

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.O.L. *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta *Interveners*

Indexed as: R. v. L. (D.O.)

File No.: 22660.

1993: June 15; 1993: November 18*.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 715.1 offends evidentiary rules against admission of hearsay evidence and prior consistent statements — Whether accused's right to cross-examine complainant violated — Whether judicial discretion in s. 715.1 consistent with principles of fundamental justice — Whether age limit contained in s. 715.1 arbitrary — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Public hearing — Presumption of innocence — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 11(d) of

*Judgment on constitutional questions rendered from the bench on June 15, 1993.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **D.O.L.** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

Répertorié: R. c. L. (D.O.)

^d N° du greffe: 22660.

1993: 15 juin; 1993: 18 novembre*.

^e Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 715.1 porte-t-il atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par ouï-dire et des déclarations antérieures compatibles? — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé de contre-interroger la plaignante? — Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de l'art. 715.1 est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — La limite d'âge fixée à l'art. 715.1 est-elle arbitraire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

ⁱ *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Procès public — Présomption d'innocence — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du*

*Le jugement relatif aux questions constitutionnelles a été rendu à l'audience le 15 juin 1993.

Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

Criminal law — Videotaped evidence — Accused charged with sexual assault — Videotaped statement of young complainant made five months after alleged offence admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether videotape made within reasonable time — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

Criminal law — Trial — Reasonable doubt — Whether trial judge applied proper test for weighing evidence.

Criminal law — Trial — Function of judge — Apprehension of bias — Examination of witnesses — Whether trial judge's interventions during trial raised reasonable apprehension of bias.

The accused was charged with sexual assault alleged to have taken place between September 1985 and March 1988. Following a medical examination of the complainant, a 9-year-old girl, the police began their investigation in May 1988 and a videotaped interview of the complainant took place in August 1988. At the preliminary inquiry, the complainant testified before the court. At trial, the Crown sought to introduce the videotaped interview of the complainant pursuant to s. 715.1 of the *Criminal Code*. That section provides that in any proceeding relating to certain sexual offences "in which the complainant was under the age of eighteen years at the time the offence is alleged to have been committed, a videotape made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of, is admissible in evidence if the complainant, while testifying, adopts the contents of the videotape". The accused sought a declaration that s. 715.1 was unconstitutional but the trial judge upheld the section. Following a *voir dire*, the videotaped interview was admitted into evidence and the accused was convicted. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and declared s. 715.1 unconstitutional. The court held that s. 715.1 contravened ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and could not be sustained under s. 1. A new trial was ordered.

Held: The appeal should be allowed. Section 715.1 of the *Code* is constitutional.

Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

Droit criminel — Témoignage enregistré sur bande vidéo — Prévenu accusé d'agression sexuelle — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration de la jeune plaignante réalisé cinq mois après l'infraction reprochée admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'enregistrement a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

Droit criminel — Procès — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il appliqué le bon critère pour apprécier la preuve?

Droit criminel — Procès — Rôle du juge — Crainte de partialité — Interrogatoire des témoins — Les interventions du juge du procès ont-elles fait naître une crainte raisonnable de partialité?

L'accusé a été inculpé relativement à des agressions sexuelles qui auraient été commises entre septembre 1985 et mars 1988. Après un examen médical de la plaignante, qui était âgée de neuf ans, la police a ouvert une enquête en mai 1988 et, en août 1988, on a procédé à un enregistrement magnétoscopique d'une entrevue avec la plaignante. À l'enquête préliminaire, la plaignante a témoigné devant le tribunal. Au procès, le ministère public a voulu mettre en preuve l'enregistrement magnétoscopique de l'entrevue de la plaignante, en application de l'art. 715.1 du *Code criminel*. Cette disposition prévoit que dans des poursuites pour certaines infractions d'ordre sexuel «qui aurai[ent] été commise[s] à l'encontre d'un plaignant alors âgé de moins de dix-huit ans, un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve si le plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement». L'accusé a demandé que l'art. 715.1 soit déclaré inconstitutionnel, mais le juge du procès a confirmé la constitutionnalité de l'article. Après un *voir-dire*, l'enregistrement magnétoscopique a été admis en preuve et l'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et a déclaré l'art. 715.1 inconstitutionnel. La cour a statué que l'art. 715.1 contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait être maintenu en vertu de l'article premier. Un nouveau procès a été ordonné.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. L'article 715.1 du *Code* est constitutionnel.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: Section 715.1 of the *Code* is a response to the dominance and power which adults, by virtue of their age, have over children. By allowing for the videotaping of evidence under certain express conditions, s. 715.1 not only makes participation in the criminal justice system less stressful and traumatic for child and adolescent complainants, but also aids in the preservation of evidence and the discovery of truth.

Section 715.1 does not infringe s. 7 or 11(d) of the *Charter*. Section 715.1 does not offend the rules of evidence against the admission of hearsay evidence and prior consistent statements. In addition, as there is no constitutionally protected requirement that cross-examination be contemporaneous with the giving of evidence, the accused's right to cross-examine has not been violated. The admission of the videotaped evidence does not make the trial unfair or not public, nor does it in any way affect an accused's right to be presumed innocent. Moreover, the incorporation of judicial discretion into s. 715.1, which permits a trial judge to edit or refuse to admit videotaped evidence where its prejudicial effect outweighs its probative value, ensures that s. 715.1 is consistent with fundamental principles of justice and the right to a fair trial protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The age limit of 18 contained in s. 715.1 is not arbitrary. This limit is consistent with laws which define the age of majority and with the special vulnerability of young victims of sexual abuse.

The trial judge did not make a reversible error when he concluded that, in the circumstances of the case, the videotape was made within a reasonable time. Nor did he err in stating or applying the test to be used in weighing the evidence. Finally, the trial judge's intervention during the trial did not raise a reasonable apprehension of bias.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The goal of the court process is truth-seeking and, to that end, the evidence of all those involved in judicial proceedings must be given in a way that is most favourable to eliciting the truth. It is well established that, in many instances, the court process is failing children, especially those who have been victims of sexual abuse, who are then subjected to further trauma as participants in the judicial process. If the criminal justice system is to effectively perform its role in deterring and punishing child sexual abuse, it is vital that the law provide a

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: L'article 715.1 du *Code* est une réaction contre la domination et le pouvoir que les adultes, à cause de leur âge, ont sur les enfants. En permettant l'enregistrement magnétoscopique de témoignages dans certaines conditions précises, non seulement l'art. 715.1 rend la participation au système de justice pénale moins pénible et moins traumatisante pour les enfants et les adolescents, mais encore il favorise la conservation de la preuve et la découverte de la vérité.

L'article 715.1 ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 715.1 ne porte pas atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par oui-dire et des déclarations antérieures compatibles. De plus, comme il n'existe aucune exigence reconnue par la Constitution concernant la contemporanéité du contre-interrogatoire, il n'y a pas eu atteinte au droit de contre-interroger de l'accusé. L'utilisation du témoignage sur bande vidéo ne porte pas atteinte à l'équité ou à la publicité du procès ni, d'aucune façon, à la présomption d'innocence d'un accusé. En outre, l'insertion à l'art. 715.1 d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge du procès d'épurer ou de refuser d'utiliser le témoignage sur bande vidéo lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, assure la compatibilité de l'art. 715.1 avec les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable reconnus à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'âge maximal de 18 ans fixé à l'art. 715.1 n'est pas arbitraire. Il est compatible avec les lois qui fixent l'âge de la majorité et avec la vulnérabilité particulière des jeunes victimes d'agressions sexuelles.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, l'enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable. Il n'a pas commis d'erreur non plus en formulant ou en appliquant le critère à utiliser dans l'appréciation de la preuve. Enfin, l'intervention du juge du procès n'a pas fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Le processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité et, à cette fin, le témoignage de tous les participants à des poursuites judiciaires doit être donné de la façon la plus propre à faire éclater la vérité. Il est bien établi que, dans bien des cas, le processus judiciaire néglige les enfants, surtout ceux victimes d'agressions sexuelles, qui se voient de nouveau traumatisés en raison de leur participation au processus judiciaire. Si le système de justice pénale doit effectivement jouer son rôle de dissuader et de punir les agressions sexuelles contre les enfants, il est

workable, decent and dignified means for the victim to tell her story to the court. Section 715.1 is a modest legislative initiative working toward this end. The constitutionality of s. 715.1 is to be examined from a contextual approach which recognizes the staggering numbers of sexual offences reported each year and the innate power imbalance between the abuser and the abused child, which is often tied to both the gender and the age of the victim and the perpetrator. By preserving an early account of the child's complaint and by providing a procedure for the introduction of the child's story into evidence at the trial, s. 715.1 facilitates the attainment of the truth. It also curbs the trauma that a child called to testify in a case of sexual abuse is forced to endure. Although s. 715.1 does not totally eliminate the need for a child to speak in front of the court, the end goal of making the criminal justice process more accommodating to children is accomplished. The limited scope of s. 715.1 is a legislative attempt to balance the objectives of that section with the right of an accused to a fair trial.

Section 7 of the *Charter* entitles an accused to a fair trial but it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined. Canadian society has a vested interest in the enforcement of criminal law in a manner that is both fair to the accused and sensitive to the needs of those who participate as witnesses. In particular, children may have to be treated differently by the criminal justice system in order that it may provide them with the protections to which they are rightly entitled and which they deserve. Further, the rules of evidence have not been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice. These rules are not cast in stone and will evolve with time. As well, they should not be interpreted in a restrictive manner which may essentially defeat their purpose of seeking truth and justice. The modern trend in this field has been to admit all relevant and probative evidence and allow the trier of fact to decide the weight to be given to that evidence in order to arrive at a result which will be just.

The accused's right to a fair trial under s. 7 of the *Charter* has not been infringed by the admission of the videotaped statement pursuant to s. 715.1. The provisions of s. 715.1 accommodate the traditional rules of evidence. First, even assuming that videotaped evidence is hearsay, s. 715.1 does not offend the rules against the admission of hearsay evidence. Under s. 715.1, the concern generally associated with hearsay that the prior

d'importance vitale que la loi mette à la disposition de la victime un moyen efficace, décent et digne lui permettant de venir donner sa version devant le tribunal. L'article 715.1 est une mesure législative modeste qui vise cette fin. La constitutionnalité de l'art. 715.1 doit être examinée au moyen d'une méthode contextuelle qui reconnaît le nombre effarant d'infractions d'ordre sexuel signalées chaque année ainsi que l'inégalité inhérente du rapport de force entre l'agresseur et l'enfant victime, qui est souvent liée à la fois au sexe et à l'âge de la victime et de l'agresseur. En préservant le récit fait peu après la plainte de l'enfant et en fournissant une procédure pour l'introduire en preuve au procès, l'art. 715.1 facilite la découverte de la vérité. Il atténue également le traumatisme que subit inévitablement l'enfant appelé à témoigner dans une affaire d'agression sexuelle. Bien que l'art. 715.1 ne fasse pas disparaître totalement l'obligation pour un enfant de parler devant le tribunal, il atteint son but ultime qui est de rendre le processus pénal plus accueillant pour les enfants. La portée limitée de l'art. 715.1 s'explique par la recherche d'un équilibre entre ses objectifs et le droit de l'accusé à un procès équitable.

L'article 7 de la *Charte* reconnaît à un accusé le droit à un procès équitable, mais il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. Il existe, dans la société canadienne, un intérêt acquis pour l'application du droit pénal d'une manière qui soit à la fois équitable pour l'accusé et sensible aux besoins de ceux qui y participent à titre de témoins. En particulier, il se peut que le système de justice pénale doive traiter différemment les enfants s'il veut leur offrir les protections auxquelles ils ont droit et qu'ils méritent. De plus, les règles de preuve n'ont pas été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale. Ces règles ne sont pas coulées dans le bronze et évoluent avec le temps. De même, elles ne devraient pas recevoir une interprétation restrictive qui irait essentiellement à l'encontre de leur objet, soit la recherche de la vérité et de la justice. Dans ce domaine, la tendance actuelle est d'admettre la preuve pertinente et probante et de laisser au juge des faits le soin de l'apprécier afin d'arriver à un résultat qui soit juste.

Le droit à un procès équitable que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé n'a pas été violé par l'utilisation de la déclaration enregistrée sur bande vidéo conformément à l'art. 715.1. Les dispositions de l'art. 715.1 laissent place à l'application des règles de preuve traditionnelles. Premièrement, même en présumant que l'enregistrement magnétoscopique constitue du oui-dire, l'art. 715.1 ne contrevient pas aux règles qui interdisent

statement may be unreliable does not present a real danger because a young complainant whose videotaped statement is admitted at trial through s. 715.1 must testify in court and must adopt the contents of the videotape. There is no reason to require circumstances of necessity or circumstantial indicators of reliability as prerequisites to the admission of evidence which does not carry the dangers inherent in the admission of hearsay evidence. The rules of necessity and reliability were designed as substitute requirements, in instances where an exception to the rules of evidence is mandated. They do not necessarily apply to legislative initiatives. In any event, the criteria of necessity and reliability can easily be met. Reliability arises from the presence of the child at trial, the adoption under oath of her videotaped statements, the opportunity to observe the child in the videotape and in court and the accused's ability to cross-examine the child. Necessity stems from the child's possible loss of memory by the time of trial or from the negative consequences that the child may suffer if obliged to testify at trial.

Second, the rationale for excluding prior consistent statements made by a witness is not applicable to s. 715.1. The videotaped evidence is not being admitted to bolster the credibility of the child witness or to provide superfluous information. This evidence is highly relevant and probative since it is the only evidence before the court with regard to the details of the child's sexual abuse. Section 715.1 simply provides a different means of giving evidence.

Third, the opportunity to cross-examine the complainant at trial, rather than at the time of the filming of the videotape, provides an adequate means of testing the complainant's evidence. Under s. 715.1, the manner of questioning, the reaction, the responses and the entire circumstances of the taking of the evidence are before the court through the medium of videotaping. By ensuring an opportunity for the accused to test the videotaped evidence, s. 715.1 provides full protection for the rights of an accused. Contemporaneous cross-examination is not protected by the *Charter*.

In addition to the power to expunge or edit statements where necessary, the trial judge has discretion under s.

l'utilisation d'une preuve par ouï-dire. En vertu de l'art. 715.1, la crainte, généralement associée au ouï-dire, que la déclaration antérieure ne soit pas fiable ne présente pas un risque réel parce qu'un jeune plaignant, dont la déclaration enregistrée est utilisée sous le régime de l'art. 715.1, doit témoigner devant le tribunal et confirmer le contenu de l'enregistrement. Il n'y a aucune raison d'exiger la présence de circonstances établissant la nécessité ou démontrant la fiabilité comme condition préalable à l'admission d'une preuve qui ne comporte pas les dangers inhérents à l'admission de la preuve par ouï-dire. Les règles de nécessité et de fiabilité ont été conçues comme des exigences subsidiaires dans les cas où s'impose une exception aux règles de preuve. Elles ne s'appliquent pas nécessairement aux mesures législatives. Quoi qu'il en soit, il peut être aisément satisfait aux critères de nécessité et de fiabilité. La fiabilité découle de la présence de l'enfant au procès, de la confirmation sous serment de ses déclarations enregistrées sur bande vidéo, de la possibilité d'observer l'enfant dans l'enregistrement et au tribunal et de la capacité de l'accusé de le contre-interroger. La nécessité découle de la possibilité que la mémoire de l'enfant s'estompe avant la tenue du procès ou qu'il subisse des répercussions négatives s'il était obligé de témoigner au procès.

Deuxièmement, le raisonnement justifiant l'exclusion des déclarations antérieures compatibles faites par un témoin n'est pas applicable à l'art. 715.1. Le témoignage enregistré sur bande magnétoscopique n'est pas admis aux fins d'étayer la crédibilité de l'enfant témoin ou d'apporter des renseignements superflus. Ce témoignage est hautement pertinent et probant puisque c'est le seul dont dispose le tribunal quant aux détails de l'agression sexuelle contre l'enfant. L'article 715.1 ne fait que prévoir un moyen différent de rendre témoignage.

Troisièmement, la possibilité de contre-interroger le plaignant au procès, plutôt qu'au moment de la réalisation de l'enregistrement, constitue un moyen approprié de tester le témoignage du plaignant. Suivant l'art. 715.1, le tribunal est, du fait de l'enregistrement, à même d'apprécier la façon dont s'est déroulé l'interrogatoire, la réaction, les réponses et l'ensemble des circonstances entourant la prise de la déposition. En donnant à l'accusé l'occasion de tester l'exactitude de l'enregistrement, l'art. 715.1 protège pleinement les droits qui lui sont reconnus. Le principe de la contemporanéité du contre-interrogatoire n'est pas protégé par la *Charte*.

Outre le pouvoir d'expurger ou d'épurer une déclaration en cas de besoin, le juge du procès a, en vertu de

715.1 to refuse to admit the videotape in evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value. Properly used, this discretion to exclude admissible evidence ensures the validity of s. 715.1 and is consistent with fundamental principles of justice necessary to safeguard the right to a fair trial enshrined in the *Charter*.

The limit of 18 years of age in s. 715.1 is not arbitrary. Section 715.1 is a legislative attempt to partly shield the most vulnerable of witnesses, children and young women, from the severe effects that all witnesses, regardless of age, suffer in sexual abuse cases. The inclusion in s. 715.1 of all complainants up to the age of 18 is required by their continued need for protection and is in conformity with international and domestic instruments.

Section 715.1 does not infringe s. 11(d) of the *Charter*. Out-of-court statements admitted into evidence at trial do not deny an accused the guarantee of a public hearing. Further, the fact that the child's testimony is on videotape in no way colours the accused's guilt or innocence.

The videotaped testimony of the complainant was made within a reasonable time, pursuant to s. 715.1, and was properly admitted into evidence. What is or is not "reasonable" depends entirely on the circumstances of a case. Here, the videotape was made five months after the offence was reported. The trial judge, after reviewing all the circumstances of the case, concluded that the time period in videotaping the complainant's evidence was reasonable. The trial judge correctly directed himself in law and did not err in his assessment of the evidence.

The trial judge applied the proper test for weighing the evidence. Whether an account given by an accused might reasonably be true is not the proper test of whether the Crown's evidence should be rejected. It is simply one factor in assessing the overall impact of the evidence as a whole. The only question for the trier of fact at the end of the trial is whether or not, on the whole of the evidence, the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. If it has, the accused must be convicted. If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

l'art. 715.1, le pouvoir discrétionnaire de refuser d'admettre en preuve un enregistrement magnétoscopique si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. L'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve admissible assure la validité de l'art. 715.1 et est compatible avec les principes de justice fondamentale dont le respect est exigé pour garantir le droit à un procès équitable consacré dans la *Charte*.

La limite d'âge de 18 ans, fixée à l'art. 715.1, n'est pas arbitraire. L'article 715.1 est une tentative du législateur de protéger partiellement les témoins les plus vulnérables, soit les enfants et les jeunes femmes, contre les répercussions importantes que subissent tous les témoins, quel que soit leur âge, dans les affaires d'agression sexuelle. L'inclusion, à l'art. 715.1, de tous les plaignants de moins de 18 ans s'impose en raison de leur besoin continu de protection et est conforme aux instruments internationaux et internes.

L'article 715.1 ne contrevient pas à l'al. 11d) de la *Charte*. L'admission en preuve au procès de déclarations extrajudiciaires ne prive pas un accusé de la garantie d'un procès public. De plus, le fait que le témoignage de l'enfant soit recueilli sur bande vidéo ne change rien à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé.

L'enregistrement magnétoscopique du témoignage de la plaignante a été réalisé dans un délai raisonnable, conformément à l'art. 715.1, et c'est à juste titre qu'il a été admis en preuve. Ce qui est ou n'est pas «raisonnable» est uniquement affaire de circonstances. En l'espèce, l'enregistrement a été réalisé cinq mois après que l'infraction eut été signalée. Le juge du procès a conclu, après examen de l'ensemble des circonstances, que le délai ayant précédé l'enregistrement du témoignage de la plaignante était raisonnable. Le juge du procès s'est correctement dirigé en droit et il n'a pas commis d'erreur dans son appréciation de la preuve.

Le juge du procès a appliqué le bon critère pour apprécier la preuve. La question de savoir si le récit fait par l'accusé pourrait raisonnablement être vrai n'est pas le bon critère pour décider s'il y a lieu de rejeter la preuve du ministère public. Il s'agit simplement d'un facteur qui entre en ligne de compte dans l'appréciation de la valeur globale de la preuve dans son ensemble. Au terme du procès, la seule question que doit se poser le juge des faits est de savoir si, d'après l'ensemble de la preuve, le ministère public a établi une preuve hors de tout doute raisonnable. Si oui, l'accusé doit être déclaré coupable. S'il existe un doute raisonnable, l'accusé doit être acquitté.

Finally, in cases involving fragile witnesses such as children, the trial judge has a responsibility to ensure that the child understands the questions being asked and that the evidence given by the child is clear and unambiguous. To accomplish this end, the trial judge may be required to clarify and rephrase questions asked by counsel and to ask subsequent questions to the child to clarify the child's responses. The trial judge's conduct in this case did not prevent the mounting of a proper defence, nor did it demonstrate favouritism toward the complainant in such a way as to preclude a fair trial.

Per Major J.: Section 715.1 of the *Code* does not infringe s. 7 or 11(d) of the *Charter*. The conclusions with respect to the non-constitutional issues were agreed with.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289; *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988); *Maryland v. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990); *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Argue*, Ont. Ct. (Gen. Div.), October 2, 1991, unreported; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 1, 19, 34.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1 [en. c. 19 (3rd Suppl.), s. 16].
 Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992).
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1.

Enfin, dans des affaires mettant en cause des témoins fragiles tels les enfants, il incombe au juge du procès de veiller à ce que l'enfant comprenne les questions posées et à ce que son témoignage soit clair et sans ambiguïté. À cette fin, il se peut qu'il soit obligé de clarifier ou de reformuler des questions posées par les avocats et de poser des questions additionnelles pour clarifier les réponses de l'enfant. En l'espèce, le juge du procès n'a pas, par sa conduite, empêché la défense de présenter la preuve voulue et il n'a pas non plus fait montre de favoritisme à l'endroit de la plaignante de manière à empêcher la tenue d'un procès équitable.

Le juge Major: L'article 715.1 du *Code* ne contrevient pas à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte*. Les conclusions relatives aux questions non constitutionnelles sont acceptées.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289; *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; *Coy c. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988); *Maryland c. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990); *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Argue*, C. Ont. (Div. gén.), le 2 octobre 1991, inédit; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 1, 19, 34.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1 [aj. ch. 19 (3^e suppl.), art. 16].
 Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992).
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

Authors Cited

- Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System". In Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montréal: Thémis, 1993, 232.
- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15.
- Brennan, Mark. "The Battle for Credibility" (1993), 143 *New Law Journal* 623.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Department of Justice, Research Section. *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation* (Report No. 5). Ottawa: Department of Justice Canada, 1990.
- Canada. Health and Welfare. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. *Reaching for Solutions*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
- Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-15. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 1, November 27, 1986, p. 1:18.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Four-Year Review of the Child Sexual Abuse Provisions of the Criminal Code and the Canada Evidence Act (formerly Bill C-15)*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1993.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings*, Issue No. 2, November 20, 1986, p. 2:23.
- Canada. Solicitor General. *Canadian Urban Victimization Survey*, Bulletin No. 2, *Reported and Unreported Crimes*. Ottawa: Solicitor General, 1984.
- Clark, Lorene M. G. "Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report" (1986), 2 *C.J.W.L.* 135.
- Dziech, Billie Wright, and Charles B. Schudson. *On Trial: America's Courts and Their Treatment of Sexually Abused Children*, 2nd ed. Boston: Beacon Press, 1991.
- Flin, Rhona H., and John R. Spencer. "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189.

Doctrine citée

- Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System». Dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman et Monique Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal: Thémis, 1993, 232.
- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. «Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence» (1990), 79 C.R. (3d) 15.
- Brennan, Mark. «The Battle for Credibility» (1993), 143 *New Law Journal* 623.
- Canada. Chambre des communes. Comité législatif sur le projet de loi C-15. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 1, le 27 novembre 1986, p. 1:18.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et du solliciteur général. *Examen de quatre ans des dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada sur l'exploitation sexuelle des enfants (anciennement projet de loi C-15)*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1993.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 2. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Canada. Ministère de la Justice, Section de la recherche. *La Loi sur les agressions sexuelles au Canada: Une évaluation* (Rapport n° 5). Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 1990.
- Canada. Santé et Bien-être social. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. *À la recherche de solutions*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1990.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations*, fascicule n° 2, le 20 novembre 1986, p. 2:23.
- Canada. Solliciteur général. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain*, bulletin n° 2, *Crimes signalés et non signalés*. Ottawa: Solliciteur général, 1984.
- Clark, Lorene M. G. «Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report» (1986), 2 *R.J.F.D.* 135.
- Dziech, Billie Wright, and Charles B. Schudson. *On Trial: America's Courts and Their Treatment of*

- Goodman, Gail S., et al. *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- Goodman, Gail S., and Vicki S. Helgeson. "Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law" (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181.
- Hill, Paula E., and Samuel M. Hill. "Videotaping Children's Testimony: An Empirical View" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809.
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- Marshall, Patricia. "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- McAllister, Beth. "Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom" (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279.
- McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549.
- McGillivray, Anne. "*R. v. Laramee*: Forgetting Children, Forgetting Truth" (1991), 6 C.R. (4th) 325.
- Renaud, Gilles. "Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf" (1993), 20 C.R. (4th) 383.
- Rittershaus, Mary A. "*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim Against the Defendant's Right to Confront his Accuser" (1991), 36 *San Diego L. Rev.* 104.
- Spencer, John R. "Child Witnesses — A Further Skirmish" (1987), 137 *New Law Journal* 1127.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Summit, Roland C. "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- Whitcomb, Debra, Elizabeth R. Shapiro and Lindsey D. Stellwagen. *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors*. Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1985.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1972.
- Young, Alison Harvison. "Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues" (1992), 11 *Can. J. Fam. L.* 11.
- Sexually Abused Children*, 2nd ed. Boston: Beacon Press, 1991.
- Flin, Rhona H., and John R. Spencer. «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189.
- Goodman, Gail S., et al. *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- Goodman, Gail S., and Vicki S. Helgeson. «Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law» (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181.
- Hill, Paula E., and Samuel M. Hill. «Videotaping Children's Testimony: An Empirical View» (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809.
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- Marshall, Patricia. «Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- McAllister, Beth. «Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom» (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279.
- McGillivray, Anne. «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549.
- McGillivray, Anne. «*R. v. Laramee*: Forgetting Children, Forgetting Truth» (1991), 6 C.R. (4th) 325.
- Renaud, Gilles. «Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf» (1993), 20 C.R. (4th) 383.
- Rittershaus, Mary A. «*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim Against the Defendant's Right to Confront his Accuser» (1991), 36 *San Diego L. Rev.* 104.
- Spencer, John R. «Child Witnesses — A Further Skirmish» (1987), 137 *New Law Journal* 1127.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Summit, Roland C. «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- Whitcomb, Debra, Elizabeth R. Shapiro and Lindsey D. Stellwagen. *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors*. Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1985.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1972.
- Young, Alison Harvison. «Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues» (1992), 11 *Rev. can. d. fam.* 11.

Yuille, John C., Mary Ann King and Don MacDougall. *Child Victims and Witnesses: The Social Science and Legal Literatures*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1988.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

Marva J. Smith and Deborah L. Carlson, for the appellant.

Rocky Kravetsky, Jill K. Duncan and Gene G. Zazelenchuk, for the respondent.

Ivan Whitehall, Q.C., and Kimberly Prost, for the intervener the Attorney General of Canada.

Scott C. Hutchison, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Lucie Rondeau and Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Jack Watson*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of Madame Justice L'Heureux-Dubé and concur in her result. It is my view that s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is a response to the dominance and power which adults, by virtue of their age, have over children. Accordingly, s. 715.1 is designed to accommodate the needs and to safeguard the interests of young victims of various

Yuille, John C., Mary Ann King et Don MacDougall. *Enfants victimes et témoins: Publications en droit et en sciences sociales*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'agression sexuelle et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Marva J. Smith et Deborah L. Carlson, pour l'appelante.

Rocky Kravetsky, Jill K. Duncan et Gene G. Zazelenchuk, pour l'intimé.

Ivan Whitehall, c.r., et Kimberly Prost, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Scott C. Hutchison, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Lucie Rondeau et Dominique A. Jobin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs du juge L'Heureux-Dubé et je souscris à sa conclusion. À mon avis, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est une réaction contre la domination et le pouvoir que les adultes, à cause de leur âge, ont sur les enfants. Par conséquent, l'art. 715.1 est conçu pour répondre aux besoins et protéger les intérêts des jeunes victimes de diffé-

forms of sexual abuse, irrespective of their sex. By allowing for the videotaping of evidence under certain express conditions, s. 715.1 not only makes participation in the criminal justice system less stressful and traumatic for child and adolescent complainants, but also aids in the preservation of evidence and the discovery of truth.

I would answer the constitutional questions in the same manner as my colleague. As s. 715.1 neither offends the principles of fundamental justice nor violates the right to a fair trial, it cannot be said to limit the rights guaranteed under s. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent has failed to establish that s. 715.1 offends the rules of evidence against the admission of hearsay evidence and prior consistent statements. In addition, as there is no constitutionally protected requirement that cross-examination be contemporaneous with the giving of evidence, the respondent has failed to show that his fundamental right to cross-examine has been violated. The admission of the videotaped evidence does not make the trial unfair or not public, nor does it in any way affect an accused's right to be presumed innocent.

Moreover, the incorporation of judicial discretion into s. 715.1, which permits a trial judge to edit or refuse to admit videotaped evidence where its prejudicial effect outweighs its probative value, ensures that s. 715.1 is consistent with fundamental principles of justice and the right to a fair trial protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The age limit of eighteen contained in s. 715.1 is not arbitrary, but rather is consistent with laws which define the age of majority to be eighteen years and with the special vulnerability of young victims of sexual abuse.

As I have found there to be no violation of either s. 7 or 11(d) of the *Charter*, it is unnecessary to consider whether s. 715.1 can be justified under s. 1 of the *Charter*.

rentes formes d'agression sexuelle, indépendamment de leur sexe. En permettant l'enregistrement magnétoscopique de témoignages dans certaines conditions précises, non seulement l'art. 715.1 rend la participation au système de justice pénale moins pénible et moins traumatisante pour les enfants et les adolescents, mais encore il favorise la conservation de la preuve et la découverte de la vérité.

Je réponds aux questions constitutionnelles de la même manière que ma collègue. Comme l'art. 715.1 ne viole pas les principes de justice fondamentale ni ne porte atteinte au droit à un procès équitable, on ne peut dire qu'il limite les droits garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'intimé n'a pas réussi à établir que l'art. 715.1 porte atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par oui-dire et des déclarations antérieures compatibles. De plus, comme il n'existe aucune exigence reconnue par la Constitution concernant la contemporanéité du contre-interrogatoire, l'intimé n'a pas réussi à démontrer une atteinte à son droit de contre-interroger. L'utilisation du témoignage sur bande vidéo ne porte pas atteinte à l'équité ou à la publicité du procès ni, d'aucune façon, à la présomption d'innocence d'un accusé.

En outre, l'insertion à l'art. 715.1 d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge du procès d'épurer ou de refuser d'utiliser le témoignage sur bande vidéo lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, assure la compatibilité de l'art. 715.1 avec les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable reconnus à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'âge maximal de 18 ans fixé à l'art. 715.1 n'est pas arbitraire. Au contraire, il est compatible avec les lois qui établissent la majorité à 18 ans et avec la vulnérabilité particulière de jeunes victimes d'agressions sexuelles.

Puisque j'ai conclu à l'absence de violation de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'art. 715.1 peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Finally, I would agree with my colleague's disposition of the non-constitutional issues in this case. The trial judge did not make a reversible error when he concluded that, in the circumstances of the case, the videotape was made within a reasonable time. Nor did he err in stating or applying the test to be used in weighing the evidence. Lastly, the respondent failed to establish that the trial judge's intervention during the trial raised a reasonable apprehension of bias.

Accordingly, I would allow the appeal and reinstate the conviction at trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises a number of complex and important issues. Among these are the accused's right to a fair trial and to face his accuser and the criminal justice system's responsibility to seek the truth. As well, the complexities of dealing with the special circumstances involving child witnesses and the difficulties that child victims encounter when attempting to relay their plight of abuse to the courts must be examined. More precisely, this Court is being asked to determine the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (as amended by c. 19 (3rd Supp.)), s. 16), which states:

715.1 In any proceeding relating to an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, in which the complainant was under the age of eighteen years at the time the offence is alleged to have been committed, a videotape made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of, is admissible in evidence if the complainant, while testifying, adopts the contents of the videotape.

Judgment was rendered, in part, from the bench on June 15, 1993, answering the constitutional questions in the following terms:

Enfin, je suis d'accord avec la façon dont ma collègue tranche les questions non constitutionnelles soulevées en l'espèce. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, l'enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable. Il n'a pas commis d'erreur non plus en formulant ou en appliquant le critère à utiliser dans l'appréciation de la preuve. Finalement, l'intimé n'a pas réussi à établir que l'intervention du juge du procès a soulevé une crainte raisonnable de partialité.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève plusieurs questions complexes et importantes, dont le droit d'un accusé à un procès équitable et celui de confronter son accusateur, ainsi que la responsabilité du système de justice pénale de faire éclater la vérité. Il faut également examiner les problèmes épineux que pose le cas particulier du témoignage des enfants et les difficultés que ceux-ci rencontrent lorsqu'ils tentent de saisir les tribunaux des abus dont ils ont été victimes. Plus précisément, notre Cour est appelée à décider de la constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié par ch. 19 (3^e suppl.), art. 16), qui dispose:

715.1 Dans des poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273 et qui aurait été commise à l'encontre d'un plaignant alors âgé de moins de dix-huit ans, un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve si le plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement.

Jugement a été rendu en partie à l'audience le 15 juin 1993, donnant les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

We reserve our decision as regards the non-constitutional grounds raised by respondent. We are ready to answer the constitutional questions now, with reasons to follow.

1. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to the first question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not arise.

3. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If the answer to the third question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not arise.

Facts

In October 1988, the respondent, D.O.L., was charged with three counts of sexual assault alleged to have taken place between September 1985 and March 1988, and three counts of sexual interference alleged to have occurred between January 1988 and March 29, 1988.

The complainant, R.S., was born on March 12, 1979, and disclosed the sexual occurrences in March of 1988. In May 1988, following a medical examination of the complainant, the police began an investigation of the allegations. In August 1988, a videotape interview of the complainant took place. The complainant, a female child who was nine years old at the time of the videotaping, indi-

Nous mettons notre décision en délibéré en ce qui concerne les motifs non constitutionnels soulevés par l'intimé. Nous sommes prêts à répondre aux questions constitutionnelles séance tenante, avec motifs à suivre.

1. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

3. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

Les faits

En octobre 1988, l'intimé, D.O.L., a été inculpé relativement à trois chefs d'accusation d'agressions sexuelles qui auraient été commises entre septembre 1985 et mars 1988, et à trois chefs de contacts sexuels qui auraient eu lieu entre janvier 1988 et le 29 mars 1988.

La plaignante, R.S., est née le 12 mars 1979, et, en mars 1988, a révélé les incidents à caractère sexuel. En mai 1988, après un examen médical de la plaignante, la police a ouvert une enquête. En août 1988, on a procédé à un enregistrement magnétoscopique d'une entrevue avec la plaignante, alors âgée de neuf ans. Celle-ci a raconté que l'intimé, son grand-père, avait mis sa main à

cated that the respondent, her grandfather, had put his hand inside her "privates" and had touched her "chest". She further indicated that this had happened "lots of times". R.S. also mentioned that the respondent had warned her not to tell anybody or else he would hurt her.

The respondent was charged in October 1988. At the preliminary inquiry, held in May and June 1989, the complainant testified before the court. At the trial, held in November and December 1989, the Crown sought to introduce the videotaped interview of the complainant, pursuant to the dispositions of 715.1 of the *Criminal Code*. The respondent moved for a declaration that s. 715.1 was unconstitutional as it contravened ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedom*. The trial judge dismissed the motion, upholding the constitutionality of s. 715.1.

Following a *voir dire*, at which the complainant, her mother and the sergeant involved in making the videotape testified, the videotaped interview was admitted into evidence. The trial judge convicted the respondent on one count of sexual assault. No verdict was entered with respect to the count of sexual interference by application of the *Kienapple* principle. The other counts of sexual assault related to two other complainants.

On June 18, 1991, the Court of Appeal for Manitoba allowed the respondent D.O.L.'s appeal against conviction and declared s. 715.1 of the *Criminal Code* unconstitutional: (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465. A new trial was ordered.

Judgments

Court of Queen's Bench of Manitoba

At trial, Scollin J. found no merit in the respondent's argument that s. 715.1 of the *Criminal Code* offended the *Charter*. With regard to the correct test to be applied to ascertain guilt, he considered the duty of a judge or jury to determine whether,

l'intérieur de ses [TRADUCTION] «parties» et qu'il l'avait touchée à la [TRADUCTION] «poitrine». Elle a ajouté que cela s'était produit [TRADUCTION] «très souvent». R.S. a également dit que l'intimé l'avait avertie de n'en parler à personne, sinon il lui ferait mal.

L'intimé a été accusé en octobre 1988. À l'enquête préliminaire, tenue en mai et juin 1989, la plaignante a témoigné devant le tribunal. Au procès, tenu en novembre et décembre 1989, le ministère public a voulu mettre en preuve l'enregistrement magnétoscopique de l'entrevue de la plaignante, en application des dispositions de l'art. 715.1 du *Code criminel*. L'intimé a demandé que cet article soit déclaré inconstitutionnel parce que contraire à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a rejeté la requête, confirmant la constitutionnalité de l'art. 715.1.

Après un *voir-dire* lors duquel la plaignante, sa mère et le sergent ayant participé à la réalisation de l'enregistrement magnétoscopique ont témoigné, la bande vidéo a été admise en preuve. Le juge du procès a déclaré l'intimé coupable à l'égard d'un chef d'agression sexuelle. En application du principe de l'arrêt *Kienapple*, aucun verdict n'a été enregistré à l'égard du chef de contacts sexuels. Les autres chefs d'agressions sexuelles se rapportaient à deux autres plaignantes.

Le 18 juin 1991, la Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel que l'intimé D.O.L. avait formé contre sa déclaration de culpabilité, et a déclaré l'art. 715.1 du *Code criminel* inconstitutionnel: (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

Les jugements

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba

Au procès, le juge Scollin a conclu que l'argument de l'intimé voulant que l'art. 715.1 du *Code criminel* porte atteinte à la *Charte* ne reposait sur aucun fondement. En ce qui concerne le critère applicable à l'établissement de la culpabilité, il a

upon the whole of the evidence, they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had committed the offence charged. He held that the test to be met is whether the Crown has proven their case beyond a reasonable doubt and that:

Whether an account given by, or on behalf of, an accused might reasonably be true, is not in my view the honest and proper and established test of whether the Crown's evidence should be rejected. It is simply one factor in assessing the overall impact of the evidence as a whole.

Applying this test, Scollin J. found the respondent guilty on one count of sexual assault.

Court of Appeal for Manitoba (1991), 6 C.R. (4th) 277

In four separate and concurring opinions, the Court of Appeal for Manitoba allowed the respondent D.O.L.'s appeal against conviction, declared s. 715.1 of the *Criminal Code* unconstitutional and ordered a new trial.

Helper J.A. (Scott C.J.M. concurring)

Helper J.A. noted the impossibility of enumerating an exhaustive list of the principles of fundamental justice and the importance of maintaining a balance between the accommodation of changing values and the protection of the rights of accused persons. She held that s. 715.1 represents a departure from the general principles of evidence in criminal proceedings. Although Helper J.A. recognized that the purpose of s. 715.1 of the *Criminal Code* was valid and the concern a substantial and pressing one, she expressed grave concern with regard to the effect of the legislation. She stated (at pp. 290-91):

Section 715.1 clearly offends the common law evidentiary rule that precludes the admission in evidence of previous consistent statements. Its effects, however, are not confined only to common law rules of evidence. The

estimé qu'il incombait au juge ou au jury de décider si, d'après l'ensemble de la preuve, ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait commis l'infraction reprochée. Il s'agit donc, selon lui, de savoir si le ministère public a prouvé ses prétentions hors de tout doute raisonnable. Il a ajouté:

[TRADUCTION] La question de savoir si le récit fait par l'accusé ou pour son compte pourrait raisonnablement être vrai n'est pas, à mon avis, le critère honnête, juste et établi pour décider si la preuve du ministère public devrait être rejetée. Il s'agit simplement d'un facteur qui entre en considération dans l'appréciation de la valeur globale de la preuve dans son ensemble.

Appliquant ce critère, le juge Scollin a conclu à la culpabilité de l'intimé relativement à un chef d'agression sexuelle.

La Cour d'appel du Manitoba (1991), 6 C.R. (4th) 277

Dans quatre opinions distinctes et concordantes, la Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel de l'intimé D.O.L. contre sa déclaration de culpabilité, a déclaré inconstitutionnel l'art. 715.1 du *Code criminel* et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Le juge Helper (avec l'appui du juge en chef Scott)

Le juge Helper souligne l'impossibilité de dresser une liste exhaustive des principes de justice fondamentale et l'importance de maintenir un équilibre entre l'adaptation aux changements de valeurs et la protection des droits des accusés. Elle estime que l'art. 715.1 s'écarte des principes généraux de la preuve dans les instances criminelles. Tout en reconnaissant la validité de l'objectif de l'art. 715.1 du *Code criminel* et le caractère urgent et réel des considérations qui le sous-tendent, le juge Helper avoue être gravement préoccupée par l'effet de cette disposition, d'où sa remarque (aux pp. 290 et 291):

[TRADUCTION] L'article 715.1 contrevient manifestement à la règle de preuve de common law interdisant l'utilisation en preuve de déclarations antérieures compatibles. Ses effets, toutefois, ne se limitent pas seule-

legislation ignores two fundamental elements of the criminal trial process which have developed in our judicial system over the centuries:

(1) the general principle that evidence must be presented in a public courtroom, in the presence of the accused, accompanied by some formality; and

(2) the right of an accused to be present when evidence is presented or recorded in order to have the opportunity to test that evidence by cross-examination of the witness.

Section 715.1 violates both s. 7 and s. 11(d) of the *Charter* and results in an unfair trial.

Helper J.A. then considered whether s. 715.1 of the *Criminal Code* may be justified under s. 1 of the *Charter*. Notwithstanding her determination that the purpose of the legislation, increasing evidence in the prosecution of sexual offences, is a pressing and substantial concern to society, she concluded that s. 715.1 did not meet its objective. She held (at pp. 292-93):

Section 715.1 does not meet its objective. There appears to be little sense in protecting a child from the formality of a courtroom for the purposes of direct examination and yet subjecting him or her to the rigours of cross-examination in the setting which is designed to be avoided by the legislation. To require a child to testify at a preliminary hearing, on a voir dire at trial, to be cross-examined and be shielded only in the giving of direct evidence, falls short of the aim of the legislation.

Further, she discussed whether the rights of an accused are infringed as little as possible by s. 715.1 and held (at p. 300):

I cannot read into a legislation a requirement that the Crown prove either reliability or necessity. A comparison of ss. 715.1 and 715 leads me to conclude that the criteria of necessity and reliability were specifically excluded from s. 715.1. The result is that the accused faces an impossible onus and the inherent discretion of a trial judge is rendered nugatory. Once the Crown has proved the minimum requirements of s. 715.1, the accused must convince the court that the prejudicial value of the evidence outweighs its probative value or

ment aux règles de preuve de common law. La disposition ne tient pas compte de deux éléments fondamentaux du procès criminel qui, au fil des siècles, se sont imposés dans notre système judiciaire:

(1) le principe général que la preuve doit être présentée en audience publique, en présence de l'accusé, moyennant certaines formalités; et

(2) le droit de l'accusé d'être présent lorsqu'un témoignage est présenté ou enregistré, de façon à ce qu'il ait l'occasion d'en vérifier l'exactitude en contre-interrogeant le témoin.

L'article 715.1 viole à la fois l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et rend un procès inéquitable.

Le juge Helper examine ensuite l'art. 715.1 du *Code criminel* pour savoir s'il peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien qu'étant convaincue que l'objet de la disposition, soit renforcer la preuve dans la poursuite des infractions d'ordre sexuel, réponde à une préoccupation urgente et réelle de la société, elle conclut que l'art. 715.1 ne correspond pas au but recherché (aux pp. 292 et 293):

[TRADUCTION] L'article 715.1 n'atteint pas son objectif. Il apparaît quelque peu illogique de protéger un enfant contre le formalisme de l'interrogatoire principal en salle d'audience tout en le ou la soumettant aux rigueurs du contre-interrogatoire dans le cadre que la disposition visait à lui éviter. Obliger un enfant à témoigner à une enquête préliminaire, à un voir-dire au procès, le soumettre au contre-interrogatoire et ne le protéger qu'aux fins de la preuve directe ne correspond pas au but recherché par la disposition.

Elle examine, plus loin, la question de savoir si l'art. 715.1 porte aussi peu que possible atteinte aux droits de l'accusé. Elle conclut (à la p. 300):

[TRADUCTION] Je ne puis interpréter une disposition comme si elle contenait l'exigence que le ministère public prouve soit la fiabilité soit la nécessité. La comparaison des articles 715.1 et 715 m'amène à conclure que les critères de nécessité et de fiabilité ont été précisément exclus de l'art. 715.1. Il en résulte que l'accusé supporte une charge dont il lui est impossible de s'acquitter et que le pouvoir discrétionnaire du juge du procès est rendu inefficace. Une fois que le ministère public a fait la preuve des exigences minimales de l'art. 715.1, l'accusé doit convaincre le tribunal que l'effet préjudiciable du témoignage l'emporte sur sa valeur probante

the circumstances of the taking of the evidence are unfair.

The first test cannot be met. There is no question the evidence is prejudicial. Its probative value is the essence of the Crown's case.

The second test is equally inapplicable. The legislation specifically provides for the taking of evidence in the absence of the accused, without his knowledge, without court supervision and without the opportunity at the time to cross-examine. The legislation, therefore, precludes the exercise of any real judicial discretion. It instead provides for the mechanical application of the legislation.

Accordingly, she concluded that the infringement resulting from s. 715.1 may not be justified under s. 1 of the *Charter* and the section was, thus, unconstitutional.

Twaddle J.A.

Twaddle J.A. commenced his analysis by declaring that s. 715.1 of the *Criminal Code* constituted a departure from the general rule that evidence in a criminal trial can only be given by a witness *viva voce* in the courtroom. In reference to s. 7 of the *Charter*, although recognizing that this section does not guarantee adherence to established principles or rules of evidence, he found a principle of fundamental justice in the law of evidence that precluded the admission of videotaped testimony. According to Twaddle J.A., where the possibility exists that an accused may go to prison, an out-of-court statement by a witness can only be admitted to prove the truth of the witness' statement if the guarantees of necessity and reliability are met. Consequently, he considered whether s. 715.1 of the *Criminal Code* addressed the requirements of necessity and reliability. He indicated concern that the section was not limited to instances where the videotaped evidence was necessary in order to protect the young complainant from the trauma of testifying. In his opinion, the desirability to protect a class of witnesses did not meet the criterion of necessity. As to the requirement of reliability, Twaddle J.A. held that (at pp. 312-13):

ou que les conditions dans lesquelles il a été recueilli sont inéquitables.

Le premier critère ne peut être rempli. Le caractère préjudiciable du témoignage ne fait aucun doute. C'est sur sa valeur probante que repose essentiellement la preuve du ministère public.

Le second critère est également inapplicable. La disposition prévoit en effet expressément qu'un témoignage peut être recueilli en l'absence de l'accusé, à son insu, sans surveillance du tribunal et sans possibilité de procéder dès lors à un contre-interrogatoire. La disposition empêche donc l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire réel. Elle incite, au contraire, à une application mécanique.

En conséquence, elle est d'avis que la contravention résultant de l'art. 715.1 ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et que cette disposition est donc inconstitutionnelle.

Le juge Twaddle

Le juge Twaddle débute son analyse en déclarant que l'art. 715.1 du *Code criminel* s'écarte de la règle générale selon laquelle les témoignages, dans un procès criminel, ne peuvent être rendus que de vive voix dans la salle d'audience. Tout en reconnaissant que l'art. 7 de la *Charte* ne garantit pas l'adhésion à des principes ou règles de preuve établis, il estime qu'il existe, en droit de la preuve, un principe de justice fondamentale interdisant l'utilisation d'un témoignage enregistré sur bande vidéo. Selon lui, dans le cas où l'accusé risque une peine d'emprisonnement, la déclaration extrajudiciaire d'un témoin ne peut être admise aux fins d'en prouver la véracité que si elle remplit les exigences de nécessité et de fiabilité. Il s'est donc demandé si l'art. 715.1 du *Code criminel* remplit ces deux exigences. Or, à cet égard, il s'est dit préoccupé par le fait que l'application de cet article ne se limite pas aux instances où il est nécessaire de protéger le jeune plaignant contre le traumatisme d'un témoignage. À son avis, l'opportunité de protéger une catégorie de témoins ne rencontre pas le critère de nécessité. Quant à l'exigence de fiabilité, le juge Twaddle conclut (aux pp. 312 et 313):

The guarantee of reliability is addressed by the requirement that the child testify. But, paradoxically, it is this very requirement which makes the admission of the statement unnecessary. If the statement is to fulfil the reliability test, it must fail the test of necessity.

In any event, the opportunity which the accused is given to cross-examine the witness at the trial is insufficient to guarantee the reliability of the statement.

Having found that s. 715.1 of the *Criminal Code* infringed s. 7 of the *Charter*, Twaddle J.A. proceeded to determine whether s. 715.1 was justified pursuant to s. 1 of the *Charter*. Although he was convinced that the goals of recording the child complainant's evidence before it is weakened by the lapse of time and protecting the child were of pressing and substantial importance, he maintained that the first part of the goal was achieved without regard to the right of the accused to reliable evidence. Twaddle J.A. was also of the view that, since s. 715.1 did not exempt the child from giving evidence at the preliminary inquiry or from being subject to cross-examination at trial, the purpose of the section was not achieved. He concluded that the section could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

O'Sullivan J.A.

O'Sullivan J.A. agreed with the reasons of Helper J.A. and Twaddle J.A. However, he wrote separate reasons on three issues not considered by them, the burden of proof, the time factor and the discretion conferred upon the trial judge.

With regard to the burden of proof, O'Sullivan J.A. felt that the trial judge erred in imposing too high a burden on the respondent. With regard to the time factor, he determined that the trial judge made an error in holding that the tape was taken within a reasonable time of the alleged offences. Finally, O'Sullivan J.A. held that a discretion conferred upon the trial judge to exclude evidence on the ground of unfairness should not be read into s. 715.1 but, if such a discretion did exist, it should

[TRANSLATION] L'exigence de fiabilité est remplie du fait que l'enfant soit requis de témoigner. Mais, paradoxalement, c'est cette exigence même qui rend inutile l'utilisation de la déclaration. Si la déclaration satisfait au critère de fiabilité, elle ne remplit pas le critère de nécessité.

Quoi qu'il en soit, la possibilité qui est donnée à l'accusé de contre-interroger le témoin au procès ne suffit pas à garantir la fiabilité de la déclaration.

Ayant déterminé que l'art. 715.1 du *Code criminel* contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Twaddle s'est demandé si l'art. 715.1 est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que convaincu du caractère urgent et réel des buts poursuivis, soit enregistrer le témoignage de l'enfant plaignant avant qu'il ne soit affaibli par l'écoulement du temps et assurer la protection de l'enfant, il estime que le premier objectif est atteint sans égard au droit de l'accusé à la fiabilité de la preuve. Le juge Twaddle est également d'avis que le but recherché n'est pas atteint étant donné que l'art. 715.1 n'exempte pas l'enfant de l'obligation de témoigner à l'enquête préliminaire ou de subir un contre-interrogatoire au procès. Il conclut que l'article ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge O'Sullivan

Le juge O'Sullivan souscrit aux motifs des juges Helper et Twaddle. Il aborde, cependant, trois questions que ces derniers n'ont pas examinées, soit le fardeau de preuve, le facteur temps et le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès.

En ce qui concerne le fardeau de preuve, le juge O'Sullivan estime que le juge du procès a commis une erreur en imposant à l'intimé une charge trop lourde. À propos du facteur temps, il considère que le juge du procès a également commis une erreur en tenant que l'enregistrement a été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration des infractions reprochées. Enfin, il conclut que l'art. 715.1 ne devrait pas être interprété comme s'il conférait au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'exclure un témoignage au motif qu'il est inéquitable, mais que, si un tel pouvoir discrétionnaire existe, il

be to prevent against evidence being rehearsed, coached or led.

Lyon J.A.

Lyon J.A. concurred with the common results arrived at by his colleagues. He did not agree, however, with O'Sullivan J.A. that the trial judge imposed too high a burden on the respondent. In considering the general rule to determine guilt or innocence of an accused and its application, he wrote (at pp. 322-23):

I am satisfied that the sheet anchor test in any criminal prosecution, indeed, the only fundamental rule of general application in determining guilt or innocence, is whether the Crown, on the totality of the evidence, has proved its case beyond a reasonable doubt. If it has, the accused must be convicted. If, on the other hand, the trier of fact is left with a reasonable doubt as to the accused's guilt, the accused is entitled to the benefit of that doubt and he must be acquitted. There is no alternative or substitute for this basic principle of law.

The Issues

The four following constitutional questions were stated by the Chief Justice on September 16, 1992:

1. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to the first question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to the third question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a

devrait servir à empêcher qu'un témoignage ne soit soigneusement préparé, répété ou suggéré.

Le juge Lyon

Le juge Lyon souscrit aux résultats communs auxquels sont parvenus ses collègues. Il ne partage pas, toutefois, l'opinion du juge O'Sullivan quant à la charge trop lourde imposée à l'intimé. Examinant la règle générale servant à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé et son application, il écrit (aux pp. 322 et 323):

[TRADUCTION] J'ai la conviction que, dans toute poursuite criminelle, le critère ultime, en fait le seul principe fondamental d'application générale quant à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, est de déterminer si le ministère public, d'après l'ensemble de la preuve, a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable. Si oui, l'accusé doit être déclaré coupable. Si, par contre, il subsiste dans l'esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, celui-ci a droit au bénéfice de ce doute et il doit être acquitté. Il n'existe pas d'alternative ou de substitut à ce principe de droit fondamental.

Les questions en litige

Les quatre questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef le 16 septembre 1992:

1. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se

free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

As I noted earlier, the judgment rendered from the bench on June 15, 1993 answered questions 1 and 3 in the negative and, as a result, questions 2 and 4 did not need to be answered.

In addition to the above constitutional issues, the respondent raised the following three non-constitutional issues:

1. Whether the videotaped testimony of R.S. has been recorded within a reasonable time after the offence, pursuant to s. 715.1 of the *Code*.
2. Whether the trial judge erred in failing to use the "might reasonably be true" evidentiary test to determine if the accused should be convicted or acquitted.
3. Whether the trial judge's interjections and commentary during the questioning of the witnesses created a reasonable apprehension of bias.

The reasons underlying the Court's unanimous decision as regards the constitutional questions, as well as the decision with regard to the non-constitutional matters remain to be dealt with.

The Context

At the outset, I believe that it is important to recall the context in which the determination of all the issues involved in this appeal must be considered. As I wrote in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647:

It is my view that the constitutional questions must be examined in their broader political, social and historical context in order to attempt any kind of meaningful constitutional analysis. The strength of this approach was discussed by Wilson J., in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352. She states at p. 1355 that, "(o)ne virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a par-

démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Comme je l'ai indiqué précédemment, la Cour a, par jugement rendu à l'audience le 15 juin 1993, répondu négativement à la première et à la troisième question; en conséquence, il n'y avait lieu de répondre ni à la deuxième, ni à la quatrième question.

En plus des questions constitutionnelles, l'intimé a soulevé les trois questions non constitutionnelles suivantes:

1. L'enregistrement magnétoscopique du témoignage de R.S. a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction, comme l'exige l'art. 715.1 du *Code*?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'appliquant pas le critère de la preuve «pouvant raisonnablement être vraie» pour établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé?
3. Les interjections et les commentaires du juge du procès pendant l'interrogatoire des témoins ont-ils fait naître une crainte raisonnable de partialité?

Il nous reste à expliciter les motifs qui sous-tendent la décision unanime de la Cour en ce qui concerne les questions constitutionnelles, et à disposer des questions non constitutionnelles.

Le contexte

Au départ, j'estime qu'il importe de rappeler le contexte dans lequel doivent être tranchées l'ensemble des questions soulevées dans le présent pourvoi. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647:

J'estime que les questions constitutionnelles doivent être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d'en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens. Le juge Wilson a discuté de l'intérêt de cette approche dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1352. Elle dit à la p. 1355: «Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de recon-

particular right or freedom may have a different value depending on the context.”

In the case at hand, the horrible ordeal through which R.S. has suffered for the past eight years of her now 14-year-old life, is sadly not an uncommon occurrence in our present day Canadian society. Further to our dismay, the anguish and hardship to which R.S. has been subjected depict a typical situation of child sexual abuse. R.S. is a little girl who was fondled on multiple occasions by someone whom she knew and trusted, her grandfather. R.S. did not immediately disclose the incidents for she feared the consequences of telling. Since disclosure, R.S.'s world has been further upheaved by the development of a rift in her family unit. Each year, in Canada, the number of children who face traumatic situations of sexual abuse and the resulting aftermath, similar to that endured by R.S., increases. This trend has been well documented in the Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (*Sexual Offences Against Children* (1984)), a report often referred to as the Badgley Report, as well as in many other publications and studies. From 1983 to 1988, reports of sex crimes increased over 100 percent, reaching a staggering 29,111 offences across Canada in 1988 (Department of Justice Canada, Research Section, *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation* (Report No. 5 1990), at p. 28). Regrettably, children represent a significant percentage of those victimized. It has been estimated that almost 80 percent of sex crimes are committed against girls and boys and young women and men under the age of 20 (N. Bala and M. Bailey, “Canada: Recognizing the Interests of Children” (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, at p. 292). The Badgley Report warns that one in two females will be the victim of unwanted sexual acts. Further, the fact that children are most often sexually abused by an adult in a position of power or trust increases the pain suffered by the victim. In fact, studies indicate that 75 percent of perpetrators are known to the children whom they abuse (B. W. Dziech and Judge C. B. Schudson, *On Trial: America's Courts and Their Treatment of Sexually Abused Children* (2nd ed. 1991), at p. 8, citing a *Los Angeles Times* poll and the American Humane

naître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte.»

Dans la présente affaire, R.S., une adolescente de 14 ans, a subi au cours des huit dernières années de sa vie une horrible épreuve qui n'a malheureusement rien d'un incident isolé dans la société canadienne d'aujourd'hui. En outre, et c'est consternant, la souffrance et le désarroi ressentis par R.S. sont typiques de ce qu'éprouvent les enfants victimes d'agression sexuelle. R.S. est une petite fille qui, à de multiples reprises, a été caressée par quelqu'un qu'elle connaissait et en qui elle avait confiance, son grand-père. Elle n'a pas immédiatement rapporté les incidents de peur des conséquences qui pouvaient s'ensuivre. Depuis le signalement, son monde a été encore davantage bouleversé par la division qui s'est installée dans sa cellule familiale. Chaque année voit s'accroître au Canada le nombre d'enfants qui font face à des situations traumatisantes d'agression sexuelle et à des contrecoups semblables à ceux qu'a subis R.S. Cette tendance a été bien documentée dans le Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)), souvent cité sous le nom de Rapport Badgley, ainsi que dans de nombreuses autres publications et études. De 1983 à 1988, les signalements de crimes à caractère sexuel ont augmenté de plus de 100 pour 100 pour atteindre le nombre effarant de 29 111 infractions dans l'ensemble du Canada en 1988 (Ministère de la Justice, Canada, Section de la recherche, *La Loi sur les agressions sexuelles au Canada — Une évaluation* (Rapport n° 5 1990), à la p. 30). Fait déplorable, les enfants représentent un pourcentage important de ces victimes. On estime que près de 80 pour 100 des crimes à caractère sexuel sont commis contre des fillettes et des garçons, et contre des jeunes femmes et des jeunes gens de moins de 20 ans (N. Bala et M. Bailey, «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, à la p. 292). Le Rapport Badgley indique qu'une femme sur deux sera victime d'actes sexuels non désirés. De plus, le fait que les enfants sont le plus souvent sexuellement agressés par un adulte en situation d'autorité ou de confiance accroît la souffrance de la victime. Selon

Association statistics on child abuse victims). This relational power imbalance also serves to delay, as it did in this case, or ultimately in many cases, to prevent disclosure. The respondent's use of threats of reprisal should R.S. tell of her abuse, likely had a much stronger impact on R.S. who trusted, loved and respected D.O.L.

Another issue that must be kept at the forefront of this analysis is the innate power imbalance which exists between the abuser and the abused child. Statistics of the Institute for the Prevention of Child Abuse reveal that in Canada one in four girls and one in ten boys will be victims of sexual assault before they reach the age of 18 (R. Bessner, "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15, at p. 16). Another important concern in my view, one that, judging from their concurring opinions, some colleagues do not seem to share, is the power imbalance tied to the gender of the victim and perpetrator. However, since according to the above statistics and the fact that the Badgley Report has observed that 98.8 percent of suspected perpetrators of child sexual assault are male, it cannot be ignored. Further, the Rogers Report (*Reaching for Solutions* (1990)) identified persistent social attitudes in which women and children continue to be viewed as sexual objects. Those who are objectified are then blamed for their own victimization, which results as a consequence of their objectification (Rogers Report, at pp. 11, 17-18). The issue of gender as it relates to child sexual abuse has, in many instances, been overlooked (L. Clark, "Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report" (1986), 2 C.J.W.L. 135, at p. 137). In fact, the Badgley Report remarks, without any further comment or analysis, that all of the assailants in a particular study were adult males. In

les études, les enfants connaissent leur agresseur dans 75 pour 100 des cas (B. W. Dziech et le juge C. B. Schudson, *On Trial: America's Courts and Their Treatment of Sexually Abused Children* (2^e éd. 1991), à la p. 8, citant un sondage du *Los Angeles Times* et des statistiques de l'American Humane Association sur les enfants victimes d'agressions sexuelles). Cette inégalité du rapport de force fait également en sorte de retarder, comme en l'espèce, ou même, dans de nombreux cas, d'empêcher la dénonciation. Les menaces de représailles auxquelles l'intimé a eu recours pour empêcher R.S. de parler ont vraisemblablement eu sur elle des répercussions d'autant plus fortes qu'elle avait confiance en D.O.L., l'aimait et le respectait.

Un autre élément qui doit rester à l'avant-plan de la présente analyse est l'inégalité inhérente du rapport de force qui existe entre l'agresseur et l'enfant qui en est victime. Les statistiques de l'Institut pour la prévention de l'enfance maltraitée révèlent que, au Canada, une fille sur quatre et un garçon sur dix seront victimes d'agression sexuelle avant l'âge de 18 ans (R. Bessner, «Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence» (1990), 79 C.R. (3d) 15, à la p. 16). Une autre préoccupation importante à mon avis, que certains collègues ne semblent pas partager si l'on en juge par leurs opinions concordantes, est l'inégalité du rapport de force liée au sexe de la victime et à celui de l'agresseur. Toutefois, on ne peut en faire abstraction si l'on tient compte des statistiques mentionnées ci-dessus et du fait que le rapport Badgley a observé que 98,8 pour 100 des auteurs présumés d'agression sexuelle contre des enfants sont de sexe masculin. De plus, le rapport Rogers (*À la recherche de solutions* (1990)) fait état de la persistance d'attitudes sociales selon lesquelles les femmes et les enfants sont encore considérés comme des objets sexuels et ensuite blâmés pour leur propre victimisation, qui en est le résultat (Rapport Rogers, aux pp. 13, 19 et 20). La question du sexe dans les cas d'enfants victimes d'agression sexuelle est souvent restée dans l'ombre (L. Clark, «Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report» (1986), 2 R.J.F.D. 135, à la p. 137). On se borne en effet à souligner dans le rap-

her comments on the Badgley Report, Clark cites numerous examples from the report where the fact that the perpetrators of sexual abuse were almost exclusively male continues to go unnoticed. In essence, it appears that the problem, detailed by Clark, A. H. Young ("Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues" (1992), 11 *Can. J. Fam. L.* 11) and many other authors, is a failure to recognize that the occurrence of child sexual abuse is one intertwined with the sexual abuse of all women, regardless of age. Young comments in her article (at pp. 20-21):

One cannot help but be struck by the parallel between the historical discrediting of children, and that of women who report sexual assaults, as reflected in the following passage from the eminent evidence scholar, John Wigmore [*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), at p. 736]:

Modern psychiatrists have amply studied the behaviour of errant young girls and women coming before the courts in all sorts of cases. Their psychic complexes are multifarious, distorted partly by their inherent defects, partly by diseased derangements or abnormal instincts, partly by bad social environment, partly by temporary physiological or emotional conditions. One form taken by these complexes is that of contriving false charges of sexual offenses by men.

The innate power imbalance between the numerous young women and girls who are victims of sexual abuse at the hands of almost exclusively male perpetrators cannot be underestimated when "truth" is being sought before a male-defined criminal justice system. In this light, I suggest that throughout this analysis one must continue to have regard to the context exposed by this Court in *Seaboyer, supra*. We cannot disregard the propensity of victims of sexual abuse to fail to report the abuse in order to conceal their plight from institutions within the criminal justice system which hold stereotypical and biased views about the victimiza-

port Badgley, sans autre commentaire ou analyse, que tous les assaillants dans une étude donnée étaient des adultes mâles. Clark cite, dans ses commentaires sur le rapport Badgley, de nombreux exemples où l'on n'a pas relevé le fait que les agresseurs sexuels étaient presque exclusivement de sexe masculin. Essentiellement, il semble que le problème, analysé par Clark, A. H. Young («Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues» (1992), 11 *Rev. can. d. fam.* 11) et beaucoup d'autres auteurs, soit la non-reconnaissance du fait que la question des agressions sexuelles contre les enfants est étroitement liée à celle des agressions sexuelles contre les femmes dans leur ensemble, quel que soit leur âge. Dans son article, Young écrit (aux pp. 20 et 21):

[TRADUCTION] On ne peut manquer d'être frappé par le parallèle entre le discrédit historiquement attaché aux enfants et celui dont sont victimes les femmes qui signalent des agressions sexuelles, comme en témoigne le passage suivant de l'éminent spécialiste de la preuve, John Wigmore [*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), à la p. 736]:

Les psychiatres contemporains ont amplement étudié le comportement de jeunes filles et de femmes vagabondes avant qu'elles ne viennent témoigner devant les tribunaux dans des affaires de toutes sortes. Leurs complexes psychiques variés sont déformés en partie par des déficiences innées, en partie par des dérangements pathologiques ou des instincts anormaux, en partie par un environnement social néfaste, en partie par un état psychologique ou émotif passager. L'une des formes sous lesquelles se manifestent ces complexes est la fabrication de fausses accusations d'infractions d'ordre sexuel par des hommes.

On ne saurait sous-estimer le déséquilibre inhérent dans le rapport de force entre les nombreuses jeunes femmes et jeunes filles victimes d'agression sexuelle et leurs agresseurs presque exclusivement de sexe masculin lorsqu'il s'agit de découvrir la «vérité» dans le cadre d'un système de justice pénale défini par les hommes. Cela étant, j'estime qu'il nous faut, tout au long de la présente analyse, ne pas perdre de vue le contexte que notre Cour a évoqué dans l'arrêt *Seaboyer*, précité. Nous ne pouvons faire abstraction de la propension des victimes à ne pas rapporter les cas d'agression sexuelle afin d'échapper à des institutions au sein

tion of women. In the report of the Solicitor General of Canada, *Canadian Urban Victimization Survey: Reported and Unreported Crimes* (1984), the statistics in this regard are noted at p. 10:

Analysis of reasons for failure to report incidents confirms many of the concerns which have already been noted by rape crisis workers — that women fear revenge from the offender (a factor in 33% of the unreported incidents) and, even more disturbingly, that they often fail to report because of their concern about the attitude of police or courts to this type of offence (43% of unreported incidents).

(See also L. L. Holmstrom and A. W. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), at p. 58, and P. Marshall, "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216, at p. 217.) These stereotypical views are equally relevant where children are involved. A recognition of the gendered nature of child sexual abuse and of the way in which young women are particularly victimized does not, of course, imply the denial of the trauma and pain experienced by boys and adolescent victims of sexual abuse. They are also too often silenced by a society which tends to disbelieve them and to stigmatize them by calling into question their sexual identity once they do disclose the abuse. We live in a society which continues to blame even the most innocent of victims.

Legislative Background

Child sexual abuse has been described as the perfect crime (B. McAllister, "Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom" (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279, at pp. 280-306). The combination of the power imbalance between the victim and the perpetrator, both through the dynamics of age and gender, acts in conjunction with the fact that there are likely no

du système de justice pénale où prévalent des conceptions stéréotypées et biaisées de la victimisation des femmes. Le *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Crimes signalés et non signalés* (1984), publié par le Solliciteur général du Canada, contient les statistiques suivantes à cet égard, à la p. 11:

L'analyse des raisons pour lesquelles on n'a pas signalé les incidents confirme beaucoup des préoccupations qui ont déjà été relevées par les travailleurs de l'aide aux victimes de viol, à savoir que les femmes craignent des représailles de l'agresseur (un facteur qui intervient dans 33 % des incidents non signalés) et, fait encore plus alarmant, qu'elles s'abstiennent souvent de signaler l'incident à cause de leur appréhension concernant l'attitude de la police ou des tribunaux à l'égard de ce genre d'infraction (43 % des incidents non signalés).

(Voir également L. L. Holmstrom et A. W. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), à la p. 58, et P. Marshall, «Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216, à la p. 217.) Ces attitudes stéréotypées sont les mêmes à l'égard des enfants. Il va sans dire que reconnaître l'aspect lié au sexe de l'agresseur et à celui de la victime dans les cas d'agression sexuelle et le fait que les jeunes femmes sont particulièrement victimes n'implique pas une négation du traumatisme et de la peine que subissent les jeunes garçons et les adolescents victimes d'agressions sexuelles. Qui plus est, ceux-ci sont trop souvent réduits au silence par une société qui a tendance à ne pas les croire et à les stigmatiser en mettant en doute leur identité sexuelle lorsqu'ils divulguent l'agression. Nous vivons dans une société qui continue à blâmer même les plus innocentes des victimes.

Le cadre législatif

L'agression sexuelle contre les enfants est, a-t-on dit, le crime parfait (B. McAllister, «Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom» (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279, aux pp. 280 à 306). L'inégalité du rapport de force entre la victime et l'agresseur, en raison à la fois de l'âge et du sexe, se combine au fait qu'il n'y a vraisemblablement aucun autre témoin du crime

other witnesses to the crime other than the assailant and the young victim. Further, difficulties faced by the young complainant as she tries to seek justice in the somewhat alien criminal justice system act to limit the attainment of the truth in the court process. Unfortunately, the barriers to justice faced by child victims remain almost as steadfast today as they have for decades. In fact, despite the increase in child sexual assault complaints since the early 1980s, the ratio of charge to conviction rate remains unchanged. In 1986, only one in five of those charged with child sexual assault were convicted compared to a conviction rate of four out of five of those accused of other offences (A. McGillivray, "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549, at p. 563). As "increasing numbers of sexual assault cases involving children come through the courts, it has become apparent that the traditional treatment of children and their evidence is unsatisfactory" (Young, *supra*, at p. 11 (synopsis)). Professor Bala succinctly sets out the problem with which courts are faced:

The traditional response of the Canadian criminal justice system to child sexual abuse has contributed to the "double victimization" of children. Because of their social, psychological, economic and intellectual positions, children are the most frequent victims of unwanted sexual acts. Our legal and social systems failed our children, initially by allowing them to become victims. And when cases of sexual abuse have been dealt with by the legal system, children have too often been the victims of "secondary trauma", produced by their mistreatment in that system.

("Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System"; in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993), 232, at p. 233.)

que l'assaillant et sa jeune victime. De plus, les difficultés auxquelles se heurte la jeune victime qui tente d'obtenir justice dans un système de justice pénale aliénant font en sorte de limiter la recherche de la vérité dans le processus judiciaire. Malheureusement, les barrières que doivent surmonter les enfants victimes sont presque aussi inébranlables aujourd'hui qu'elles l'ont été pendant des décennies. De fait, malgré l'augmentation des plaintes pour agression sexuelle contre des enfants depuis le début des années 1980, la proportion d'accusations par rapport au nombre de déclarations de culpabilité est demeurée inchangée. En 1986, dans les cas d'agression sexuelle contre un enfant, seulement une personne sur cinq était déclarée coupable, comparativement à un taux de déclaration de culpabilité de quatre sur cinq dans le cas d'autres infractions (A. McGillivray, «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549, à la p. 563). Avec le [TRADUCTION] «nombre croissant d'affaires d'agressions sexuelles contre des enfants devant les tribunaux, le traitement accordé traditionnellement aux enfants et à leur témoignage est devenu manifestement insatisfaisant» (Young, *loc. cit.*, à la p. 11 (synopsis)). Le professeur Bala expose succinctement le problème auquel les tribunaux sont confrontés:

[TRADUCTION] La réponse qu'a traditionnellement apportée le système de justice pénale canadien aux agressions sexuelles à l'égard des enfants a contribué à la «double victimisation» de ceux-ci. En raison de leur situation sur les plans social, psychologique, économique et intellectuel, les enfants sont les victimes les plus fréquentes d'actes sexuels non désirés. Et nos systèmes judiciaire et social les trahissent, d'abord en permettant qu'ils deviennent victimes. Lorsque des cas d'agression sexuelle sont pris en charge par le système judiciaire, les enfants sont trop souvent victimes d'un «traumatisme secondaire» causé par la mauvaise façon dont ils sont traités dans ce système.

(«Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice* (1993), 232, à la p. 233.)

In an attempt to remove or limit the barriers encountered by child victims of sexual assault and the urgent need to end the cycle of abuse, where an abused male frequently becomes an abuser and an abused female is often revictimized (McAllister, *supra*, at p. 295), the enactment of s. 715.1 of the *Code* was precipitated.

I suggest that a proper starting point for discussion of the legislation must be in the context of developing a criminal justice system that, as the Rogers Report, *supra*, proposes (at p. 57): “[used] to its fullest extent must be an important part of the strategy for dealing with child sexual abuse”. As M. Brennan stated at the Commonwealth Law Conference, with respect to the problems related to child sexual abuse in the courts:

The fundamental question remains: how can “truth” be an outcome of a process which restricts and actively denies the experiences of one of the major players?

(“The Battle for Credibility” (1993), 143 *New Law Journal* 623, at p. 626.)

Section 715.1 of the *Criminal Code* seeks to include the experience of young complainants in the criminal justice system. The respondent alleges that, as a result of this enactment, principles of fundamental justice, particularly with regard to a fair trial, are infringed. Both at trial and at the Court of Appeal, as well as in the argument submitted to this Court, the crux of the argument revolved around the larger purpose, as compared to the actual effect of the legislation. Accordingly, it is essential to address the goals of the legislation, as apparent from the section.

I agree with the submission that the goals of s. 715.1 are not unique but multifaceted. First, I find that the section is designed to preserve an early account of the child’s complaint in order to assist in the discovery of the truth and to provide a procedure for the introduction of the child’s story into evidence at the trial. R. G. Mosley, senior general counsel for the Department of Justice, said when introducing s. 715.1 before the Standing Senate

C’est la tentative d’éliminer ou de limiter les barrières auxquelles se heurtent les enfants victimes d’agression sexuelle et de mettre fin d’urgence au cycle de la violence — l’homme qui a été agressé devient souvent à son tour un agresseur et la femme, elle, devient souvent de nouveau une victime (McAllister, *loc. cit.*, à la p. 295) — qui a précipité l’adoption de l’art. 715.1 du *Code*.

À mon avis, il convient dès le départ de situer l’analyse de cette disposition dans un contexte où, comme le propose le Rapport Rogers, *op. cit.*, à la p. 65, «le recours énergique au système pénal doit constituer une partie importante de la stratégie pour lutter contre l’exploitation sexuelle des enfants». Comme l’a observé M. Brennan à la Conférence du Commonwealth sur le droit à propos des problèmes liés aux affaires d’agression sexuelle à l’égard des enfants devant les tribunaux:

[TRADUCTION] La question fondamentale demeure: comment la «vérité» résulterait-elle d’un processus qui restreint et nie activement les expériences vécues par l’un des principaux protagonistes?

(«The Battle for Credibility» (1993), 143 *New Law Journal* 623, à la p. 626.)

L’article 715.1 du *Code criminel* vise à inclure l’expérience des jeunes plaignants dans le système de justice pénale. L’intimé allègue que, en raison de cette disposition, il y a atteinte aux principes de justice fondamentale, particulièrement en ce qui touche l’équité du procès. Tant au procès qu’en Cour d’appel, ainsi que dans les mémoires que l’on nous a soumis, le nœud de l’argumentation a tourné autour de l’objectif global de cette disposition, plutôt que sur son effet réel. Par conséquent, il est essentiel de rechercher les buts poursuivis tels qu’ils ressortent de cette disposition.

Je conviens, comme on l’a soutenu, que l’objet de l’art. 715.1 ne comporte pas une seule mais plusieurs facettes. En premier lieu, j’estime que l’article vise à préserver le récit fait peu après la plainte de l’enfant en vue d’aider à découvrir la vérité, et à fournir une procédure pour l’introduire en preuve au procès. R. G. Mosley, avocat général principal au ministère de la Justice, a dit lorsqu’il a présenté l’art. 715.1 devant le Comité senatorial

Committee on Legal and Constitutional Affairs that:

... the videotape ... is simply a means of getting the child's earlier statement before the court in the belief that that early statement will be an accurate and, hopefully, more complete account of what took place.

(Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Proceedings*, Issue No. 2, November 20, 1986, at p. 2:23.)

Secondly, the procedures set out in s. 715.1 are designed to diminish the stress and trauma suffered by child complainants as a byproduct of their role in the criminal justice system. This "system induced trauma", as described by J. R. Spencer and R. H. Flin (*The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), at pp. 290-97) and by Professor Bala ("Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", *supra*), often ultimately serves to revictimize the young complainant. Further, the most recent report of the House of Commons entitled *Four-Year Review of the Child Sexual Abuse Provisions of the Criminal Code and the Canada Evidence Act (formerly Bill C-15)* by the Standing Committee on Justice and the Solicitor General, dated June 1993 (at p. 11), indicates that s. 715.1 was intended to preserve the evidence of the child and to remove the need for them to repeat their story many times. It is often the repetition of the story that results in the infliction of trauma and stress upon a child, who is made to feel that she is not being believed and that her experiences are not being validated. In response to those who suggest that the purpose of s. 715.1 is in no way geared to assist the child witness, it would be difficult to imagine how the legislators could have ignored the benefit such a provision would have in limiting the strain imposed on child witnesses, who are required to provide detailed testimony about confusing, embarrassing and frightful incidents of abuse in an intimidating, confrontational and often hostile courtroom atmosphere. Finally, and most importantly, the limited scope of the rule is, in my view, a legislative

permanent des affaires juridiques et constitutionnelles:

... l'enregistrement magnétoscopique [...] est simplement un moyen d'obtenir d'un enfant une déclaration spontanée qui pourra être ultérieurement déposée devant les tribunaux sous prétexte qu'elle sera plus exacte et, espérons-le, qu'elle rendra plus fidèlement compte des événements.

(Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Délibérations*, fascicule n° 2, le 20 novembre 1986, à la p. 2:23.)

En second lieu, le mécanisme établi à l'art. 715.1 vise à diminuer le stress et le traumatisme que subissent les enfants plaignants du fait de leur rôle dans le système de justice pénale. Ce [TRAUCTION] «traumatisme causé par le système», comme le décrivent J. R. Spencer et R. H. Flin (*The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), aux pp. 290 à 297) ainsi que le professeur Bala («Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», *loc. cit.*), fait souvent en sorte de revictimiser le jeune plaignant. De plus, selon le plus récent rapport de la Chambre des communes intitulé *Examen de quatre ans des dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada sur l'exploitation sexuelle des enfants (anciennement projet de loi C-15)*, émanant du Comité permanent de la justice et du solliciteur général, et daté de juin 1993 (aux pp. 12 et 13), l'art. 715.1 vise à conserver le témoignage de l'enfant tout en lui évitant d'avoir à reprendre maintes fois son récit. C'est souvent de la répétition que résultent le traumatisme et le stress de l'enfant, qui en vient à penser qu'on ne la croit pas et qu'on n'accorde aucune valeur à l'expérience qu'elle a vécue. Quant à ceux qui laissent entendre que l'art. 715.1 n'a aucunement été conçu pour venir en aide au jeune témoin, il est difficile d'imaginer comment les législateurs auraient pu ignorer l'effet bénéfique d'une telle disposition, soit l'atténuation de la tension imposée aux enfants obligés de témoigner en détail sur des incidents d'agression confus, embarrassants et effroyables, dans une salle d'audience intimidante où règne une atmosphère d'affrontement et souvent d'hostilité. Enfin, et c'est là un élément primordial, la portée limitée de la règle s'explique, à mon avis, par la

attempt to balance these objectives with the rights of an accused to a fair trial.

Whilst the primary purpose of s. 715.1 may be the attainment of truth, the section is particularly focused on the needs of children and the special protections that they require in order to expose that truth. Children, for example, find it stressful to face their perpetrator while they are testifying and to tell their story in front of strangers. It is these types of concerns at which s. 715.1 is aimed. In the words of Kerans J.A. in *R. v. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289 (Alta. C.A.), s. 715.1 is “a modest modification of the existing law of evidence to recognize the difficulties some child witnesses have in the articulation of their testimony” (p. 295). An alternate view was recently expressed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5 where Doherty J.A. stated (at pp. 20-21):

... I do not agree that s. 715.1 is intended to protect the young complainant from the trauma associated with testifying in a public forum and in the presence of the accused. Indeed, s. 715.1 has been criticized because it fails to provide that protection.

Doherty J.A. goes on to quote comments made by Professor Spencer (“Child Witnesses — A Further Skirmish” (1987), 137 *New Law Journal* 1127), regarding proposed English legislation admitting videotapes. Professor Spencer contends (at p. 1128):

The courts are not concerned with protecting witnesses, or defendants, or anyone, except as something secondary to their main purpose, which is discovering the truth in order to do justice.

Assuming that the above quote supports Doherty J.A.’s assertion, which is not clear to me, I disagree with Doherty J.A. on this point. I suggest that the *Charter* requires that we bring these multiple considerations foremost in our mind, as truth cannot be attained in a vacuum. In my opinion, Professor Spencer, in fact, gives credence to the multifaceted purposes of legislation such as, s. 715.1 of the *Criminal Code*. In our quest for the truth, if

recherche d’un équilibre entre ces objectifs et le droit de l’accusé à un procès équitable.

Bien que l’art. 715.1 puisse avoir comme premier objectif la découverte de la vérité, l’accent y est mis tout spécialement sur les besoins des enfants et la protection particulière qu’il faut leur accorder pour exposer cette vérité. Pour les enfants par exemple, le fait d’être confrontés à leur agresseur lorsqu’ils témoignent et d’avoir à raconter leur histoire devant des étrangers est source de tension. C’est à ce type de préoccupations que l’art. 715.1 vise à répondre. Pour reprendre les mots du juge Kerans dans l’arrêt *R. c. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289 (C.A. Alb.), l’art. 715.1 est [TRADUCTION] «une modeste modification de l’actuel droit de la preuve pour reconnaître les difficultés qu’ont certains enfants témoins à formuler leur témoignage» (p. 295). Le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario a exprimé récemment une opinion différente dans l’arrêt *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5, aux pp. 20 et 21:

[TRADUCTION] ... je ne suis pas d’accord pour dire que l’art. 715.1 vise à protéger le jeune plaignant du traumatisme associé à l’obligation de témoigner dans un endroit public et en présence de l’accusé. Au contraire, l’art. 715.1 a été critiqué parce qu’il n’accorde pas cette protection.

Le juge Doherty poursuit en citant les commentaires du professeur Spencer («Child Witnesses — A Further Skirmish» (1987), 137 *New Law Journal* 1127) sur un projet de loi anglais concernant l’utilisation d’enregistrements magnétoscopiques (à la p. 1128):

[TRADUCTION] Les tribunaux ne se préoccupent pas de la protection des témoins, ou des défendeurs, ou de qui que ce soit, sauf accessoirement à leur but principal, qui est de découvrir la vérité afin de rendre justice.

À supposer que la citation qui précède vienne étayer l’affirmation du juge Doherty, ce dont je ne suis pas sûre, je ne partage pas son opinion sur ce point. J’estime que la *Charte* exige que nous ayons ces considérations multiples constamment à l’esprit, étant donné l’impossibilité de parvenir à la vérité dans l’abstrait. À mon avis, le professeur Spencer ajoute plutôt foi à l’idée des multiples facettes de l’objectif poursuivi par une disposition

the defendant's rights must not be infringed, neither must the complainant be further victimized. Children require special treatment to facilitate the attainment of truth in a judicial proceeding in which they are involved. These special requirements stem not so much from any disability of the child witness, but from the fact that our ordinary criminal and courtroom procedures have been developed in a time when the participation of children in criminal justice proceedings was neither contemplated nor plausible. A "court system, established with adult defendants and witnesses in mind, does not easily accommodate children's special needs" (G. Goodman et al., *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims* (1992), at p. 3). Children have suffered and continue to suffer immense hardship from the court process. I do not believe that, when drafting s. 715.1, the legislators could have ignored detailed accounts, such as set out by Spencer and Flin, *supra*, at p. 72:

I was accused of lying, fabrication and made to feel as though I was the accused and not an innocent nine-year-old victim. . . . The defence lawyer treated me roughly as though I was 19 instead of nine-year-old, shouting at me, muddling me, confusing me. I hated him and still do for the way he treated me. The trouble is that after 23 years I still have horrible dreams now and then — not about the incident at the cinema [the assault], but of the court appearance I made.

At the age of seven I was indecently assaulted by a lad who was known to our family. Trying to explain to my parents was hard but to stand up in court and explain was impossible. He sat there watching me all the time. Of course he got away with it like so many do.

It has also been observed that court proceedings often have severe and dire consequences on a child's ability to get on with her or his daily life. In a significant number of cases, the fear of contaminating required testimony has forced the delay of needed therapy and counselling (Spencer and Flin,

telle que l'art. 715.1 du *Code criminel*. Si notre quête de la vérité ne doit pas porter atteinte aux droits du défendeur, elle ne doit pas non plus accroître la victimisation du plaignant. Les enfants requièrent un traitement particulier pour faciliter l'obtention de la vérité dans l'instance judiciaire dans laquelle ils sont engagés. Ces exigences particulières découlent non pas tant d'une quelconque incapacité d'un enfant témoin, mais du fait que nos règles ordinaires de procédure et de pratique en matière pénale se sont développées à une époque où la participation des enfants dans les instances criminelles n'était ni envisagée ni plausible. Un [TRADUCTION] «système judiciaire conçu en fonction des défendeurs et des témoins adultes répond difficilement aux besoins particuliers des enfants» (G. Goodman et autres, *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims* (1992), à la p. 3). Le système judiciaire a été et continue d'être très éprouvant pour les enfants. Je ne crois pas qu'en rédigeant l'art. 715.1 les législateurs aient pu ignorer des récits détaillés comme ceux qu'ont reproduits Spencer et Flin, *op. cit.*, à la p. 72:

[TRADUCTION] On m'a accusée de mentir, d'inventer et je me suis sentie comme si j'étais l'accusée et non pas une innocente victime de neuf ans [. . .] L'avocat de la défense m'a traitée avec brutalité comme si j'avais 19 ans et non neuf ans, me criant par la tête, m'embrouillant et me mêlant. Je l'ai détesté et le déteste encore à cause de la façon dont il m'a traitée. Après 23 ans, je fais encore des cauchemars de temps à autre — non pas à propos de l'incident au cinéma [l'agression] mais à propos de ma comparution en cour.

À l'âge de 7 ans, j'ai été victime d'un attentat à la pudeur par un garçon que ma famille connaissait. Tenter d'expliquer cela à ma famille a été difficile mais se tenir debout devant le tribunal et expliquer, c'était impossible. Il était assis là qui me regardait tout le temps. Évidemment, il s'en est tiré, comme beaucoup d'autres.

On a également observé que les procédures judiciaires ont souvent de graves et pénibles répercussions sur la vie quotidienne de l'enfant. Dans bon nombre de cas, on a dû, par crainte de contaminer le témoignage requis, retarder la thérapie et le counseling (Spencer et Flin, *op. cit.*). Enfin, un

supra). Finally, a research paradigm designed to calculate the incidence of stress suffered by child witnesses revealed many instances of nervous behaviour by children testifying in court. Children called to testify demonstrated great nervousness through acts such as twisting hair, attempting to leave the witness stand or the courtroom before the end of the session and in one instance crying (P. E. Hill and S. M. Hill, "Videotaping Children's Testimony: An Empirical View" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809, at p. 816).

In response to the respondent's concerns, one must now ask whether the force of s. 715.1 meets the multifaceted objects set out above. Again, using the words of Kerans J.A. in *Meddoui, supra*, at p. 295, I agree that s. 715.1 does:

... [offer] the witness the choice, even if the witness can recall the events in question, to refer, while testifying, to an earlier taped account provided that the witness can recall the taping and can and does affirm that, at the taping, he was honest and truthful. When the witness makes such a reference, the tape becomes evidence in proof of the truth of its contents.

As previously stated, s. 715.1 of the *Criminal Code* is an attempt to facilitate the attainment of the truth and to curb the trauma that children called to testify in cases of sexual abuse are forced to endure. Although s. 715.1 does not totally eliminate the need for a child to speak in front of the court, the end goal of making the criminal justice process more accommodating to children is accomplished. In this regard I strongly disagree with Helper J.A. when she states (at pp. 292-93):

Section 715.1 does not meet its objective. There appears to be little sense in protecting a child from the formality of a courtroom for the purposes of direct examination and yet subjecting him or her to the rigours of cross-examination in the setting which is designed to be avoided by the legislation. To require a child to testify at a preliminary hearing, on a voir dire at trial, to be

paramètre de recherche visant à calculer l'incidence du stress chez les enfants témoins a permis d'observer chez eux de nombreux comportements nerveux. Les enfants appelés à témoigner manifestent en effet une grande nervosité: on les a vus se tordre les cheveux, tenter de quitter la barre des témoins ou la salle d'audience avant la fin et, dans un cas, pleurer (P. E. Hill et S. M. Hill, «Videotaping Children's Testimony: An Empirical View» (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809, à la p. 816).

En réponse aux points soulevés par l'intimé, il faut maintenant se demander si l'art. 715.1 a la portée voulue pour atteindre l'objet à multiples facettes évoqué précédemment. Pour reprendre à nouveau les termes du juge Kerans dans l'arrêt *Meddoui*, précité, à la p. 295, je suis d'accord que l'art. 715.1:

[TRADUCTION] ... offre au témoin, même s'il se souvient des événements en cause, le choix de se reporter dans son témoignage à un récit enregistré antérieurement, à la condition qu'il se souvienne de l'enregistrement et qu'il puisse affirmer et qu'il affirme qu'au moment de sa réalisation, il était honnête et disait la vérité. Lorsque le témoin se reporte ainsi au récit antérieur, l'enregistrement fait alors preuve de son contenu.

Ainsi que je l'ai dit précédemment, l'art. 715.1 du *Code criminel* représente une tentative de faciliter la découverte de la vérité et d'atténuer le traumatisme que subissent inévitablement les enfants appelés à témoigner dans des affaires d'agression sexuelle. Bien que l'art. 715.1 ne fasse pas disparaître totalement l'obligation pour un enfant de parler devant le tribunal, il atteint son but ultime qui est de rendre le processus pénal plus accueillant pour les enfants. À cet égard, je ne partage aucunement l'opinion du juge Helper lorsqu'elle dit (aux pp. 292 et 293):

[TRADUCTION] L'article 715.1 n'atteint pas son objectif. Il apparaît quelque peu illogique de protéger un enfant contre le formalisme de l'interrogatoire principal en salle d'audience tout en le ou la soumettant aux rigueurs du contre-interrogatoire dans le cadre que la disposition visait à lui éviter. Obliger un enfant à témoigner à une enquête préliminaire, à un voir-dire au pro-

cross-examined and be shielded only in the giving of direct evidence falls short of the aim of the legislation.

In fact, although the aim of s. 715.1 is not to completely eliminate the need for the child to testify in court, as pointed out by the appellant, the current formulation of s. 715.1 leads to this end in a very significant number of cases. There is strong confirmation that videotaped evidence may often assist in eliciting a guilty plea, once the accused and his counsel have viewed the child describing the incident (D. Whitcomb, E. R. Shapiro and L. D. Stellwagen, *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors* (1985), at p. 60). Further, in the case at hand, the use of the videotape allowed the Crown prosecutor to proceed with her case while asking very few questions of the complainant. In addition, although the defence counsel had a full opportunity to question R.S., counsel chose only to ask three questions with respect to the sexual acts. Therefore, in R.S.'s case, the use of the videotape evidence almost totally eliminated the need for her to recount once again the sexual violations of her body.

A further advantage afforded by s. 715.1 is the opportunity for the child to answer delicate questions about the abuse in a more controlled, less stressful and less hostile environment, a factor which, according to social science research, may drastically increase the likelihood of eliciting the truth about the events at hand. Scientific study has indicated that, as compared to the courtroom setting, the quality and reliability of children's testimony is significantly enhanced in a smaller, more intimate, videotape environment (Spencer and Flin, *supra*). The numerous other advantages of videotaped evidence include the fact that videotaped testimony enables the court to hear a more accurate account of what the child was saying about the incident at the time it first came to light. Secondly, the tape of an early interview will reveal how the child was questioned. Thirdly, a suspect may have the opportunity to view the videotape during the course of an investigation. Fourthly, the videotape of an early interview, if used in evidence, can supplement the evidence of a child who

cès, le soumettre au contre-interrogatoire et ne le protéger qu'aux fins de la preuve directe ne correspond pas au but recherché par la disposition.

En fait, bien que l'art. 715.1 ne vise pas, comme le souligne l'appelant, à éliminer complètement l'obligation pour l'enfant de témoigner en cour, sa formulation actuelle y conduit pourtant dans un très grand nombre de cas. Il y a, en effet, de fortes raisons de croire que l'enregistrement magnétoscopique facilite souvent l'obtention d'un plaidoyer de culpabilité une fois que l'accusé et son avocat ont vu l'enfant décrire l'incident (D. Whitcomb, E. R. Shapiro et L. D. Stellwagen, *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors* (1985), à la p. 60). De plus, l'utilisation de l'enregistrement en l'espèce a permis au substitut du procureur général de présenter sa preuve en ne posant que très peu de questions à la plaignante. En outre, bien que l'avocat de la défense ait eu pleinement l'occasion d'interroger R.S., il a choisi de ne lui poser que trois questions concernant les actes sexuels. Dans le cas de R.S., par conséquent, l'utilisation de l'enregistrement l'a presque totalement dispensée de l'obligation de reprendre encore une fois le récit des agressions sexuelles subies.

L'autre avantage que procure l'art. 715.1 est l'occasion qu'il donne à l'enfant de répondre à des questions délicates sur l'agression dans un environnement plus contrôlé, moins stressant et moins hostile, facteur susceptible, selon les recherches sociologiques, d'augmenter radicalement la probabilité d'obtenir la vérité sur les événements en cause. Des études scientifiques indiquent que, comparativement à la salle d'audience, le cadre plus restreint et plus intime d'un enregistrement magnétoscopique permet d'accroître de façon significative la qualité et la fiabilité du témoignage des enfants (Spencer et Flin, *op. cit.*). Parmi les nombreux autres avantages de l'enregistrement magnétoscopique figure le fait que le tribunal dispose ainsi d'un compte rendu plus exact du récit qu'a fait l'enfant au moment où l'affaire a été dévoilée. Deuxièmement, l'enregistrement révélera la manière dont l'enfant a été interrogé. Troisièmement, le suspect peut avoir l'occasion de visionner l'enregistrement au cours de l'enquête. Quatrièmement, cet enregistrement peut, s'il est utilisé en

is inarticulate or forgetful at trial. I find that these numerous advantages gained through the implementation of s. 715.1 are concrete. Even though the section has not been used extensively, researchers indicate that “these devices have had some positive effects in terms of reducing the “system induced” trauma to children of involvement in criminal proceedings” (Bala and Bailey, *supra*, at p. 293). For the children who benefit, a few instances mean a great deal more than statistics. It has been found that the length of time children were in the stand decreased with the use of video. As well, there appeared to be a benefit to the victims in that they could get on with treatment. Ultimately:

If a child is compelled to be physically present in court, the psychological cost can be quite severe. This cost may ultimately be passed on to society if, as a result of the child’s inability to testify, a guilty perpetrator is improperly released.

(Hill and Hill, *supra*, at p. 827.)

Section 715.1 of the *Criminal Code* acts to remove the pressure placed on a child victim of sexual assault when the attainment of “truth” depends entirely on her ability to control her fear, her shame and the horror of being face to face with the accused when she must describe her abuse in a compelling and coherent manner. Section 715.1 ensures that the child’s story will be brought before the court regardless of whether the young victim is able to accomplish this unenviable task.

It is interesting to note that state legislatures in the United States have endeavoured to redress the difficulties of child testimony in a manner similar to s. 715.1 of the *Criminal Code*. In fact, as of 1991, at least 37 states permitted the introduction of a child’s videotaped statement into evidence under certain conditions (see M. A. Rittershaus, “*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim Against the Defendant’s Right to Confront his Accuser” (1991), 36 *San Diego L.*

preuve, étayer le témoignage d’un enfant qui a de la difficulté à s’exprimer ou dont la mémoire est défaillante au procès. J’estime donc que l’application de l’art. 715.1 apporte de nombreux avantages concrets. Bien que la disposition n’ait pas encore été utilisée sur une large échelle, les recherches indiquent que [TRADUCTION] «ces mécanismes ont eu des effets positifs sur la réduction du traumatisme «causé par le système» que provoque chez les enfants le fait d’être associés à des poursuites criminelles» (Bala et Bailey, *loc. cit.*, à la p. 293). Pour les quelques enfants qui ont pu en bénéficier, cela représente beaucoup plus que des statistiques. On a constaté que l’utilisation de l’enregistrement magnétoscopique réduit le temps que les enfants passent à la barre. De même, les victimes ont semblé en tirer un avantage parce qu’elles ont dès lors pu profiter d’un traitement. Enfin:

[TRADUCTION] Obliger un enfant à être physiquement présent en cour peut s’avérer très coûteux sur le plan psychologique. En bout de ligne, le coût peut aussi être très lourd sur le plan social si l’incapacité de l’enfant à témoigner fait en sorte qu’un agresseur coupable sera à tort mis en liberté.

(Hill et Hill, *loc. cit.*, à la p. 827.)

L’article 715.1 du *Code criminel* a pour effet de soulager l’enfant victime d’une agression sexuelle de la pression s’exerçant sur elle lorsque la découverte de la «vérité» dépend entièrement de sa capacité à contrôler sa peur, sa honte et l’horreur d’être face à face avec l’accusé et d’avoir à décrire de façon convaincante et cohérente les abus dont elle se plaint. L’article 715.1 fait en sorte que le récit de l’enfant soit porté à la connaissance de la cour, indépendamment de la capacité de la jeune victime à accomplir cette pénible tâche.

Il est intéressant de souligner qu’aux États-Unis, les législatures des États se sont efforcées de remédier aux difficultés que soulève le témoignage des enfants en recourant à des dispositions semblables à l’art. 715.1 du *Code criminel*. Depuis 1991, en effet, au moins 37 États permettent que l’enregistrement magnétoscopique de la déclaration d’un enfant soit, à certaines conditions, introduit en preuve (voir M. A. Rittershaus, «*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim

Rev. 104, at p. 105). Each state approached the task of balancing the rights of the accused and the attainment of truth in a slightly different manner (J. C. Yuille, M. A. King and D. MacDougall, *Child Victims and Witnesses: The Social Science and Legal Literatures* (1988), at p. 44). For example, the Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992) provides that videotaped statements may be used where there is "a substantial likelihood that a victim or witness who is under the age of 16 would suffer at least moderate emotional or mental harm if he were required to testify in open court".

A number of state Acts have been criticized on the grounds of potential constitutional invalidity, as a result of infringements on the rights of the accused. In particular, both the United States Constitution and numerous state constitutions guarantee the defendant the right to confront those witnesses testifying against him or her at trial, a right on which the Canadian *Charter* is silent. In addition, concerns similar to those presently before this Court have been raised. These include the administering of an oath to the child witness and the right to cross-examination (McAllister, *supra*, at p. 316).

The United States Supreme Court first examined the constitutionality of these legislative enactments in 1988 in *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988). In *Coy*, the issue was whether a screen placed in front of the witness infringed upon the accused's right to confront his accuser. While the United States Supreme Court, in this case, found that the accused's right to confront his accuser was infringed, subsequently in *Maryland v. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990), it re-examined the constitutionality of similar legislation in the Maryland statute, with the use of one-way closed-circuit television and its effects on the rights of the accused. In *Craig*, the "Court modified its definitional view of the confrontation clause to allow for case-by-case exceptions to face-to-face confrontations" (Rittershaus, *supra*, at p. 106). In delivering the opinion

Against the Defendant's Right to Confront his Accuser» (1991), 36 *San Diego L. Rev.* 104, à la p. 105). Dans chacun de ces États, la démarche adoptée pour préserver l'équilibre entre les droits de l'accusé et la recherche de la vérité varie légèrement (J. C. Yuille, M. A. King et D. MacDougall, *Enfants victimes et témoins: Publications en droit et en sciences sociales* (1988), aux pp. 48 et 49). Par exemple, la Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992) permet l'utilisation d'une déclaration enregistrée sur bande vidéo s'il existe [TRADUCTION] «de fortes possibilités qu'une victime ou un témoin de moins de 16 ans ne subisse au moins un préjudice émotif ou psychologique modéré s'il devait témoigner au cours d'une audience publique».

On a reproché à certaines de ces lois d'être inconstitutionnelles parce qu'elles contreviendraient aux droits des accusés. En particulier, la Constitution des États-Unis et celle de plusieurs États garantissent au défendeur le droit d'être confronté au procès avec les témoins à charge, droit sur lequel la *Charte* canadienne est silencieuse. En outre, des considérations similaires à celles invoquées devant notre Cour ont été soulevées, notamment l'assermentation de l'enfant témoin et le droit au contre-interrogatoire (McAllister, *loc. cit.*, à la p. 316).

C'est en 1988, dans l'arrêt *Coy c. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988), que la Cour suprême des États-Unis a, pour la première fois, examiné la constitutionnalité de ces dispositions législatives. Dans cette affaire, la question était de savoir si un écran placé devant le témoin portait atteinte au droit de l'accusé d'être confronté à son accusateur. La cour a conclu qu'il y avait effectivement eu, dans cette affaire, atteinte à ce droit de l'accusé, mais subséquemment, dans l'arrêt *Maryland c. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990), elle a examiné à nouveau la constitutionnalité d'une loi similaire du Maryland permettant l'utilisation d'une télévision à circuit fermé unidirectionnelle, et analysé ses répercussions sur les droits de l'accusé. Dans l'arrêt *Craig*, la [TRADUCTION] «cour a modifié son interprétation de la clause de la confrontation de façon à permet-

of the majority of the United States Supreme Court, O'Connor J. stated at p. 3167:

We likewise conclude today that a State's interest in the physical and psychological well-being of child abuse victims may be sufficiently important to outweigh, at least in some cases, a defendant's right to face his or her accusers in court.

It is my opinion, that s. 715.1 of the *Criminal Code* similarly realizes this important objective. This being said, does s. 715.1 infringe the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Constitutionality of Section 715.1

Our Court has reached the conclusion, in its oral judgment delivered from the bench, that s. 715.1 of the *Criminal Code* is consistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Sections 7 and 11(d) assert:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

It must be recalled that the respondent's challenge to the constitutionality of s. 715.1 pursuant to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, is solely framed on a breach of the principles of fundamental justice and the right to a fair trial. Accordingly, the respondent's concerns focus primarily on evidentiary rules: the admission of hearsay evidence, prior consistent statements, the lack of opportunity for contemporaneous cross-examination, the scope of judicial discretion, and the effect of the age of the complainant. I will survey each of these points in turn.

tre des exceptions au cas par cas» (Rittershaus, *loc. cit.*, à la p. 106). Prononçant l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis à la majorité, le juge O'Connor a dit, à la p. 3167:

[TRADUCTION] Nous concluons de même aujourd'hui que l'intérêt de l'État au bien-être physique et psychologique des enfants victimes de violence peut être d'une importance telle qu'il l'emporte, à tout le moins dans certains cas, sur le droit du défendeur d'être mis, dans la salle d'audience, en présence de ses accusateurs.

Je suis d'avis que l'art. 715.1 du *Code criminel* réalise de façon analogue cet important objectif. Ceci dit, cet article porte-t-il atteinte aux droits que garantissent à l'accusé l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*?

La constitutionnalité de l'art. 715.1

Notre Cour est arrivée à la conclusion, dans son jugement rendu oralement, que l'art. 715.1 du *Code criminel* est compatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, lesquels disposent:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Rappelons que l'intimé fonde son attaque constitutionnelle de l'art. 715.1, eu égard à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, uniquement sur la violation des principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable. Par conséquent, les questions qu'il soulève ont trait principalement aux règles de preuve: l'admission de la preuve par ouï-dire, les déclarations antérieures compatibles, l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire, l'étendue du pouvoir discrétionnaire judiciaire et l'incidence de l'âge du plaignant. J'examinerai chacun de ces points à tour de rôle.

Section 7

I will first deal with the respondent's concerns with regard to the breach of his rights under s. 7 of the *Charter*. Given the legislative background, the respondent's argument appears to be that the procedure in s. 715.1 threatens to deprive him of his right to liberty in a way which does not accord with the principles of fundamental justice by depriving him of a right to a fair trial.

Based on this Court's pronouncements that the principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests from the rights of the accused to broader social concerns, a fair trial must encompass a recognition of society's interests. Our Canadian society has a vested interest in the enforcement of criminal law in a manner that is both fair to the accused and sensitive to the needs of those who participate as witnesses. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, this Court recognized the need to balance the accused's interests in a criminal trial with the interests of society. (See also *R. v. Seaboyer, supra*, at pp. 603-4 and 622.) The respondent submits that the effect of s. 715.1 of the *Criminal Code* is to allow, as evidence at trial, statements taken out of court "without any of the procedural requirements, controls and safeguards that are built into the traditional trial process and that have become fundamental to our system of justice". One must recognize that the rules of evidence have not been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice. Neither should they be interpreted in a restrictive manner which may essentially defeat their purpose of seeking truth and justice.

In the case at hand, in the determination of what is fair, one must bear in mind the rights and the capabilities of children. As McLachlin J. recognized in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 133: "... it may be wrong to apply adult tests for credibility to the evidence of children". Wilson J. expressed a similar view in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2

L'article 7

Je traiterai d'abord des arguments de l'intimé relatifs à la violation des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*. Étant donné le cadre législatif, l'intimé paraît soutenir que la procédure prévue à l'art. 715.1 menace de le priver de son droit à la liberté d'une façon qui contrevient aux principes de justice fondamentale en le privant de son droit à un procès équitable.

Étant donné que, selon les arrêts antérieurs de notre Cour, les principes de justice fondamentale reflètent une gamme d'intérêts, allant des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus larges, un procès équitable doit englober la reconnaissance des intérêts de la société. Il existe, dans la société canadienne, un intérêt acquis pour l'application du droit pénal d'une manière qui soit à la fois équitable pour l'accusé et sensible aux besoins de ceux qui y participent à titre de témoins. Dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, notre Cour a reconnu la nécessité d'établir, dans un procès criminel, un équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société. (Voir également *R. c. Seaboyer*, précité, aux pp. 603, 604 et 622.) L'intimé soutient que l'art. 715.1 du *Code criminel* a pour effet de permettre la présentation en preuve au procès de déclarations extrajudiciaires [TRADUCTION] «sans aucun des contrôles, exigences et garanties d'ordre procédural qui font partie intégrante du processus judiciaire traditionnel et sont devenus un élément fondamental de notre système judiciaire». Il faut reconnaître que les règles de preuve n'ont pas été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale. Mais elles ne devraient pas pour autant recevoir une interprétation restrictive qui irait essentiellement à l'encontre de leur objet, soit la recherche de la vérité et de la justice.

Dans le cas présent, il nous faut, pour déterminer ce qui est équitable, prendre en considération les droits et les capacités des enfants. Ainsi que l'a reconnu le juge McLachlin dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 133, en parlant des témoignages des enfants: «... il est peut-être erroné de leur appliquer les mêmes critères qu'à

S.C.R. 30, at pp. 54-55, in reference to the appeal judge's treatment of the child witness' evidence:

... it seems to me that he was simply suggesting that the judiciary should take a common sense approach when dealing with the testimony of young children and not impose the same exacting standard on them as it does on adults.

Children may have to be treated differently by the criminal justice system in order that it may provide them with the protections to which they are rightly entitled and which they deserve. Even in this particular case, when the interests of the child witness may seem completely at odds with those of the accused, one must recall the words of La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362:

It seems to me that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined.

Therefore, the question is not whether the accused can imagine a situation where his rights would be greater but rather, whether s. 715.1 violates his rights. In this respect, the respondent points to numerous rules of evidence in an attempt to demonstrate such a violation. In his view, the admission of videotaped statements by a child complainant under s. 715.1 results in the admission of hearsay and prior consistent statements. He further points to the lack of opportunity for contemporaneous cross-examination. Although s. 7 does not guarantee strict adherence to particular rules of evidence, but, in fact, guarantees that a person shall not be deprived of her or his liberty in a manner contrary to the principles of fundamental justice, I will deal with each of these concerns in turn.

Before dealing specifically with these arguments, however, it is important to note recent developments in the law of evidence. The modern trend in this field has been to admit all relevant and

ceux des adultes en matière de crédibilité». Le juge Wilson a exprimé une opinion semblable dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 54 et 55, eu égard au traitement qu'avait accordé le juge de la cour d'appel au témoignage de la jeune plaignante:

... il me semble qu'il laisse entendre simplement que les juges devraient adopter une position fondée sur le bon sens lorsqu'ils traitent du témoignage de jeunes enfants et éviter de leur imposer les mêmes normes exigeantes qui sont applicables aux adultes.

Il se peut que le système de justice pénale doive traiter différemment les enfants s'il veut leur offrir les protections auxquelles ils ont droit et qu'ils méritent. Même dans la présente affaire, lorsque les intérêts d'un enfant témoin peuvent sembler aux antipodes de ceux de l'accusé, il faut se remémorer les mots du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362:

Il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appellant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

Dès lors, la question n'est pas de savoir si l'accusé peut imaginer une situation où il aurait davantage de droits, mais plutôt si l'art. 715.1 viole ses droits. À cet égard, l'intimé invoque plusieurs règles de preuve pour démontrer qu'une telle violation a eu lieu. À son avis, permettre l'utilisation de déclarations enregistrées d'un jeune plaignant en vertu de l'art. 715.1 équivaut à admettre une preuve par oui-dire et des déclarations antérieures compatibles. Il souligne également l'absence de contemporanéité possible du contre-interrogatoire. Bien que l'art. 7 ne consacre pas l'application stricte de règles de preuve particulières, mais qu'il garantisse, en fait, le droit de ne pas être privé de sa liberté en contravention des principes de justice fondamentale, j'examinerai séparément chacun de ces points.

Avant d'analyser spécifiquement ces arguments, toutefois, il importe de souligner les récents développements qui ont marqué le droit de la preuve. Dans ce domaine, la tendance actuelle est d'ad-

probative evidence and allow the trier of fact to decide the weight to be given to that evidence in order to arrive at a result which will be just. A just result is best achieved when the decision-makers have all relevant and probative information before them. It would seem contrary to the judgments of our Court (*Seaboyer and B. (K.G.)*, *supra*) to disallow evidence available through technological advances, such as videotaping, that may benefit the truth seeking process. Consequently, adherence to such strict rules as suggested by the respondent, besides not being constitutionally required, may result in valuable information not being brought to the court's attention. Moreover, the Court has recently sought to further remove obstacles to the truth seeking process, in a genuine attempt to return to the basic goal of truth-finding (see *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. W. (R.)*, *supra*, and *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223). Rules of evidence, as much as the law itself are not cast in stone and will evolve with time. This is amply demonstrated by even a superficial overview of our legal history and the way in which rules were developed through the centuries. In order to deal with the respondent's specific arguments, I will now discuss his concerns relating to hearsay.

Hearsay

The respondent submits that s. 715.1 of the *Criminal Code* infringes the rule against hearsay and, consequently, infringes the principles of fundamental justice. However, as legal history dictates, even an exception to the rule regarding hearsay is not really an exceptional occurrence. In fact, it has been observed that exceptions to the hearsay rule are "as "fundamental" as the rule" (A. McGillivray, "*R. v. Laramee: Forgetting Children, Forgetting Truth*" (1991), 6 C.R. (4th) 325, at p. 334, commenting on *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608).

The concern, with regard to the admissibility of hearsay evidence, is that an out-of-court statement may be relied upon as proof of the truth of its contents without any opportunity, through cross-examination, to test its veracity. In the case at

mettre la preuve pertinente et probante et de laisser au juge des faits le soin de l'apprécier afin d'arriver à un résultat qui soit juste. La meilleure façon d'y parvenir est de disposer de toutes les informations pertinentes et probantes. Il semblerait contraire aux arrêts de notre Cour (*Seaboyer et B. (K.G.)*, précités) de refuser une preuve disponible grâce au progrès technologique, tel l'enregistrement magnétoscopique, et qui est susceptible de contribuer à la recherche de la vérité. Par conséquent, l'adhésion aux règles strictes que préconise l'intimé, outre qu'elle n'est pas constitutionnellement requise, pourrait faire en sorte que des renseignements valables ne soient pas portés à l'attention de la cour. De plus, la Cour a, dans une véritable tentative de revenir au but fondamental de la recherche de la vérité, cherché récemment à éliminer d'autres obstacles entravant ce processus (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. W. (R.)*, précité, et *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223). Comme le droit lui-même, les règles de preuve ne sont pas coulées dans le bronze et évoluent avec le temps, ainsi que le démontre largement un examen même superficiel de notre histoire juridique et du processus d'élaboration des règles à travers les siècles. Afin de répondre aux arguments spécifiques de l'intimé, j'examinerai maintenant les points qu'il a soulevés en ce qui concerne le oui-dire.

Le oui-dire

L'intimé soutient que l'art. 715.1 du *Code criminel* contrevient à la règle prohibant le oui-dire et, par conséquent, aux principes de justice fondamentale. Toutefois, ainsi que l'enseigne l'histoire du droit, même les exceptions à cette règle n'ont rien d'exceptionnel. En fait, on a fait remarquer que les exceptions à la règle du oui-dire sont [TRADUCTION] «aussi «fondamentales» que la règle» (A. McGillivray, "*R. v. Laramee: Forgetting Children, Forgetting Truth*" (1991), 6 C.R. (4th) 325, à la p. 334, commentant l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608).

La crainte que soulève l'utilisation de la preuve par oui-dire est qu'une déclaration extrajudiciaire fasse preuve de son contenu sans qu'il y ait eu possibilité d'en vérifier la véracité au moyen d'un contre-interrogatoire. Dans l'affaire qui nous

hand, even assuming for the sake of argument that the videotaped evidence is hearsay, traditional considerations which govern here, such as those that were before this court in *Khan, supra*, are not present. In *Khan*, the young declarant was not available for cross-examination. As a result, the Court decided that the tests of necessity and reliability had to be met before the hearsay statement could be admitted into evidence, thus creating a judicial exception. However, in the present case, a child, whose videotaped statement is admitted at trial through s. 715.1, must testify in court and must adopt under oath the statement that she or he has made on the videotape. The concerns enunciated in *Khan, supra*, are simply not present here. Once the child at trial adopts the videotaped evidence, that evidence is no longer strictly hearsay. The trier of fact will then be able to assess the credibility of the child. In the words of Doherty J.A. in *Toten, supra*, at p. 34:

I can see no reason to require circumstances of necessity or circumstantial indicators of reliability as pre-requisites to the admission of evidence which does not carry the dangers inherent in the admission of hearsay evidence.

The rules of necessity and reliability were designed as substitute requirements, in instances where an exception to the rules of evidence is mandated. These rules do not necessarily apply to legislative initiatives. In the instance of s. 715.1, consideration must be had for the prerogative of Parliament to reform the law of evidence and to adopt, in so doing, its own substitute rules to insure reliability and necessity; in this case, the availability of the child witness and the possibility of cross-examination. This prerogative should not be unduly limited by a court, without a clear basis for justification (*R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915). There is none here.

In any event, in the case at hand, the tests of necessity and reliability can easily be met. Reliability arises from the presence of the child at trial,

occupe, même en présumant, pour les fins de l'argumentation, que l'enregistrement magnétoscopique constitue du oui-dire, les considérations traditionnelles en la matière, telles celles qui nous étaient soumises dans l'arrêt *Khan*, précité, sont absentes. Dans cet arrêt, il n'était pas possible de soumettre la jeune déclarante au contre-interrogatoire. La Cour a donc décidé que les critères de nécessité et de fiabilité devaient être remplis pour que la déclaration par oui-dire puisse être admise en preuve, créant ainsi une exception judiciaire. Or, ici l'enfant, dont la déclaration enregistrée est utilisée sous le régime de l'art. 715.1, doit témoigner devant le tribunal et confirmer, sous serment, la déclaration qu'elle a faite dans l'enregistrement. Les considérations soulevées dans l'arrêt *Khan* n'existent donc pas en l'espèce. Dès lors que l'enfant confirme au procès le témoignage enregistré sur bande vidéo, ce témoignage ne constitue plus strictement du oui-dire. Le juge des faits sera alors en mesure d'apprécier la crédibilité de l'enfant. Comme l'a dit le juge Doherty dans l'arrêt *Toten*, précité, à la p. 34:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison d'exiger la présence de circonstances établissant la nécessité ou démontrant la fiabilité comme condition préalable à l'admission d'une preuve qui ne comporte pas les dangers inhérents à l'admission de la preuve par oui-dire.

Les règles de nécessité et de fiabilité ont été conçues comme des exigences subsidiaires dans les cas où s'impose une exception aux règles de preuve. Ces règles ne s'appliquent pas nécessairement aux mesures législatives. Dans le cas de l'art. 715.1, il faut, en effet, tenir compte de la prerogative du législateur de réformer le droit de la preuve et d'adopter, ce faisant, ses propres règles subsidiaires pour assurer la fiabilité et la nécessité, soit, en l'espèce, la disponibilité de l'enfant témoin et la possibilité d'un contre-interrogatoire. Cette prerogative ne devrait pas être indument restreinte par les tribunaux, à moins d'une raison clairement suffisante (*R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915). Il n'y en a aucune en l'espèce.

Quoi qu'il en soit, il peut être aisément satisfait, en l'espèce, aux critères de nécessité et de fiabilité. La fiabilité découle de la présence de l'enfant au

the adoption under oath of her videotaped statements, the opportunity to observe the child in the videotape and in court and the accused's ability to cross-examine the child. Necessity stems from the child's possible loss of memory by the time of trial or from the negative consequences that the child may suffer if obliged to testify at trial. Therefore, in this regard, I disagree with the findings of Twaddle J.A. that the necessity test does not import the need to protect witnesses from having to testify at trial. The severe consequences that could result should the videotape not be admitted as evidence and the child is unable to give relevant and reliable evidence at trial, in addition to the law's duty to protect children in such circumstances, in my view meet the test for necessity. As Professor Young (*supra*, at p. 35) points out in relation to the appeal court judgment in this case:

The Court's concern with the absence of the necessity requirement from the videotape provision is misplaced for a few reasons. First, the requirement that one would have to show necessity in each case to justify the admission of videotaped evidence would once again force children to conform to adult norms which were not developed with them in mind. One of the positive elements of the videotape provision . . . is precisely the fact that it contemplates the particular realities of children and the fact that they may have trouble repeating or indeed recalling all the details in court.

The respondent's argument as to hearsay must fail.

Prior Consistent Statements

The respondent's second line of attack on the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code* is that the admission of prior consistent statements violates the fundamental principles of justice. The general evidentiary rule with regard to the admission of prior consistent statements is expressed by Wigmore:

When the witness has merely testified on direct examination, without any impeachment, proof of consistent statements is unnecessary and valueless. The witness is

procès, de la confirmation sous serment de ses déclarations enregistrées sur bande vidéo, de la possibilité d'observer l'enfant dans l'enregistrement et au tribunal et de la capacité de l'accusé de le contre-interroger. La nécessité découle de la possibilité que la mémoire de l'enfant s'estompe avant la tenue du procès ou qu'il subisse des répercussions négatives s'il était obligé de témoigner au procès. À cet égard, je ne partage donc pas l'avis du juge Twaddle de la Cour d'appel, selon lequel le critère de nécessité ne comprend pas le besoin de protéger les témoins contre l'obligation de témoigner au procès. Les graves conséquences que pourraient entraîner la non-admission en preuve de l'enregistrement et l'incapacité de l'enfant de rendre au procès un témoignage pertinent et fiable, outre le rôle, en droit, de protéger les enfants en pareilles circonstances, tout cela, à mon avis, satisfait au critère de nécessité. Ainsi que le souligne le professeur Young (*loc. cit.*, à la p. 35) relativement au jugement de la Cour d'Appel en l'espèce:

[TRADUCTION] L'importance que la cour accorde à l'absence d'exigence en matière de nécessité dans la disposition visant l'enregistrement magnétoscopique est déplacée pour un certain nombre de raisons. D'abord, exiger dans chaque cas la preuve de nécessité pour justifier l'utilisation de l'enregistrement forcerait encore une fois les enfants à se conformer à des normes d'adultes conçues sans égard à leurs besoins. L'un des aspects positifs de cette disposition [. . .] est précisément le fait qu'elle tient compte de la réalité particulière des enfants, dont la difficulté qu'ils peuvent éprouver à répéter ou même à se rappeler tous les détails en cour.

L'argument de l'intimé relatif au ouï-dire doit donc être rejeté.

Les déclarations antérieures compatibles

Le deuxième moyen qu'invoque l'intimé à l'encontre de la constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel* est que l'utilisation de déclarations antérieures compatibles viole les principes de justice fondamentale. Wigmore formule ainsi la règle de preuve généralement applicable en la matière:

[TRADUCTION] Lorsque le témoin a seulement témoigné à son interrogatoire principal sans qu'on l'attaque, une preuve de déclarations compatibles est inutile

not helped by it; for, even if it is an improbable or untrustworthy story, it is not made more probable or more trustworthy by any number of repetitions of it. Such evidence would ordinarily be cumbersome to the trial and is ordinarily rejected.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 4 (Chadbourn rev. 1972), § 1124, at p. 255.)

In my opinion, the above rationale for excluding prior consistent statements made by a witness is not applicable to s. 715.1 of the *Criminal Code*. This Court has dealt at length with evidentiary concerns, and the potential violation of an accused's rights in this regard, in *Seaboyer, supra*, and, most recently, with respect to videotaped testimony in *B. (K.G.), supra*.

Although the admittance of a prior consistent statement would, perhaps, be considered an exception to the general rule, the facts of this case are quite different from situations regularly caught by the rule against prior consistent statements. As a result of s. 715.1 of the *Criminal Code*, the prior consistent statement is not being admitted to bolster the credibility of the child witness or to provide superfluous information. The videotaped evidence is the only evidence before the court with regard to the details of the child's sexual abuse. It is, in fact, the evidence itself, as if the child were giving it in open court or in lieu of open court evidence. Thus, I agree with the appellant that the videotaped evidence is highly relevant and probative and is neither "unnecessary [or] valueless". Section 715.1 of the *Code* simply provides a different means of giving evidence. In that sense, it cannot even be said that it affords an exception to the rule against the admissibility of prior consistent statements, the rationale of which does not apply in this case.

I would dismiss this argument.

et sans valeur. Une telle preuve n'est d'aucun secours pour le témoin, car même si son récit est invraisemblable ou douteux, ce n'est pas à force de répétitions qu'il devient plus vraisemblable ou moins douteux. Normalement, ce genre de preuve se révèle gênant au procès et est habituellement écarté.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 4 (Chadbourn rev. 1972), § 1124, à la p. 255.)

À mon avis, ce raisonnement justifiant l'exclusion des déclarations antérieures compatibles faites par un témoin n'est pas applicable à l'art. 715.1 du *Code criminel*. Notre Cour a examiné en détail les appréhensions soulevées en matière de preuve et le risque de violation des droits de l'accusé à cet égard dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, et, plus récemment, à l'égard du témoignage sur bande vidéo dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité.

Bien que l'admission d'une déclaration antérieure compatible puisse être considérée comme une exception à la règle générale, les faits de l'espèce sont fort différents des situations ordinairement visées par la règle prohibant ce type de déclarations. Sous le régime de l'art. 715.1 du *Code criminel*, la déclaration antérieure compatible n'est pas admise aux fins d'étayer la crédibilité de l'enfant témoin ou d'apporter des renseignements superflus. L'enregistrement est le seul témoignage dont dispose le tribunal quant aux détails de l'agression sexuelle contre l'enfant. Il s'agit, en fait, du témoignage lui-même, comme si l'enfant témoignait en audience publique ou que l'enregistrement tenait lieu de témoignage public. Par conséquent, je suis d'accord avec l'appelant que l'enregistrement magnétoscopique est hautement pertinent et probant et qu'il n'est pas «inutile et sans valeur». L'article 715.1 du *Code* ne fait que prévoir un moyen différent de rendre témoignage. En ce sens, il ne s'agit même pas d'une exception à la règle de l'inadmissibilité des déclarations antérieures compatibles, laquelle n'a pas sa raison d'être en l'espèce.

Je suis d'avis de rejeter cet argument.

Cross-examination

Finally, the respondent argues that cross-examination of the young complainant at trial, rather than at the time of the filming of the videotape, does not provide sufficient opportunity to test the evidence of the child witness. When dealing with a similar issue in *B. (K.G.)*, *supra*, the Court accepted the notion that the opportunity to cross-examine at trial provides an adequate means to test the evidence of a witness. In *B. (K.G.)*, it was found that contemporaneous cross-examination was not protected by the *Charter*, in a case dealing with a prior inconsistent videotaped statement which was admitted for the truth of its contents. In the present case, the sole difference is that the videotaped statements have been adopted by the witness and are consistent. As a result of the adoption, the concern that the prior statement may be unreliable is considerably diminished, if not annulled, because the witness, present in front of the court and the accused, endorses the truth of her past statements. As the Court found in *B. (K.G.)*, the concerns with respect to the potential problems associated with hearsay and reliability of evidence are not significant when videotaped testimony is involved. Under s. 715.1, the manner of questioning, the reaction, the responses and the entire circumstances of the taking of the evidence are before the court through the medium of videotaping. The Court in *B. (K.G.)* held that cross-examination at trial was sufficient to remedy the absence of opportunity to cross-examine at the time of making the initial statements. *A fortiori*, the same rationale applies to videotaped prior consistent statements, such as the one at issue here.

Further, in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, this Court considered a provision which was somewhat similar to s. 715.1 of the *Criminal Code*. In that case, s. 643(1) of the *Code* was challenged. It provides that, in instances where certain prior conditions are met, evidence initially given at a preliminary inquiry may be read in at trial, when a witness is unable to give further testimony at trial.

Le contre-interrogatoire

Enfin, l'intimé allègue que le contre-interrogatoire de la jeune plaignante au procès, plutôt qu'au moment de la réalisation de l'enregistrement, ne suffit pas pour tester son témoignage. Examinant une question semblable dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, la Cour a reconnu que la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire au procès constitue un moyen approprié de vérifier la déposition d'un témoin. Dans cet arrêt portant sur une déclaration antérieure incompatible enregistrée sur bande vidéo et admise comme preuve de son contenu, on a jugé que le principe de la contemporanéité du contre-interrogatoire n'était pas protégé par la *Charte*. Dans la présente espèce, la seule différence est que les déclarations enregistrées ont été confirmées par le témoin et qu'elles sont compatibles. Cette confirmation vient considérablement atténuer, sinon éliminer, la crainte que la déclaration antérieure ne soit pas fiable puisque le témoin, présent devant le tribunal et devant l'accusé, confirme l'exactitude de sa déclaration antérieure. Ainsi que la Cour l'a conclu dans l'arrêt *B. (K.G.)*, les préoccupations associées au oui-dire et à la fiabilité de la preuve n'ont pas une grande portée en matière d'enregistrement magnétoscopique. Suivant l'art. 715.1, le tribunal est, du fait de l'enregistrement, à même d'apprécier la façon dont s'est déroulé l'interrogatoire, la réaction, les réponses et l'ensemble des circonstances entourant la prise de la déposition. Dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a conclu que la possibilité de contre-interroger le témoin au procès suffisait à remédier à l'impossibilité de le faire au moment de l'enregistrement de la déclaration initiale. À fortiori, le même raisonnement s'applique à la déclaration antérieure compatible enregistrée sur bande vidéo, comme celle qui est ici en cause.

En outre, notre Cour a examiné, dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, une disposition assez semblable à l'art. 715.1 du *Code criminel*, soit le par. 643(1) du *Code*. Ce paragraphe dispose que, dans certaines conditions, le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé peut être lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin est dans l'incapacité de témoigner à nouveau.

Wilson J., speaking for the Court, held that, while the accused does have a fundamental right to cross-examine a witness, this examination does not have to occur at the trial. These remarks of Wilson J. were followed in *R. v. Argue*, Ont. Ct. (Gen. Div.), October 2, 1991, unreported, at p. 10, by Tobias J. who disagreed with Helper. J.A.'s views in the present case. In *Argue*, *supra*, Tobias J. found that s. 715.1 of the *Criminal Code* provides full protection for the rights of an accused, both at common law and under the *Charter*, by ensuring an opportunity for the accused to test the videotaped evidence. I agree. In the case at hand, I do not find that the accused's right to cross-examination will be thwarted by the fact that cross-examination is not contemporaneous and, *per se*, the inevitable delay in cross-examination does not render s. 715.1 constitutionally deficient.

In conclusion, therefore, it is my opinion that the respondent's rights under s. 7 of the *Charter* have not been infringed by the admission of videotaped testimony under s. 715.1 of the *Criminal Code* and the provision is, accordingly, constitutional. It does not infringe the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

Section 11(d)

I will now turn to the respondent's submissions that s. 715.1 of the *Criminal Code* violates his right under s. 11(d) of the *Charter* "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". Many of the same concerns arise in considering "the principles of fundamental justice" guaranteed under s. 7 may be protected under s. 11(d). However, as I have already dealt with these issues, I will focus, at this time, solely on the concerns which fall directly under s. 11(d). In this regard, the respondent submits that the fact that out-of-court statements are admitted into evidence at trial denies him the guarantee of a public hearing. I do not find this submission persuasive. Out-of-court statements are admitted into evidence in judicial proceedings everyday without any suggestion that the trial is unfair or not public. Further, the fact that the child's testimony is on video-

S'exprimant au nom de la Cour, le juge Wilson a estimé que l'accusé a, certes, le droit fondamental de contre-interroger le témoin, mais qu'il n'est pas obligatoire que ce droit s'exerce au procès. Ces remarques du juge Wilson ont été suivies par le juge Tobias, dans l'arrêt *R. c. Argue*, C. Ont. (Div. gén.), le 2 octobre 1991, inédit, à la p. 10, lequel ne partage pas l'opinion du juge Helper en l'espèce. Dans l'arrêt *Argue*, le juge Tobias a conclu que l'art. 715.1 du *Code criminel* protégeait pleinement les droits reconnus à l'accusé, tant en common law qu'en vertu de la *Charte*, en lui donnant l'occasion de tester l'exactitude de l'enregistrement. Je suis d'accord. En l'espèce, j'estime que le droit au contre-interrogatoire n'est pas menacé par son absence de contemporanéité et, en soi, le délai qui s'ensuit inévitablement ne rend pas l'art. 715.1 déficient sur le plan constitutionnel.

En conclusion, donc, je suis d'avis que les droits reconnus à l'intimé en vertu de l'art. 7 de la *Charte* n'ont pas été violés par l'utilisation d'un témoignage enregistré en application de l'art. 715.1 du *Code criminel* et que cette disposition est, par conséquent, constitutionnelle. Elle ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

L'alinéa 11(d)

J'examinerai maintenant la prétention de l'intimé que l'art. 715.1 du *Code criminel* viole le droit que lui garantit l'al. 11(d) de la *Charte* «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». Un grand nombre des intérêts que protège la garantie des «principes de justice fondamentale» consacrée à l'art. 7 peuvent aussi recevoir la protection de l'al. 11(d). Toutefois, comme j'ai déjà analysé ces questions, je m'attacherai cette fois-ci uniquement aux intérêts directement visés par l'al. 11(d). À cet égard, l'intimé soutient que l'admission en preuve au procès de déclarations extrajudiciaires le prive de la garantie d'un procès public. Cet argument ne me convainc pas. Des déclarations extrajudiciaires sont admises en preuve tous les jours dans des poursuites judiciaires sans que soit jamais remis en cause l'équité

tape, in my opinion, in no way colours the accused's guilt or innocence. The respondent's submissions on this point are minimal and, frankly, do not deserve a longer discussion. I do not find that s. 11(d) of the *Charter* is infringed by s. 715.1 of the *Criminal Code*.

Judicial Discretion

Even if one were to conclude that s. 715.1 creates an exception to the general rules of evidence, which I do not, it would be a very minimal exception indeed. In this regard, I agree with the appellant's submission that the wording of s. 715.1 itself supports the interpretation that such a provision accommodates traditional rules of evidence and judicial discretion. Thus, in addition to the power to expunge or edit statements where necessary, the trial judge has discretion to refuse to admit the videotape in evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value. Properly used, this discretion to exclude admissible evidence ensures the validity of s. 715.1 and is consistent with fundamental principles of justice necessary to safeguard the right to a fair trial enshrined in the *Charter*. Most recently, and following earlier decisions, in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, this Court held that residual judicial discretion may be constitutionally required in order to provide a mechanism for balancing the rights of the accused and those of the state.

It is further important to note that s. 715.1 does not operate in a vacuum. In fact, at trial, Scollin J. directly asked counsel if there were any parts of the videotaped testimony that would be inadmissible had the child been in the witness box. Counsel explicitly replied that there were not. This judicial discretion has its foundation in the judge's duty to ensure a fair trial for the accused (*R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670). In *Corbett*, when referring to

ou le caractère public du procès. De plus, le fait que le témoignage de l'enfant soit recueilli sur bande vidéo ne change rien, à mon avis, à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Sur ce point, les prétentions de l'intimé sont minimales et, en toute franchise, ne méritent pas un examen plus approfondi. J'estime donc que l'art. 715.1 du *Code criminel* ne contrevient pas à l'al. 11d) de la *Charte*.

Le pouvoir discrétionnaire judiciaire

Même si l'on devait conclure que l'art. 715.1 crée une exception aux règles de preuve générales, ce que je ne fais pas, il s'agirait dans les faits d'une exception minime. À cet égard, je suis d'accord avec l'appelant pour dire que l'interprétation selon laquelle l'art. 715.1 permet aux tribunaux d'appliquer les règles traditionnelles de preuve et d'exercer leur pouvoir discrétionnaire ressort du texte même de la disposition. Ainsi, outre le pouvoir d'expurger ou d'épurer une déclaration en cas de besoin, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'admettre un enregistrement magnétoscopique en preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. L'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve admissible assure la validité de l'art. 715.1 et est compatible avec les principes de justice fondamentale dont le respect est exigé pour garantir le droit à un procès équitable consacré dans la *Charte*. Récemment, et conformément à des décisions antérieures, notre Cour a estimé, dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, qu'un pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal peut être constitutionnellement requis en tant que mécanisme d'équilibre entre les droits de l'accusé et ceux de l'État.

Il importe également de souligner que l'art. 715.1 ne s'applique pas dans un vacuum. En fait, au procès, le juge Scollin a demandé directement aux avocats si certaines parties de l'enregistrement auraient pu être inadmissibles dans l'hypothèse où l'enfant aurait été à la barre. Les avocats ont explicitement répondu par la négative. Ce pouvoir discrétionnaire repose sur le devoir des juges de veiller à ce que l'accusé ait un procès équitable (*R. c.*

the rules of evidence Dickson C.J. observed at p. 697:

... basic principles of the law of evidence embody an inclusionary policy which would permit into evidence everything logically probative of some fact in issue, subject to the recognized rules of exclusion and exceptions thereto. Thereafter the question is one of weight. The evidence may carry much weight, little weight or no weight at all. If error is to be made it should be on the side of inclusion rather than exclusion and our efforts in my opinion, consistent with the ever-increasing openness of our society, should be toward admissibility unless a very clear ground of policy or law dictates exclusion.

Section 715.1, in my view, has been carefully crafted to leave room for the application of this principle, in allowing for judicial discretion to reject evidence where its probative value is outweighed by its prejudicial effect. All relevant evidence must be admissible unless it is excluded for compelling policy reasons. La Forest J. expressed the view in *Corbett, supra*, at p. 745, that:

... "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser.

In a case where the protection of s. 715.1 is called upon, the child victim must testify at trial and attest to the truth of the statements made earlier as recorded by videotape. The child may then be subjected to cross-examination on the contents of the taped evidence and the making of the tape. In addition to the child adopting all or part of her prior statements, other limitations exist in that the videotape will only be admissible for a victim under 18 years of age and the video must be made within a reasonable time. However, even before the videotape may be admitted, a *voir dire* must be

Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670). Dans *Corbett*, le juge en chef Dickson a fait observer ceci à propos des règles de preuve, à la p. 697:

... les règles fondamentales du droit de la preuve comportent un principe d'inclusion en vertu duquel il est permis de produire en preuve tout ce qui sert logiquement à prouver un fait en litige, sous réserve des règles d'exclusion reconnues et des exceptions à celles-ci. Pour le reste, c'est une question de valeur probante. La valeur probante d'un élément de preuve peut être forte, faible ou nulle. En cas de doute, il vaut mieux pécher par inclusion que par exclusion et, à mon avis, conformément à la transparence de plus en plus grande de notre société, nous devrions nous efforcer de favoriser l'admissibilité, à moins qu'il n'existe une raison très claire de politique générale ou de droit qui commande l'exclusion.

À mon avis, l'art. 715.1 a été soigneusement rédigé pour laisser place à l'application de ce principe, en permettant que s'exerce le pouvoir discrétionnaire du tribunal de rejeter un élément de preuve lorsque sa valeur probante est inférieure à son effet préjudiciable. Doivent être considérés comme admissibles tous les éléments de preuve pertinents, à moins que des considérations impérieuses de politique générale n'en commandent l'exclusion. Selon le juge La Forest dans *Corbett*, précité, à la p. 745:

... «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur.

Dans le cas où l'on fait appel à la protection de l'art. 715.1, l'enfant victime doit témoigner au procès et attester de la véracité des déclarations qu'il a faites antérieurement et qui ont été enregistrées sur bande vidéo. L'enfant est alors sujet à contre-interrogatoire sur le contenu de l'enregistrement et sur sa réalisation. Outre l'exigence que l'enfant confirme en tout ou en partie ses déclarations antérieures, l'enregistrement ne sera admissible que si celui-ci a été réalisé dans un délai raisonnable et que la victime est âgée de moins de 18 ans. Toutefois, avant même que l'enregistrement puisse être

held to review the contents of the tape and to ensure that any statements made in the videotape conform to the rules of evidence. Any statements which are in conflict with rules of evidence may be expunged from the tape. There are a number of factors which the trial judge could take into account in exercising his or her discretion to exclude a videotaped statement:

- (a) The form of questions used by any other person appearing in the videotaped statement;
- (b) any interest of anyone participating in the making of the statement;
- (c) the quality of the video and audio reproduction;
- (d) the presence or absence of inadmissible evidence in the statement;
- (e) the ability to eliminate inappropriate material by editing the tape;
- (f) whether other out-of-court statements by the complainant have been entered;
- (g) whether any visual information in the statement might tend to prejudice the accused (for example, unrelated injuries visible on the victim);
- (h) whether the prosecution has been allowed to use any other method to facilitate the giving of evidence by the complainant;
- (i) whether the trial is one by judge alone or by a jury; and
- (j) the amount of time which has passed since the making of the tape and the present ability of the witness to effectively relate to the events described.

In conclusion on this aspect, consideration must be had for the prerogative of Parliament to make such reforms to the law of evidence from time to time as best serves the interests of justice. The recent decision of our Court in *B. (K.G.)*, *supra*, best illustrates such need. As I stated above, this prerogative should not be unduly limited without a

admis, un voir-dire doit être tenu pour en examiner le contenu et veiller à ce que les déclarations qu'il contient soient conformes aux règles de preuve. Toute déclaration contraire à ces règles peut être retranchée de l'enregistrement. Il existe un bon nombre de facteurs que le juge du procès pourrait prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'exclure une déclaration enregistrée sur bande vidéo:

- a) le genre des questions utilisées par toute autre personne apparaissant sur la bande;
- b) l'intérêt de toute personne participant à la prise de la déclaration;
- c) la qualité de la reproduction magnétoscopique et sonore;
- d) la présence ou l'absence d'éléments de preuve inadmissibles dans la déclaration;
- e) la possibilité d'éliminer les éléments inadéquats par l'épuration de la bande;
- f) l'existence ou l'absence d'autres déclarations extrajudiciaires de la plaignante déposées en preuve;
- g) l'existence de renseignements visuels qui tendraient à porter préjudice à l'accusé (par exemple, des blessures de la victime non reliées à l'incident);
- h) la question de savoir si la poursuite a été autorisée à utiliser toute autre méthode visant à faciliter le témoignage de la plaignante;
- i) le fait que le procès ait lieu devant un juge seul ou devant juge et jury; et
- j) le temps écoulé depuis l'enregistrement de la bande et la capacité actuelle du témoin de relater les événements décrits de façon effective.

Pour conclure sur ce sujet, je dirai qu'il faut tenir compte de la prerogative du législateur d'apporter au droit de la preuve les réformes qu'impose, à l'occasion, l'intérêt de la justice, comme en témoigne éloquemment le récent arrêt de notre Cour *B. (K.G.)*, précité. Comme je l'ai dit précédemment, cette prerogative ne devrait pas être

clear basis for justification. The provisions of s. 715.1 accommodate the traditional rules of evidence as well as judicial discretion. As such, these provisions are not unconstitutional.

Age Limit

The final argument put forward by the respondent with respect to the constitutionality of s. 715.1 and ascribed to by Helper J.A. on appeal, is to the effect that the age of the complainant affects the viability of s. 715.1 of the *Criminal Code*. According to the respondent, the limit of 18 years of age is arbitrary and as such renders the section unconstitutional. I disagree. Whether the complainant is a young child or an adult woman, all victims of sexual abuse who are required to relive, through detailed testimony, the horrendous events through which they have suffered, experience doubly what is already significant pain. There is a need for greater recognition of the severe effects that all witnesses, regardless of age, suffer in such instances. Section 715.1 is a legislative attempt to partly shield the most vulnerable of those witnesses, children and young women. The purpose of the legislation remains the same regardless of the age of the complainant and the need for protection may even be enhanced in the case of young women. A young woman of 15, 16 or 17 years of age will, in most instances, be in a situation of power imbalance *vis-à-vis* the perpetrator, as a result of both her sex and her age. As well, there will be many instances where the accused is in a position of trust and this may often result in additional emotional turmoil and confusion. Young women are particularly vulnerable at the age when they commence to assert their sexuality. As a result, such an experience in adolescence, may be even more traumatic and have more long term effects than if suffered at an earlier age.

Empirical data sheds some light on this issue. For example, a Toronto study indicated that the highest percentage of reported rapes that were classified by the police as unfounded, were in the 14- to 19-year-old age group. In this age group, 69 percent of reports were classified as unfounded

indûment restreinte sans justification claire. Les dispositions de l'art. 715.1 laissent quant à elles place à l'application des règles de preuve traditionnelles ainsi qu'à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal. À ce titre, elles ne sont donc pas inconstitutionnelles.

La limite d'âge

Le dernier argument que fait valoir l'intimé à l'encontre de la constitutionnalité de l'art. 715.1 et auquel a souscrit le juge Helper en appel est que l'âge du plaignant influe sur la viabilité de cet article. Selon l'intimé, la limite d'âge de 18 ans est arbitraire et, pour ce motif, rend l'article inconstitutionnel. Je ne suis pas d'accord. Que le plaignant soit un jeune enfant ou une femme adulte, toutes les victimes d'agression sexuelle appelées, dans leur témoignage, à revivre en détail les événements horribles qu'elles ont vécus font doublement l'expérience d'une souffrance déjà grande. Il faudrait être davantage sensible aux répercussions importantes que subissent dans ces cas tous les témoins, quel que soit leur âge. L'article 715.1 est une tentative du législateur de protéger partiellement les plus vulnérables de ces témoins, soit les enfants et les jeunes femmes. L'objet de la disposition demeure le même indépendamment de l'âge du plaignant et le besoin de protection pourrait même s'avérer plus grand dans les cas des jeunes femmes. Une jeune femme de 15, 16 ou 17 ans sera, dans la plupart des cas, dans une situation d'inégalité du rapport de force *vis-à-vis* l'agresseur, du fait à la fois de son sexe et de son âge. Souvent, l'accusé occupera une position de confiance, d'où un bouleversement émotif et une confusion accrus. Les jeunes femmes sont particulièrement vulnérables à l'âge où elles commencent à affirmer leur sexualité. Une telle expérience à l'adolescence pourra donc être encore plus traumatisante et ses répercussions se feront sentir plus longtemps que si elle s'était produite plus tôt.

Des données empiriques éclairent le débat. Par exemple, selon une étude menée à Toronto, le plus fort pourcentage d'allégations de viol classées par la police comme non fondées se situait dans le groupe des 14 à 19 ans. Dans ce groupe d'âge, 69 pour 100 des signalements ont été classés comme

(Clark, *supra*, at pp. 143-44). This trend of disbelief continues and worsens when the charge is one of gang rape or multiple rape. Clark in her article, at p. 144, states:

... that this [survey] indicates clearly that those aged thirteen to nineteen (especially fourteen to seventeen) are seriously discriminated against in terms of getting any legal redress for their multiple sexual victimization. ^b

The United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, defines a child as "every human being below the age of eighteen years unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier" (Article 1). This international convention, to which Canada is a signatory, demands that Canadian children under the age of 18 be protected as a class (Articles 19 and 34). In all Canadian provinces, the age of majority is 18 years of age or more and, in addition, legislation such as the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, applies to children up to the age of 18. I find that the inclusion of all children up to the age of 18 under the protections afforded by s. 715.1 of the *Criminal Code* is required by the continued need for such protection and is in conformity with international and domestic instruments. As such, it is in no way arbitrary and, accordingly, it was perfectly legitimate for Parliament to draw the line where it did. A claim of unconstitutionality of s. 715.1 on such a basis must be rejected. ^e

In conclusion, s. 715.1 of the *Criminal Code* applies to a class of crimes where the complainants are young and in which the subject matter of the crime requires that the child provide intimate and embarrassing details about the events that occurred — the unwanted interference with the child's body. The children involved are generally scared, helpless and in emotional turmoil. Their world has fallen apart. In such circumstances as described here, which are far from unique, they feel betrayed by someone whom they should have been able to trust and are often revictimised by a criminal justice system that places them in the spotlight. They ^j

non fondés (Clark, *loc. cit.*, aux pp. 143 et 144). Cette tendance à ne pas ajouter foi aux signalements s'accroît dans les cas d'accusations de viol collectif ou multiple. Dans son article, à la p. 144, ^a Clark dit:

[TRADUCTION] ... [cette enquête] indique clairement que les jeunes âgés de treize à dix-neuf ans (et particulièrement de quatorze à dix-sept ans) sont victimes de discrimination grave lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation en justice pour leur victimisation sexuelle multiple.

Selon la définition de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, l'enfant est «tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable» (article premier). Cette convention internationale, dont le Canada est signataire, exige que les enfants canadiens âgés de moins de 18 ans soient protégés en tant que classe (articles 19 et 34). Dans toutes les provinces canadiennes, l'âge de la majorité est fixé à 18 ans ou plus, et des lois telle la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, s'appliquent aux enfants jusqu'à l'âge de 18 ans. J'estime que l'inclusion de tous les enfants de moins de 18 ans sous la protection de l'art. 715.1 du *Code criminel* s'impose en raison du besoin continu qu'ils ont de cette protection, en plus d'être conforme aux instruments internationaux et internes. À ce titre, cet article n'a rien d'arbitraire et il était donc parfaitement loisible au législateur de fixer la limite là où il l'a fait. L'exception d'inconstitutionnalité fondée sur ce motif doit par conséquent être rejetée. ^g

En conclusion, l'art. 715.1 du *Code criminel* s'applique à une catégorie de crimes touchant de jeunes plaignants qui se voient obligés, de par la nature même de ces crimes, de révéler des détails intimes et embarrassants à propos des événements survenus — les contacts non désirés avec leur corps. Les enfants en cause sont généralement effrayés, désarmés et émotivement troublés. Leur monde s'est effondré. Dans des circonstances comme celles décrites en l'espèce, et qui n'ont rien d'exceptionnel, ils se sentent trahis par une personne en qui ils auraient dû avoir confiance et deviennent souvent à nouveau victimes, cette fois

are subjected to repeated questioning and grueling analysis whereas they would expect such treatment to apply rather to the person responsible, in their view, for criminal acts. If the criminal justice system is to effectively perform its role in deterring and punishing child sexual abuse, it is vital that the law provide a workable, decent and dignified means for the victim to tell her or his story to the court. In my opinion, s. 715.1 is a modest legislative initiative working toward this end. For the reasons outlined above, I find that s. 715.1 does not infringe either s. 7 or 11(d) of the *Charter*. A s. 1 analysis is, therefore, unnecessary.

Non-Constitutional Issues

I now turn to the three non-constitutional issues, which I reproduce here for the sake of convenience:

1. Whether the videotaped testimony of R.S. has been recorded within a reasonable time after the offence, pursuant to s. 715.1 of the *Code*.
2. Whether the trial judge erred in failing to use the "might reasonably be true" evidentiary test to determine if the accused should be convicted or acquitted.
3. Whether the trial judge's interjections and commentary during the questioning of the witnesses created a reasonable apprehension of bias.

I will deal with each question in order.

Reasonable Time

Section 715.1 provides that "a videotape [be] made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of". In this case, a five-month period of time elapsed between the time the offence was first reported and the making of the videotape. The respondent alleges that such a lapse

d'un système pénal de justice qui les met sur la sellette. Ils sont soumis à des interrogatoires répétés et à des analyses épuisantes alors qu'ils s'attendraient à ce que ce traitement s'applique plutôt à la personne responsable, à leur avis, des actes criminels. Si le système de justice pénale doit effectivement jouer son rôle de dissuader et de punir les agressions sexuelles contre les enfants, il est d'importance vitale que la loi mette à la disposition de la victime un moyen efficace, décent et digne lui permettant de venir donner sa version devant le tribunal. À mon avis, l'art. 715.1 est une mesure législative modeste qui vise cette fin. Pour les motifs énoncés précédemment, j'estime donc que l'art. 715.1 ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte*. Il est par conséquent inutile de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

d Les questions non constitutionnelles

J'en viens maintenant aux trois questions non constitutionnelles, que je reproduis pour plus de commodité:

1. L'enregistrement magnétoscopique du témoignage de R.S. a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction, comme l'exige l'art. 715.1 du *Code*?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'appliquant pas le critère de la preuve «pouvant raisonnablement être vraie» pour établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé?
3. Les interjections et les commentaires du juge du procès pendant l'interrogatoire des témoins ont-ils fait naître une crainte raisonnable de partialité?

h Je répondrai dans l'ordre à chacune de ces questions.

Le délai raisonnable

L'article 715.1 prévoit la possibilité de réaliser «un enregistrement magnétoscopique [...] dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation». En l'espèce, cinq mois se sont écoulés entre le moment où l'infraction a été signalée pour la pre-

of time is not “reasonable” and, consequently, the videotape should not have been admitted into evidence. This was the finding of Helper J.A. on appeal. I disagree. What is or is not “reasonable” depends entirely on the circumstances of a case. The trial judge in this case, taking into consideration all such circumstances came to the conclusion that the lapse of time in this instance was reasonable. On the *voir dire* the trial judge stated:

But in the end of the day, the test must be, has the Crown proved beyond a reasonable doubt that the videotape was made within a reasonable time after the alleged offence?

In this case I am satisfied that the, despite the unnecessary delay by the police, the eventual making of the tape in August was within a reasonable time after the alleged offence. . . . I simply observe that in this, in this context, [s.] 715.1, where you are dealing with young children, what is reasonable in one case may not be in the other. But the boundaries of reasonableness are indeed almost as variable as the historical boundaries of Poland. But I do think in this case given the ages, given the age involved, that the tape satisfies the test of [s.] 715.1, and accordingly, the tape, in respect of [R.S.] will be marked Exhibit 1.

As this Court has repeatedly said, a court of appeal should not interfere lightly with findings of fact unless it concludes that the trial judge has made an egregious error either by failing to recognize or misinterpreting an important and relevant piece of evidence or by reaching an erroneous conclusion (see *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Bank of Montreal v. Bail Liée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at pp. 572-73; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; and *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672). In this case, the Court of Appeal did not indicate which such error the trial judge committed, nor did they state upon which facts they relied in order to reverse the trial judge’s findings of fact. In my view, the Court of Appeal simply substituted

mière fois et la réalisation de l’enregistrement magnétoscopique. L’intimé allègue que ce délai n’est pas «raisonnable» et que, en conséquence, l’enregistrement n’aurait pas dû être admis en preuve. C’est la conclusion à laquelle est arrivée le juge Helper en appel. Je ne suis pas d’accord. Ce qui est ou n’est pas «raisonnable» est uniquement affaire de circonstances. En l’espèce, le juge du procès, prenant en considération l’ensemble des circonstances, a conclu que le délai était raisonnable. Il s’est exprimé ainsi lors du voir-dire:

[TRADUCTION] Mais, tout compte fait, le critère doit être le suivant: le ministère public a-t-il prouvé hors de tout doute raisonnable que l’enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l’infraction reprochée?

En l’espèce, j’ai la conviction que, malgré le retard imputable à la police, l’enregistrement réalisé en août l’a été dans un délai raisonnable après la perpétration de l’infraction. [. . .] Je soulignerai simplement que, sous le régime de l’art. 715.1, lorsque de jeunes enfants sont en cause, ce qui est raisonnable dans un cas peut ne pas l’être dans un autre. Les frontières du caractère raisonnable sont en effet presque aussi variables que les frontières historiques de la Pologne. Mais j’estime en l’espèce, compte tenu des âges, compte tenu de l’âge en question, que l’enregistrement satisfait au critère de l’art. 715.1 et, en conséquence, cet enregistrement sera, à l’égard de [R.S.], marqué comme pièce n° 1.

Comme notre Cour l’a dit à maintes reprises, un tribunal d’appel ne devrait pas s’immiscer à la légère dans des conclusions de fait, sauf s’il conclut que le juge de première instance a commis une erreur grossière soit en ne reconnaissant pas ou en interprétant mal un élément important et pertinent de la preuve, soit en tirant une conclusion erronée (voir *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Banque de Montréal c. Bail Liée*, [1992] 2 R.C.S. 554, aux pp. 572 et 573; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, et *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672). Dans la présente affaire, la Cour d’appel n’a pas indiqué quelle erreur le juge du procès avait commise et elle n’a pas énoncé les faits sur lesquels elle s’est fondée pour infirmer ses conclu-

its opinion to that of the trial judge. This, in my view, it was not entitled to do.

Beyond the facts of this case, however, what should the determination of the reasonableness of the length of delay take into consideration? In reaching a conclusion as to the reasonableness of time, courts must be mindful of the fact that children, for a number of reasons, are often apt to delay disclosure. As McLachlin J. wrote in *R. v. W. (R.)*, *supra*, at p. 136:

... victims of abuse often in fact do not disclose it, and if they do, it may not be until a substantial length of time has passed.

Studies abundantly confirm this fact as part of the child abuse syndrome. (See, among others, R. C. Summit, "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, at pp. 181-88; and G. Renaud, "Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf" (1993), 20 C.R. (4th) 383.)

Further, depending on where the child resides and whether facilities are available, as well as the necessity of prior investigation to ensure the seriousness of the allegations, some delay will necessarily accrue. On the other hand, such determination must also take into account social science data which makes clear that recollection decreases in accuracy with time. Flin and Spencer in "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189, at p. 190, indicate that, although children may have clear and accurate memories at the time of the occurrence, studies illustrate that children's memories may fade faster than those of adults. There is, thus, a clear advantage to gathering evidence from a child as early as possible. Videotaped evidence offers one avenue to accomplish this end. The child's evidence is gathered and preserved, many months and often years, before the trial is held.

The reasonableness of the delay in gathering such evidence may further depend on a number of factors which only a case-by-case analysis will be

sions de fait. À mon avis, la Cour d'appel a simplement substitué son opinion à celle du juge du procès, ce qu'elle n'était pas habilitée à faire.

Au-delà des faits de l'espèce, toutefois, quels éléments faut-il prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable du délai? Pour parvenir à une conclusion à cet égard, les tribunaux doivent tenir compte du fait que les enfants, pour un certain nombre de raisons, sont souvent enclins à retarder la dénonciation. Comme le juge McLachlin l'a écrit dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, précité, à la p. 136:

... en réalité, il arrive fréquemment que les victimes d'abus ne dénoncent pas celui-ci, et si elles le font, ce n'est peut-être pas avant un long moment.

Les études confirment abondamment ce fait, qu'elles associent au syndrome de l'enfant victime de violence. (Voir, entre autres, R. C. Summit, «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, aux pp. 181 à 188, et G. Renaud, «Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf» (1993), 20 C.R. (4th) 383.)

De plus, des facteurs tels le lieu de résidence de l'enfant et la disponibilité des installations, ainsi que la nécessité de mener une enquête préalable pour vérifier le sérieux des allégations susciteront inévitablement des délais. Par ailleurs, il faut également tenir compte des données sociologiques, lesquelles indiquent clairement que les souvenirs perdent de leur exactitude avec le temps. Selon Flin et Spencer, dans «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189, à la p. 190, la mémoire des enfants peut être claire et exacte au moment de l'événement mais, d'après les études effectuées, elle s'estompe plus vite que celle des adultes. Il y a donc un avantage manifeste à recueillir le témoignage de l'enfant aussi tôt que possible. L'enregistrement magnétoscopique est un moyen de parvenir à cette fin, le témoignage de l'enfant étant recueilli et conservé des mois sinon des années avant la tenue du procès.

Le caractère raisonnable du délai mis à recueillir ce témoignage peut également dépendre de certains autres facteurs, que seule une analyse de

able to determine. This approach is not new. The reasonableness of a search, for example, requires a case-by-case analysis, as do a number of other instances. This case-by-case analysis is the function of the trial judge. In the present case, the trial judge, after reviewing all the circumstances of this case, concluded that the delay in videotaping the child's evidence was reasonable. My own reading of the evidence brings me to the same conclusion. Accordingly, since the trial judge correctly directed himself in law and did not err in his assessment of the evidence, it was an error on the part of the Court of Appeal to intervene.

I now turn to the respondent's second non-constitutional concern, the appropriate test for the determination of guilt or innocence.

Appropriate Test

The respondent submitted a brief to the trial judge with regard to the appropriate test for weighing the evidence and in particular with regard to assessing the credibility of witnesses. He argued that the proper test was whether an account given by, or on behalf, of an accused might "reasonably be true". The trial judge did not agree and explained:

Whether an account given by, or on behalf of, an accused might reasonably be true, is not in my view the honest and proper and established test of whether the Crown's evidence should be rejected. It is simply one factor in assessing the overall impact of the evidence as a whole. If one were to determine criminal cases simply on an academic test, unrelated to all the other facts, of whether something might reasonably be true, much of the impact of truly and compellingly credible Crown evidence such as that here, would go for naught, and truth would be subjugated by plausibility.

chaque cas d'espèce pourra déterminer. Cette méthode n'est pas nouvelle. Elle s'applique, entre autres, en matière de fouille et de perquisition. C'est au juge du procès qu'il incombe de procéder à cette analyse au cas par cas. En l'espèce, le juge du procès a conclu, après examen de l'ensemble des circonstances, que le délai ayant précédé l'enregistrement du témoignage de l'enfant était raisonnable. Quant à moi, je fais de la preuve une lecture qui m'amène à une conclusion identique. En conséquence, étant donné que le juge du procès s'est correctement dirigé en droit et qu'il n'a pas commis d'erreur dans son appréciation de la preuve, c'est à tort que la Cour d'appel s'est immiscée dans ses conclusions.

J'examinerai maintenant le second point non constitutionnel soulevé, soit le critère qu'il convient d'appliquer pour établir la culpabilité ou l'innocence.

e Le critère applicable

L'intimé a soumis au juge du procès un mémoire portant sur le critère applicable à l'appréciation de la preuve et, en particulier, à l'appréciation de la crédibilité des témoins. Il a fait valoir que le critère pertinent était de savoir si la version donnée par l'accusé ou pour son compte pouvait «raisonnablement être vraie». Le juge du procès s'est dit en désaccord avec cette opinion, pour les raisons suivantes:

[TRADUCTION] La question de savoir si le récit fait par l'accusé ou pour son compte pourrait raisonnablement être vrai n'est pas, à mon avis, le critère honnête, juste et établi pour décider si la preuve du ministère public devrait être rejetée. Il s'agit simplement d'un facteur qui entre en considération dans l'appréciation de la valeur globale de la preuve dans son ensemble. Si l'on devait juger des affaires criminelles uniquement en fonction d'un critère théorique, n'ayant aucun lien avec tous les autres faits, et consistant à se demander si quelque chose pourrait raisonnablement être vrai, la preuve véritablement et indéniablement crédible du ministère public, comme en l'espèce, perdrait une grande partie de sa valeur et la vérité serait supplantée par la plausibilité.

In my view, the trial judge was correct, as was O'Sullivan J.A. who succinctly enunciated the test as follows (at p. 317):

The only question for the trier of fact at the end of the trial is whether or not, on the whole of the evidence, the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. If it has, the accused must be convicted. If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

This is the proper test on which Cory J. in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 757-58, expanded as follows:

A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

The respondent's submissions on this point, also made to us, cannot succeed.

The respondent further argues that the trial judge erred in his assessment of the evidence. In my view, the trial judge, having applied the proper test, correctly assessed the evidence. It is clear that he believed the complainant, such as he had the right to do and found that the Crown had proven its case beyond a reasonable doubt. The respondent has not succeeded in convincing me that the trial judge was wrong.

Reasonable Apprehension of Bias

The final issue raised by the respondent is whether the trial judge may have acted in such a manner as to raise a reasonable apprehension of bias, as per *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39. In *Brouillard*, Lamer J., for the Court, held that the judiciary should not be seen as "enter-

À mon avis, le juge du procès avait raison, tout comme le juge O'Sullivan qui a succinctement formulé le critère dans les termes suivants (à la p. 317):

^a [TRADUCTION] Au terme du procès, la seule question que doit se poser le juge des faits est de savoir si, d'après l'ensemble de la preuve, le ministère public a établi une preuve hors de tout doute raisonnable. Si oui, l'accusé doit être déclaré coupable. S'il existe un doute raisonnable, l'accusé doit être acquitté.

^b Voilà le critère approprié, que le juge Cory a explicité comme suit dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758:

^c Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant:

^d Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

^e Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

^e Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

^f Les arguments sur ce point, que l'intimé a aussi fait valoir devant nous, doivent donc être rejetés.

^g L'intimé soutient également que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation de la preuve. À mon avis, toutefois, ayant appliqué le critère pertinent, le juge a correctement apprécié la preuve. Manifestement, il a cru la plaignante, comme il en avait le droit, et il a estimé que le ministère public avait établi sa preuve hors de tout doute raisonnable. L'intimé n'a pas réussi à me convaincre que le juge du procès a eu tort.

La crainte raisonnable de partialité

ⁱ La dernière question soulevée par l'intimé est celle de savoir si le juge du procès a agi de telle sorte qu'il a fait naître une crainte raisonnable de partialité, tel qu'il appert de l'arrêt *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39. Dans cet arrêt, le juge Lamer a dit, au nom de la Cour, que les juges ne

ing the ring” or acting on behalf of one of the parties. However, he wrote p. 48:

... although the judge may and must intervene for justice to be done, he must nonetheless do so in such a way that justice is *seen to be done*. It is all a question of manner. [Emphasis added; italics in original.]

The respondent argues, while conceding that the trial judge can and should ask questions of witnesses in the course of their testimony, that the trial judge exceeded his role and participated in the proceedings to such an extent that an apprehension of judicial bias resulted.

It is my view that, in the case at hand as well as in other cases involving fragile witnesses such as children, the trial judge has a responsibility to ensure that the child understands the questions being asked and that the evidence given by the child is clear and unambiguous. To accomplish this end, the trial judge may be required to clarify and rephrase questions asked by counsel and to ask subsequent questions to the child to clarify the child's responses. In order to ensure the appropriate conduct of the trial, the judge should provide a suitable atmosphere to ease the tension so that the child is relaxed and calm. The trial judge, in this case, did not prevent the mounting of a proper defence, nor did he demonstrate favouritism toward the witness in such a way as to preclude a fair trial. I find that the trial judge in this instance did nothing more than “intervene for justice to be done”.

With regard to the non-constitutional issues raised, then, the respondent has conveyed no persuasive argument that the trial judge erred either in his findings of fact or as to the reasonableness of the time factor involved in making the videotaped statement or in stating the proper test or in its application to the facts of the case or, finally, that the trial judge demonstrated bias.

Conclusion

The respondent's attack on the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code* is unfounded.

devaient pas paraître «sauter dans l'arène» ou agir pour le compte de l'une des parties. Toutefois, il a écrit, à la p. 48:

... si le juge peut et doit intervenir pour que justice soit rendue il doit quand même le faire de telle sorte que justice *paraisse être rendue*. Tout est dans la façon. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Tout en reconnaissant que le juge du procès peut et doit poser des questions aux témoins pendant leur déposition, l'intimé fait valoir qu'il a excédé son rôle et qu'il a participé à l'instance dans une mesure telle qu'on peut raisonnablement craindre qu'il y ait eu partialité.

À mon avis, dans la présente affaire comme dans d'autres mettant en cause des témoins fragiles tels les enfants, il incombe au juge du procès de veiller à ce que l'enfant comprenne les questions posées et à ce que son témoignage soit clair et sans ambiguïté. À cette fin, il se peut qu'il soit obligé de clarifier ou de reformuler des questions posées par les avocats et de poser des questions additionnelles pour clarifier les réponses de l'enfant. Pour assurer la bonne marche du procès, le juge se doit de créer une atmosphère propice au calme et à la détente de l'enfant. En l'espèce, le juge du procès n'a pas empêché la défense de présenter la preuve voulue et il n'a pas non plus fait montre de favoritisme à l'endroit du témoin de manière à empêcher la tenue d'un procès équitable. J'estime qu'il n'a rien fait d'autre, dans la présente affaire, que d'«intervenir pour que justice soit rendue».

Par conséquent, en ce qui a trait aux questions non constitutionnelles soulevées, l'intimé ne m'a pas convaincue que le juge du procès a commis une erreur soit dans ses conclusions de fait soit quant au caractère raisonnable du délai de réalisation de l'enregistrement magnétoscopique, soit dans la formulation du critère pertinent ou son application aux faits de l'espèce, ou, enfin, qu'il a fait montre de partialité.

Conclusion

L'attaque de l'intimé contre la constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel* n'est pas fondée.

Both the context and the legislative background indicate that Parliament was rightly concerned at one point with the treatment of abused children by the judicial system, as well as the consequences for those children who recount in court difficult, at times horrendous, experiences. With this notable purpose in mind, as well as social science data and stories told by abused children and without ignoring the rights of an accused to a fair trial, s. 715.1 was enacted. The goal pursued by such legislative enactment was, and continues to be, the protection of child witnesses and the attainment of the truth through the mechanism of videotaped statements. To achieve the required degree of fairness to the accused, as prescribed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, on the other hand, Parliament ensured that judges enjoy the necessary discretion to set aside, edit or disallow such statements if their prejudicial effect outweighs their probative value. Moreover, preconditions to the admission of such statements were imposed. These include requirements that the child adopt her or his statements at trial, that the child be made available for cross-examination and that the applicability of the section be limited to certain sexual offences against children under 18 years of age. It is my view that Parliament has been successful in striking a balance between the rights of the accused, the fairness of the trial and the interests of society. The fundamental principles of justice have not been infringed, nor does the application of s. 715.1 to children of 18 years of age or less constitute such an infringement. Thus, the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code* is ensured.

In assessing legislation such as s. 715.1 of the *Criminal Code*, courts must be mindful that:

The child's experience with the criminal justice system will color his or her future interactions with it. A negative experience may result in an unwillingness to report crimes later on. Some adult women, molested as children, hesitate to report the sexual assault of their

Il ressort en effet du contexte, ainsi que du cadre législatif, que le législateur s'est à bon droit préoccupé à un certain moment du traitement que le système judiciaire accorde aux enfants victimes de violence et des répercussions qu'a sur eux l'obligation de raconter à nouveau, devant le tribunal, des expériences difficiles, voire même horribles. C'est en tenant compte de cette préoccupation notable, des données de la sociologie et des récits faits par les enfants victimes, sans négliger les droits de l'accusé à un procès équitable, que l'art. 715.1 a été édicté. L'objet de cette disposition était et continue d'être la protection des enfants témoins et la recherche de la vérité grâce à l'enregistrement magnétoscopique de leurs déclarations. D'autre part, de façon à assurer à l'accusé l'équité requise par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, le législateur a veillé à ce que les juges jouissent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour écarter, épurer ou rejeter les déclarations si leur effet préjudiciable l'emporte sur leur valeur probante. De plus, il a imposé des conditions préalables à leur utilisation, notamment, que l'enfant confirme sa déclaration au procès, qu'il puisse être soumis à un contre-interrogatoire et que l'applicabilité de l'article soit limitée à certaines infractions d'ordre sexuel contre les enfants de moins de 18 ans. À mon avis, le législateur est parvenu à établir un équilibre entre les droits de l'accusé, l'équité du procès et les intérêts de la société. Il n'y a pas eu contravention des principes de justice fondamentale, et l'application de l'art. 715.1 aux enfants de 18 ans ou moins ne constitue pas non plus une telle contravention. La constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel* est donc assurée.

Dans l'appréciation qu'ils font d'une disposition telle l'art. 715.1 du *Code criminel*, les tribunaux doivent être conscients que:

[TRADUCTION] L'expérience que fait l'enfant du système de justice pénale influera sur les futures interactions qu'il aura avec ce système. Une expérience négative pourra le conduire plus tard à refuser de signaler des crimes. Certaines femmes agressées lorsqu'elles étaient enfants hésitent, une fois parvenues à l'âge adulte, à signaler les agressions sexuelles dont leurs propres

own children because of the way they were treated by the legal system.

(G. Goodman and V. S. Helgeson, "Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law" (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181, at p. 206.)

In the words of the then Minister of Justice Ramon Hnatyshyn, when Bill C-15, which implemented s. 715.1 of the *Criminal Code* was introduced, we must

... affirm the rights of our children and our youth, both boys and girls, to the integrity of their person as well as access to the justice system.

(House of Commons Legislative Committee on Bill C-15, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 1, November 27, 1986, at p. 1:18.)

As to the other issues raised in this case, the trial judge correctly applied the principles as well as the proper test for weighing the evidence and, in the discharge of his duties, did not demonstrate any bias that would have vitiated the trial. His decision must stand.

Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the conviction at trial.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. — I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé in this appeal. The constitutional questions were answered on June 15, 1993 and I agree with the disposition of them.

I agree with the conclusion respecting the non-constitutional questions and that the appeal be allowed and the conviction be reinstated.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Winnipeg.

enfants sont victimes à cause de la façon dont elles ont été traitées par le système juridique.

(G. Goodman et V. S. Helgeson, «Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law» (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181, à la p. 206.)

Pour reprendre les mots de Ramon Hnatyshyn, ministre de la Justice au moment de la présentation du projet de loi C-15 qui édictait l'art. 715.1 du *Code criminel*, nous devons

... confirmer [...] le droit de nos enfants et de nos adolescents, garçons et filles, à l'intégrité de leur personne et à l'accès au système de justice.

(Comité législatif de la Chambre des communes sur le projet de loi C-15, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 1, le 27 novembre 1986, à la p. 1:18.)

Quant aux autres questions soulevées dans le présent pourvoi, le juge du procès a correctement appliqué les principes et le critère relatifs à l'appréciation de la preuve et, dans l'exécution des devoirs de sa charge, il n'a fait preuve d'aucune partialité susceptible d'avoir vicié le procès. Sa décision doit donc être maintenue.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — J'ai lu les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans le présent pourvoi. Les réponses aux questions constitutionnelles ont été données le 15 juin 1993, et j'y souscris.

Je suis d'accord avec la conclusion relative aux questions non constitutionnelles et je suis d'avis que le pourvoi devrait être accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Zazelenchuk & Associates, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Zazelenchuk & Associates, Winnipeg.

a Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

b Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

c Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

d Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

e Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

f Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.