

Nihal Awer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. AWER****2017 SCC 2**

File No.: 37021.

2017: January 17.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
OF ALBERTA*Criminal law — Sexual assault — Evidence — Expert evidence — Forensic DNA analysis — Trial judge unwarrantedly subjecting evidence of Crown and defence DNA experts to materially different levels of scrutiny — Conviction quashed and new trial ordered.***Cases Cited****Distinguished:** *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Schutz JJ.A.), 2016 ABCA 128, 37 Alta. L.R. (6th) 62, 29 C.R. (7th) 118, [2016] 9 W.W.R. 458, [2016] A.J. No. 457 (QL), 2016 CarswellAlta 827 (WL Can.), upholding the accused's conviction for sexual assault entered by Topolniski J. Appeal allowed.

Nathan J. Whitling and Amy Lind, for the appellant.*Troy Couillard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — This appeal comes to us as of right from the Court of Appeal of Alberta. A majority of the court concluded that there was no basis

Nihal Awer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. AWER****2017 CSC 2**

N° du greffe : 37021.

2017 : 17 janvier.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Preuve d'expert — Analyse génétique — Témoignages des experts en ADN de la Couronne et de la défense soumis de manière injustifiée par le juge du procès à des degrés fondamentalement différents d'examen — Déclaration de culpabilité écartée et nouveau procès ordonné.***Jurisprudence****Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Schutz), 2016 ABCA 128, 37 Alta. L.R. (6th) 62, 29 C.R. (7th) 118, [2016] 9 W.W.R. 458, [2016] A.J. No. 457 (QL), 2016 CarswellAlta 827 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé par le juge Topolniski. Pourvoi accueilli.

Nathan J. Whitling et Amy Lind, pour l'appelant.*Troy Couillard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Notre Cour est saisie du présent appel de plein droit, qui vise un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans lequel celle-ci a

for overturning the appellant's conviction for sexual assault. Justice Berger, dissenting, would have set aside the appellant's conviction and ordered a new trial.

[2] Because we have concluded that a new trial must be ordered, we need not finally decide whether the impugned evidence of the Crown's DNA expert as to the source of the complainant's DNA, found on the appellant's penis, was or was not admissible. If an attempt is made to tender that evidence at the new trial, a *voir dire* may be required to determine whether it is sufficiently reliable to warrant its reception. It could conceivably amount to circumstantial evidence, derived from the expert's experience, from which an inference as to the origin of the complainant's DNA could reasonably be drawn. Alternatively, it might prove to be purely speculative, with little or no scientific foundation. Whatever the case, I note that it differs qualitatively from the impugned evidence in *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, where false logic, devoid of any probative force, was used to infer the state of mind of persons transporting large quantities of illicit drugs across the U.S.-Canada border.

[3] In the present case, assuming the impugned evidence of the Crown's DNA expert was admissible, it was challenged by the defence DNA expert as being speculative, and without any scientific foundation. On its face, there was no way of telling whether it was speculative, scientific or somewhere in between — and defence counsel did not explore this in cross-examination.

[4] Unfortunately, even though neither Crown nor defence counsel referred to the impugned evidence in their closing addresses, the learned trial judge accepted it at face value, without subjecting it to any

conclu, à la majorité, qu'aucune raison ne justifiait d'infirmer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'appelant. Dissident, le juge Berger aurait pour sa part annulé la déclaration de culpabilité de l'appelant et ordonné un nouveau procès.

[2] Comme nous concluons qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, il n'est pas nécessaire que nous décidions de manière définitive si l'opinion contestée qu'a fournie l'expert en ADN de la Couronne relativement à la source de l'ADN de la plaignante qui a été trouvé sur le pénis de l'appelant était ou non admissible. Si l'on tente de présenter cette preuve lors du nouveau procès, un voir dire pourrait alors être requis afin de déterminer si elle est suffisamment fiable pour justifier sa réception. Il est concevable que cet élément puisse constituer, selon l'expérience de l'expert, une preuve circonstancielle dont pourrait raisonnablement être tirée une inférence relativement à l'origine de l'ADN de la plaignante. Inversement, le voir dire pourrait révéler qu'il s'agit seulement d'une preuve purement conjecturale, ne possédant que peu ou pas de fondement scientifique. Quoi qu'il en soit, je souligne qu'il s'agit d'une preuve qualitativement différente de celle qui était contestée dans *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, où une logique défectueuse, dénuée de toute valeur probante, avait été appliquée pour inférer l'état d'esprit de personnes transportant de grandes quantités de drogues illicites alors qu'elles franchissaient la frontière canado-américaine.

[3] En l'espèce, à supposer que l'opinion de l'expert en ADN de la Couronne ait été admissible, l'expert de la défense en la matière l'a contestée, lui reprochant de reposer sur des conjectures et d'être dépourvue de toute assise scientifique. De prime abord, rien ne permettait de dire si cette opinion était de nature conjecturale, scientifique ou à mi-chemin entre les deux — et l'avocat de la défense n'a pas exploré cet aspect en contre-interrogatoire.

[4] Malheureusement, bien que ni l'avocat de la Couronne ni celui de la défense n'aient fait état de la preuve contestée dans leurs plaidoiries, la juge de première instance l'a acceptée d'emblée, sans

scrutiny, and used it as an important piece of evidence in finding the appellant guilty.

[5] At the same time, the trial judge subjected the testimony of the defence DNA expert, who testified that the impugned evidence was speculative and without scientific foundation, to intense scrutiny.

[6] In our respectful view, the materially different levels of scrutiny to which the evidence of the two experts was subjected — none for the Crown expert and intense for the defence expert — was unwarranted, and it tended to shift the burden of proof onto the appellant.

[7] In these circumstances, we feel obliged to quash the conviction and order a new trial. In so concluding, we note that the Crown did not request that we apply the curative proviso. In any event, given the importance that the trial judge placed on the impugned evidence in finding the appellant guilty, we cannot say that the verdict would necessarily have been the same had she not done so.

[8] In the result, we would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Department of Justice, Edmonton.

la soumettre à un examen minutieux, et elle l'a invoquée comme élément de preuve important lorsqu'elle a conclu à la culpabilité de l'appellant.

[5] En revanche, elle a assujéti à un examen minutieux la déposition de l'expert en ADN de la défense, qui a témoigné que l'opinion contestée reposait sur des conjectures et était dépourvue de toute assise scientifique.

[6] À notre avis, le degré fondamentalement différent d'examen auquel ont été soumis les témoignages des deux experts — absence d'examen dans le cas de l'expert de la Couronne et examen minutieux dans le cas de l'expert de la défense — était injustifié, et cette situation a eu pour effet de déplacer le fardeau de la preuve sur les épaules de l'appellant.

[7] Dans ces circonstances, nous sommes dans l'obligation d'écarter la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès. Tout en concluant ainsi, nous tenons à souligner que la Couronne n'a pas demandé que nous appliquions la disposition réparatrice. À tout événement, vu l'importance qu'a accordée la juge du procès à la preuve contestée en concluant à la culpabilité de l'appellant, il nous est impossible d'affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si elle ne lui avait pas accordé cette importance.

[8] En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'écarter la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant : Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice de l'Alberta, Edmonton.