying about it. My [paternal grandmother] pressured me so much that I felt I had no other choice but to go to court and tell the story.

Before I testified in court, I remember that I was made to watch the video of my statement approximately four times before going to court. I believe I watched it before both times I had to testify. This reminded me what I had to say in court.

At the time of the first hearing where I testified, I was 11 years old and at the time of the trial I was 12 years old. I testified according to what my [paternal grandmother] wanted me to say. At that time, all I wanted was to please my grandmother and I was very confused.

[13] The complainant then says she “started to feel extremely guilty for lying and falsely accusing [D.A.M.] of something he did not do” and that, once she removed herself from the control of her father’s side of the family, she informed a therapist as well as others she had lied in court and later apologized to D.A.M.

[14] Two of the other affidavits admitted as new evidence attest to the manner in which the complainant recanted her testimony. These affidavits corroborate the complainant’s assertions that the allegations against D.A.M. were made in circumstances involving a bitter family separation. One of these affidavits is that of a registered social worker who is a Certified Master Forensic Social Worker and who was asked to undertake a parenting capacity assessment of the complainant’s mother. He deposes that, as he was interviewing the complainant as part of his investigation, she informed him that she suffers from anxiety. She then told him D.A.M. had never sexually abused her; that her [paternal] grandmother had told her what to say and had told her so many times that her step-grandfather had touched her that at one point she, the complainant, started to believe that he had touched her and that she was very confused by it. The affidavit continues with the social worker stating: “[s]he admitted to me and I believed her when

she told me that she felt very bad about this and had apologized to her step-grandfather”. The detailed parenting capacity assessment report the social worker prepared is attached to that affidavit. In his conclusions, he states as follows:

[The complainant and her sister] have been victimized emotionally and mentally by their paternal grandmother as well as their aunt and have been made to believe that [their mother] hated them, did not love them, would hurt them, not take care of them, that she would remain selfish and ignore them so that she could talk to men etc. The most disturbing of these “ideas” that the paternal grandmother succeeded in planting in [the complainant’s] mind was that she was sexually abused by [her mother’s] stepfather. [The complainant], now fifteen years of age, lives with intense guilt and shame for having told officials that her step grandfather had done this to her when the reality was that he had not. She reported to her therapists and to this assessor that her [paternal] grandmother told her so many times that the incidents happened that she had started to believe it and when she reported the incident back in August of 2008 it was in order to please her grandmother. [The complainant] stated that when she would not do exactly what her [paternal] grandmother would ask of her, she would be shunned in the home for days and her grandmother would refuse to speak to her until she admitted wrong doing. [The complainant] also indicated that, once her grandmother began speaking with her after her indiscretions, she would offer statements that would solidify [the complainant’s] understanding of why it was so important to do what her grandmother was telling her such as that her grandmother was all she had in the world, that no one else loved her the way her grandmother did and that she needed to show gratitude for everything that her grandmother was doing for her to help take care of her.

[15] The social worker concludes this was a case of parental alienation, where the father and the extended paternal family turned the children against their mother.

[16] The fourth affidavit is that of D.A.M., who deposes he consistently maintained his innocence and describes how the allegations and the conviction affected him. He states:

[...] Not only was I convicted of and incarcerated for something I did not do but I have had to live with being despised by members of my family and the community who believe me to be a sex offender as a result of my conviction. My son's former spouse has kept and continues to keep their three children away from me because his ex-wife now believes that I am a sex offender.

[17] The new evidence leaves no doubt that this conviction cannot stand. In fact, the Attorney General concedes that, in the circumstances, a miscarriage of justice has occurred and that D.A.M. should now be acquitted.

[18] The evidence discloses that D.A.M. is a law abiding and productive member of society who has been in a long-term relationship with his spouse and that he has suffered greatly as a result of this miscarriage of justice. The statement in his affidavit to the effect he bears no animus toward the complainant speaks volumes.

[19] In the circumstances, we allow the appeal, quash the conviction, and enter a verdict of acquittal. All ancillary orders are vacated.

LA COUR
(oralement)

- [1] « Les déclarations de culpabilité injustifiées déconsidèrent le système de justice, et nous devons prendre des mesures raisonnables pour les prévenir » : *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, le juge Moldaver, au par. 8. Malheureusement, il n'est pas toujours possible de les prévenir. C'est pourquoi, lorsque nous découvrons des injustices de la sorte, nous devons aussitôt les réparer. Tel est le cas en l'espèce.
- [2] Le 20 septembre 2011, D.A.M. a été déclaré coupable, par un juge de la Cour provinciale, de contacts sexuels, l'infraction décrite au par. 151a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Cette décision a été rendue à la suite d'un procès de deux jours au cours duquel six personnes ont témoigné. Le ministère public et la partie défenderesse ont chacun appelé trois témoins. En réalité, le procès opposait le témoignage d'une plaignante de douze ans à celui de son grand-père par remariage.
- [3] D.A.M. a d'abord été inculpé de deux chefs d'accusation lui imputant les actes criminels suivants : incitation à des contacts sexuels (par. 152a)) et contacts sexuels (par. 151a)). Toutefois, à la suite d'une enquête préliminaire, il n'a pas été renvoyé pour subir son procès à l'égard du premier chef d'accusation.
- [4] Au procès, la plaignante a témoigné que D.A.M. avait mis sa main dans son pantalon plusieurs fois et lui avait touché le vagin. D.A.M. a nié que de tels incidents se soient produits. Le juge de première instance a ainsi formulé la question en litige au procès :

[TRADUCTION]

Essentiellement, la Cour doit trancher une question de crédibilité. La question dont je suis saisi est de savoir si une enfant de douze ans a fabriqué des éléments de preuve et a délibérément menti lors de son témoignage en Cour ou si son grand-père par remariage, en l'absence d'un meilleur

terme, n'a pas dit la vérité. Pour en arriver à mes conclusions sur la crédibilité, j'ai jugé nécessaire d'examiner les raisons pour lesquelles chacune des parties n'aurait pas dit la vérité. Je reviendrai sur cette question.

[5] Le juge du procès s'est ensuite penché sur le témoignage de la plaignante et sur ceux des autres témoins. Les deux autres témoins appelés par le ministère public étaient des travailleurs sociaux qui avaient interrogé la plaignante. Les témoignages recueillis par ces derniers ont révélé des incohérences entre ce que la plaignante leur avait divulgué et ce dont elle avait témoigné au procès. Le juge a ensuite examiné la preuve présentée par la partie défenderesse, dont le témoignage d'une conseillère qui estimait qu'il était question d'aliénation parentale de la part des deux parents et qu'il était certainement possible que l'enfant eût été incitée ou encouragée à fabriquer des éléments de preuve. Il a également examiné le témoignage de la mère de la plaignante qui a suggéré que l'enfant, qu'on avait aliénée d'elle, avait été incitée à fabriquer des éléments de preuve en raison d'une relation familiale malsaine, motivée par la vengeance, et par suite de l'encouragement soit du père ou de la famille de ce dernier. Le juge a rejeté sommairement ce témoignage, affirmant qu'il [TRADUCTION] « pourrait difficilement souscrire à ce motif sans au moins entendre les présumés auteurs sur cette question ».

[6] Le juge du procès a poursuivi son analyse ainsi :

[TRADUCTION]

Si j'accepte que les personnes nommément désignées aient encouragé l'enfant à proférer des mensonges ou qu'elles lui aient dit de mentir, cela équivaldrait à les déclarer coupables d'une infraction sans même entendre leur témoignage à ce sujet. Je ne peux souscrire à ce motif. Je passe maintenant au témoignage de l'enfant et je me pose la question suivante : dit-elle la vérité ou est-ce M. [M.] qui dit la vérité? Quel motif pousserait l'enfant à fabriquer des éléments de preuve? La conclusion à laquelle je suis arrivé est qu'il n'y en a pas. Quel motif pousserait M. [M.] à fabriquer des éléments de preuve? La réponse est évidente.

[7] Cette analyse contient des erreurs manifestes. Bien que ces erreurs n'aient pas été soulevées en tant que moyens d'appel, nous ne pouvons que faire remarquer

l'omission flagrante du juge de première instance de formuler correctement la question en litige, qui est celle de savoir si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que D.A.M. avait commis l'infraction reprochée : *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL).

[8] Le 3 novembre 2011, le juge du procès a condamné D.A.M. à une peine d'emprisonnement de quatre mois, suivie d'une période de probation sous surveillance de dix-huit mois. Le juge a également rendu des ordonnances accessoires, soit une interdiction de possession d'armes à feu pendant dix ans, une ordonnance de prélèvement d'échantillons d'ADN, et d'une ordonnance de se conformer à la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, ch. 10, pendant vingt ans.

[9] Le 4 juillet 2016, un juge de notre Cour, avec le consentement de l'avocate du procureur général du Nouveau-Brunswick, a prolongé le délai imparti à D.A.M. pour interjeter appel de sa déclaration de culpabilité. Un avis d'appel a été déposé le même jour. Selon le seul moyen d'appel, la plaignante a rétracté son témoignage et le maintien de la déclaration de culpabilité dans les circonstances constituerait une erreur judiciaire.

[10] Le 17 novembre 2016, une autre juge de notre Cour a prolongé jusqu'au 20 janvier 2017 le délai imparti à D.A.M. pour mettre son appel en état et déposer les documents nécessaires pour appuyer sa demande d'admission de nouveaux éléments de preuve. L'appel a été mis en état le 19 janvier 2017, date à laquelle D.A.M. a également déposé une motion demandant l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve et de faire entendre l'affaire dans les plus brefs délais. L'avocate du procureur général a consenti à toutes les mesures réparatoires demandées. La demande a été portée à l'attention de la Cour et l'audition de l'affaire a été inscrite au rôle d'aujourd'hui.

[11] À l'audition de l'appel, D.A.M. a présenté une motion à la Cour visant l'admission de nouveaux éléments de preuve, à savoir quatre affidavits. L'avocate du procureur général a indiqué que la GRC avait poursuivi son enquête après l'obtention des

nouveaux éléments de preuve et que, par conséquent, le procureur général consentait à leur admission. Les affidavits, que la Cour a alors reçus, ne laissent aucun doute sur le fait que la plaignante a rétracté invariablement et à maintes reprises le témoignage qu'elle a rendu au procès.

[12] Dans un de ces affidavits, la plaignante, qui est maintenant âgée de dix-sept ans, explique ce qui l'a poussée à former des allégations contre D.A.M. Elle raconte que ses parents s'étaient séparés et que sa grand-mère paternelle lui avait dit à maintes reprises que D.A.M. lui avait infligé des sévices sexuels. Même si elle savait qu'elle n'avait pas été abusée, on l'a poussée à formuler ces allégations aux travailleurs sociaux et aux policiers et, par la suite, à les répéter en cour. Plus précisément, elle affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les deux fois, avant d'aller en cour pour témoigner contre [D.A.M.] [la première étant l'enquête préliminaire et la deuxième, le procès], j'ai commencé à avoir le sentiment que quelque chose n'allait pas. J'ai constaté que ces événements ne s'étaient jamais produits et je me sentais mal d'avoir menti. Ma [grand-mère paternelle] avait tellement fait pression sur moi que j'avais le sentiment de n'avoir pas d'autre choix que d'aller en cour et raconter cette histoire.

Avant de témoigner au procès, je me rappelle que l'on m'a fait regarder la vidéo de ma déclaration environ quatre fois avant de me présenter en cour. Je crois que je l'ai regardée avant de témoigner les deux fois. Cela me rappelait ce que je devais dire en cour.

J'avais 11 ans au moment de la première audience et 12 ans au moment du procès. Mon témoignage reflétait ce que ma [grand-mère paternelle] voulait que je dise. À ce moment-là, je voulais juste faire plaisir à ma grand-mère et j'étais vraiment troublée.

[13] La plaignante a ensuite affirmé qu'elle [TRADUCTION] « commençait à [se] sentir extrêmement coupable d'avoir menti et d'avoir faussement accusé [D.A.M.] de quelque chose qu'il n'avait pas fait ». Une fois qu'elle a pu échapper au contrôle de la

famille de son père, elle a informé une thérapeute ainsi que d'autres qu'elle n'avait pas dit la vérité lors de son témoignage en cour et, plus tard, elle s'est excusée auprès de D.A.M.

[14] Deux autres affidavits admis à titre de nouveaux éléments de preuve attestent la manière dont la plaignante a rétracté son témoignage. Ils confirment les affirmations de la plaignante, selon lesquelles les allégations formulées contre D.A.M. ont été faites dans le contexte d'une séparation familiale acrimonieuse. Un de ces affidavits est celui d'un travailleur social immatriculé qui est également travailleur social judiciaire agréé. On a demandé à ce dernier d'entreprendre une évaluation de la capacité de parentage de la mère de la plaignante. Il affirme que, lorsqu'il interrogeait la plaignante dans le cadre de son enquête, celle-ci lui a indiqué qu'elle souffrait d'anxiété. Elle lui a également affirmé que D.A.M. n'avait jamais infligé de sévices sexuels sur elle, que sa grand-mère [paternelle] lui avait dit quoi dire et qu'elle lui avait tellement répété que son grand-père par remariage l'avait touchée, que, à un certain moment, elle, la plaignante, avait commencé à croire qu'il l'avait touchée et qu'elle était très troublée à ce sujet. Le travailleur social ajoute dans son affidavit : [TRADUCTION] « [e]lle m'a avoué qu'elle se sentait vraiment mal d'avoir menti et qu'elle s'était excusée auprès de son grand-père par remariage et je l'ai crue ». Le rapport détaillé de l'évaluation de la capacité de parentage est joint à cet affidavit. Dans ses conclusions, le travailleur social affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

[La plaignante et sa sœur] ont été victimes de mauvais traitements de la part de leur grand-mère paternelle et de leur tante, tant sur le plan émotionnel que psychologique. Elles ont été portées à croire que [leur mère] les détestait, qu'elle ne les aimait pas, qu'elle leur ferait du mal, qu'elle ne prendrait pas soin d'elles, qu'elle serait toujours égoïste et qu'elle les laisserait de côté afin de pouvoir parler avec des hommes, etc. De toutes ces idées que la grand-mère paternelle a réussi à mettre dans la tête de [la plaignante], la plus troublante est celle que le beau-père de [sa mère] lui avait infligé des sévices sexuels. [La plaignante], maintenant âgée de quinze ans, éprouve des sentiments intenses de honte et de culpabilité pour avoir dit aux

autorités que son grand-père par remariage lui avait infligé des sévices sexuels, alors que ce n'était pas la vérité. Elle a révélé à ses thérapeutes et à l'auteur de la présente évaluation que sa grand-mère [paternelle] lui avait tellement dit que les événements s'étaient produits, qu'elle avait commencé à y croire. Lorsqu'elle a signalé l'incident en août 2008, c'était pour plaire à sa grand-mère. Si [la plaignante] ne faisait pas exactement ce que sa grand-mère [paternelle] lui demandait, elle affirme qu'on l'évitait dans la maison pendant des jours et que sa grand-mère refusait de lui parler jusqu'à ce qu'elle avoue qu'elle avait fait quelque chose de mal. [La plaignante] a aussi indiqué que lorsque sa grand-mère recommençait à lui parler après ses indiscretions, elle faisait des commentaires visant à faire en sorte que [la plaignante] comprenne pourquoi il était si important qu'elle fasse ce qui était demandé d'elle par sa grand-mère. Cette dernière disait à la plaignante qu'elle était seule au monde sauf pour sa grand-mère, que personne ne l'aimait comme sa grand-mère et qu'elle devait être reconnaissante pour tout ce que sa grand-mère faisait pour s'occuper d'elle.

[15] Le travailleur social a conclu qu'il s'agissait d'un cas d'aliénation parentale où le père et la famille paternelle élargie avaient amené les enfants à se retourner contre leur mère.

[16] Le quatrième affidavit est celui de D.A.M. dans lequel il affirme qu'il a toujours clamé son innocence et décrit dans quelle mesure les allégations et la déclaration de culpabilité ont eu un effet sur lui. Il y déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Non seulement j'ai été déclaré coupable et incarcéré pour quelque chose que je n'ai pas fait, mais j'ai dû vivre avec le fait que certains membres de ma famille et de la collectivité me détestent, parce qu'ils pensent que je suis un délinquant sexuel en raison de ma déclaration de culpabilité. L'ex-épouse de mon fils m'a empêché de voir leurs trois enfants et elle continue de le faire parce qu'elle croit maintenant que je suis un délinquant sexuel.

[17] Les nouveaux éléments de preuve ne laissent aucun doute que cette déclaration de culpabilité doit être infirmée. En fait, le procureur général reconnaît que, dans les circonstances, une erreur judiciaire s'est produite et que D.A.M. devrait être acquitté.

[18] La preuve révèle que D.A.M. est un membre productif de la société et respectueux des lois, qu'il entretient une relation de longue durée avec son épouse et qu'il a énormément souffert en raison de cette erreur judiciaire. La déclaration dans son affidavit, à savoir qu'il n'éprouve aucune animosité envers la plaignante, en dit long.

[19] Dans les circonstances, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'inscrire un verdict d'acquittement. Toutes les ordonnances accessoires sont annulées.