

**Donald Leo R., Helen Susan R. and Donald George W. Appellants**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

**INDEXED AS: R. v. R. (D.)**

File No.: 24766.

Hearing and judgment: January 30, 1996.

Reasons delivered: June 20, 1996.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN**

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Young child telling foster mother and physician that her father had sexually abuse her — Child unable to remember incident at trial — Whether out-of-court statements made by child admissible.*

*Criminal law — Evidence — Expert witness — Defence expert in area of sexually abused children prevented by trial judge from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events — Whether expert testimony should have been admitted.*

*Criminal law — Evidence — Cross-examination — Credibility of witnesses — Children alleging that they were sexually and physically abused by accused — Therapist present during police interviews of children — Defence not permitted to use transcripts of interviews to cross-examine therapist on interview techniques employed — Defence seeking to show that children may have been coached or manipulated — Whether trial judge erred in restricting cross-examination — Whether children's credibility a collateral issue.*

*Criminal law — Evidence — Sufficiency — Accused convicted of sexual assault — Children's testimony against one accused similar to their testimony against another accused — Whether evidence too weak to support conviction.*

**Donald Leo R., Helen Susan R. et Donald George W. Appelants**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

**RÉPERTORIÉ: R. c. R. (D.)**

Nº du greffe: 24766.

Audition et jugement: 30 janvier 1996.

Motifs déposés: 20 juin 1996.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN**

*Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Jeune enfant ayant dit à sa mère du foyer d'accueil et à un médecin que son père l'avait agressée sexuellement — Enfant incapable de se souvenir de l'épisode au procès — Les déclarations extrajudiciaires de l'enfant étaient-elles admissibles?*

*Droit criminel — Preuve — Témoin expert — Juge du procès empêchant l'expert de la défense en matière d'enfants victimes d'abus sexuels de témoigner au sujet des conclusions qu'il a tirées sur la fiabilité du souvenir que les enfants avaient d'événements précis — Le témoignage de l'expert aurait-il dû être admis?*

*Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Crédibilité de témoins — Enfants alléguant avoir été victimes d'abus sexuels et physiques de la part des accusés — Thérapeute présente lors des entretiens des enfants avec la police — Défense non autorisée à utiliser les transcriptions des entretiens pour contre-interroger la thérapeute sur les techniques d'entrevue utilisées — Défense cherchant à montrer que les enfants pouvaient avoir été influencés ou manipulés — Le juge du procès a-t-elle commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire? — La crédibilité des enfants est-elle une question accessoire?*

*Droit criminel — Preuve — Caractère suffisant — Accusés déclarés coupables d'agression sexuelle — Témoignage des enfants contre un accusé semblable à celui qu'ils ont présenté contre un autre accusé — La preuve était-elle trop faible pour justifier une déclaration de culpabilité?*

*Criminal law — Trial — Verdicts — Trial judge convicting accused of sexual assault while acquitting them of gross indecency — Whether trial judge's findings inconsistent.*

*Criminal law — Trial — Verdicts — Inadequate reasons — Accused convicted of assault causing bodily harm — Trial judge failing to address troublesome evidence and to identify basis on which she convicted accused — Whether new trial should be ordered.*

The appellants were charged with several counts alleging sexual and physical abuse against three children. D.R. and H.R. are the natural parents of the complainants, and D.W. was H.R.'s boyfriend. The parents' failure to take care adequately of the children led to their placement in the K. family. At that time, the son was seven years old and the twin daughters were five. After the children visited D.R.'s residence for an overnight stay, Mrs. K. noticed blood stains on one of the young girls' underwear. When she asked her what had happened, the girl said that her daddy had "touched" her. The next day, a physician examined the girl and concluded that she had been subjected to non-accidental trauma of the genital area. The girl told the physician that her "daddy spanked my bum then he put his fingers in my bum, it hurt". All three children were observed by Mr. and Mrs. K. to be hyperactive and difficult to control. They appeared to be sexually overt, and were often found kissing and hugging, or naked together in the playroom. The young boy's behaviour deteriorated so badly that he had to be placed in a second foster home, where he made allegations that he and his sisters had been sexually abused by the K. family. As a result, the twins were placed in a new foster home. All three children were examined by a physician who found medical evidence consistent with sexual abuse. Subsequently, the children began making multiple allegations of sexual abuse against their birth parents, D.W., the K. family and many K. family relatives. The police officer assigned to investigate the allegations interviewed the children at length in videotaped sessions. A child therapist was present at these interviews.

At trial, the children testified that the appellants had performed sexual acts on them and had forced them to perform sexual acts on the appellants. The young boy

*Droit criminel — Procès — Verdicts — Juge du procès déclarant les accusés coupables d'agression sexuelle tout en les déclarant non coupables de grossière indécence — Les conclusions du juge du procès sont-elles incohérentes?*

*Droit criminel — Procès — Verdicts — Motifs insuffisants — Accusés déclarés coupables de voies de fait causant des lésions corporelles — Juge du procès n'ayant pas traité d'éléments de preuve troublants et n'ayant pas indiqué sur quoi elle s'est fondée pour déclarer les accusés coupables — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?*

Les appellants ont été accusés de plusieurs chefs d'abus sexuels et physiques commis sur trois enfants. D.R. et H.R. sont les parents naturels des plaignants et D.W. était l'ami de H.R. Comme les parents ne s'occupaient pas adéquatement des enfants, il a fallu les placer dans la famille K. À cette époque, le fils avait sept ans et les jumelles en avaient cinq. Après que les enfants eurent passé une nuit chez D.R., M<sup>me</sup> K. a remarqué la présence de taches de sang sur les sous-vêtements de l'une des fillettes. Lorsqu'elle lui a demandé ce qui était arrivé, l'enfant a répondu que son père l'avait «touchée». Le lendemain, un médecin a examiné l'enfant et a conclu qu'elle avait subi des traumas non accidentels aux organes génitaux. La fillette a raconté au médecin: «mon papa [...] m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». Monsieur et madame K. ont remarqué que les trois enfants étaient hyperactifs et difficiles à maîtriser. Ils semblaient éveillés sur le plan sexuel et on les voyait souvent s'embrasser et s'étreindre, ou encore nus ensemble dans la salle de jeux. Le comportement du jeune garçon a empiré au point qu'il a dû être placé dans un deuxième foyer d'accueil où il a soutenu que lui et ses sœurs avaient été victimes d'abus sexuels dans la famille K. Par conséquent, les jumelles ont été placées dans un autre foyer d'accueil. Les trois enfants ont été examinés par un médecin qui a décelé des éléments de preuve médicale pouvant laisser croire qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels. Par la suite, les enfants ont commencé à soutenir qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels de la part de leurs parents naturels, de D.W., de la famille K. et de nombreuses personnes ayant un lien de parenté avec la famille K. Le policier chargé d'enquêter sur ces allégations a eu avec les enfants de longs entretiens enregistrés sur bande magnétoscopique. Une thérapeute pour enfants a assisté à ces entretiens.

Au procès, les enfants ont témoigné que les appellants avaient accompli sur eux des actes sexuels et qu'ils avaient été forcés d'accomplir des actes sexuels sur les

also stated that his mother had stabbed him with a knife to get blood and had burnt him with a lighter, and one of the young girls said that her father had cut her back and her vagina with a knife. Her sister was unable to recall the "touching and spanking" incident but the trial judge ruled that her statements to Mrs. K. and the physician were admissible. A defence expert, who was qualified as an expert in the area of child development and characteristics of child abuse, testified that the children's memories of their parents and of what happened when they lived with them was verbal memory, which is learned, and not visual memory, which is based on experience. The trial judge prevented the expert from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events, finding that to do so would usurp the function of the court in making findings of credibility. In an attempt to discredit the child witnesses, or prove that the children had been coached or manipulated, the defence sought to cross-examine the child therapist on the interview techniques employed during the interviews conducted by the police using copies of the transcripts of those interviews. The trial judge refused to permit the use of the transcripts in the cross-examination of the therapist, essentially because they related to the children's credibility, a collateral issue. The trial judge found the medical and psychological evidence to be consistent with evidence that the children were sexually abused over a period of time and by persons close to them. She reviewed the testimony of the children and was satisfied beyond a reasonable doubt that the children had suffered sexual abuse at the hands of each appellant. However, she was left with a reasonable doubt as to whether the children were made to touch the private parts of the appellants, and as to whether intercourse ever occurred. As a result, she entered convictions on sexual assault, and acquitted all the appellants of gross indecency. She convicted D.R. and H.R. of two counts of assault, and acquitted all the appellants on the remaining counts of assault. After the trial, Mr. K.'s father pleaded guilty to charges of sexual assault against the R. children. On appeal, the appellants sought to have his certificate of conviction admitted as

appelants. Le jeune garçon a aussi affirmé que sa mère lui avait donné des coups de couteau pour obtenir du sang et l'avait brûlé au moyen d'un briquet, et l'une des fillettes a dit que son père lui avait infligé des coupures au dos et au vagin à l'aide d'un couteau. Sa sœur a été incapable de se souvenir de l'épisode «des attouchements et de la fessée», mais le juge du procès a décidé que les déclarations qu'elle avait faites à Mme K. et au médecin étaient admissibles. Un témoin expert de la défense, qui était spécialisé dans le domaine du développement de l'enfant et des caractéristiques des mauvais traitements infligés aux enfants, a affirmé que le souvenir que les enfants avaient de leurs parents et de ce qui était survenu quand ils vivaient avec eux relevait de la mémoire verbale, qui est acquise, et non de la mémoire visuelle, qui est fondée sur l'expérience. Le juge du procès a empêché l'expert de témoigner au sujet des conclusions qu'il avait tirées sur la fiabilité du souvenir que les enfants avaient d'événements précis, concluant que cela reviendrait à usurper le rôle qui incombe à la cour de tirer des conclusions relatives à la crédibilité. Dans le but de discréditer les enfants témoins ou de prouver que les enfants avaient été influencés ou manipulés, la défense a cherché à contre-interroger la thérapeute pour enfants sur les techniques d'entrevue utilisées durant les entretiens avec la police, en se servant de copies des transcriptions de ces entretiens. Le juge du procès a refusé que l'on se serve des transcriptions pour contre-interroger la thérapeute, essentiellement parce qu'elles portaient sur une question accessoire, savoir la crédibilité des enfants. Le juge du procès a conclu que la preuve médicale et psychologique était compatible avec celle selon laquelle les enfants avaient, pendant un certain temps, été victimes d'abus sexuels de la part de personnes proches d'eux. Elle a examiné le témoignage des enfants et a été convaincue hors de tout doute raisonnable que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels de la part de chacun des appétents. Cependant, il persistait chez elle un doute raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés de toucher les parties génitales des appétents et s'il y avait jamais eu des relations sexuelles. Par conséquent, elle a prononcé des déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et a acquitté tous les appétents relativement aux chefs de grossière indécence. Elle a déclaré D.R. et H.R. coupables relativement à deux chefs de voies de fait et a acquitté tous les appétents à l'égard des autres chefs de voies de fait. Après le procès, le père de M. K. a plaidé coupable relativement à des accusations d'avoir agressé sexuellement les enfants R. En appel, les appétents ont demandé en vain l'admission comme nouvelle preuve de son certificat de déclaration de culpabilité. La Cour d'appel à la

fresh evidence, but were not successful. The majority of the Court of Appeal upheld the appellants' convictions.

*Held* (Cory and Iacobucci JJ. dissenting in part and L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and an acquittal entered in the case of D.W. The appeal should be allowed and a new trial ordered in the cases of D.R. and H.R.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ.: The trial judge erred in admitting the young girl's out-of-court statements to Mrs. K. and the physician. These statements were not sufficiently reliable to be admissible. There was evidence suggesting that the girl's brother may have assaulted her at D.R.'s residence at the time in question and also evidence that the children tended to lie to cover up the sexual activity that took place between them. In the result, her statements are as consistent with the hypothesis that she was protecting her brother as they are with her having been sexually assaulted by D.R. No circumstantial guarantee of trustworthiness has been established.

The testimony of the defence expert should have been admitted as an evidentiary basis upon which the children's credibility could have been judged. His testimony was relevant to the issue of the reliability of the children's memories of their birth parents, memories which he suggested had been "learned" and which could not be independently recalled. The children's credibility was central to the disposition of the case, and considering the nature of the children's evidence, any explanation of their otherwise incredible behaviour could only aid the trier of fact in accurately assessing their credibility.

Given the importance of the right to cross-examine witnesses, and the fact that the issue of the children's credibility was not collateral but central to the allegations against the appellants, they should have been allowed to cross-examine the child therapist using the transcripts of the interviews. Any evidence that might have cast doubt on the children's credibility, or that might show that they had been coached or manipulated, was evidence that would have been crucial to the appellants' case. Whether the therapist was an expert on interview techniques is immaterial, as the scope of cross-examination of an expert is not restricted to his or her area of expertise. The fact that the appellants might have made other use of the transcripts, or introduced them into evidence, is irrelevant in determining whether they

majorité a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre les appellants.

*Arrêt* (les juges Cory et Iacobucci sont dissidents en partie et le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un acquittement est prononcé dans le cas de D.W. Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée dans le cas de D.R. et de H.R.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major: Le juge du procès a commis une erreur en admettant les déclarations extrajudiciaires que la fillette avait faites à Mme K. et au médecin. Ces déclarations n'étaient pas suffisamment dignes de foi pour être admissibles. Il y avait des éléments de preuve qui laissaient croire que le frère de la fillette pouvait l'avoir agressée chez D.R., à l'époque en question, et d'autres éléments de preuve que les enfants avaient tendance à mentir pour cacher les activités sexuelles auxquelles ils se livraient entre eux. En définitive, les déclarations de la fillette sont aussi compatibles avec l'hypothèse selon laquelle elle protégeait son frère qu'elles le sont avec celle voulant qu'elle ait été agressée sexuellement par D.R. Aucune garantie circonstancielle de fiabilité n'a été fournie.

Le témoignage de l'expert de la défense aurait dû être admis comme preuve sur laquelle on aurait pu s'appuyer pour juger de la crédibilité des enfants. Son témoignage était pertinent quant à la question de la fiabilité du souvenir que les enfants avaient de leurs parents naturels, souvenir qui, selon lui, avait été «acquis» et qui ne pouvait pas être évoqué séparément. La crédibilité des enfants était cruciale pour trancher l'affaire et, compte tenu de la nature du témoignage des enfants, toute explication de leur comportement par ailleurs incroyable ne pouvait qu'aider le juge des faits à bien évaluer leur crédibilité.

Compte tenu de l'importance du droit de contre-interroger des témoins et du fait que la question de la crédibilité des enfants était non pas accessoire, mais au cœur des allégations contre les appellants, ces derniers auraient dû être autorisés à contre-interroger la thérapeute pour enfants à l'aide des transcriptions des entretiens. Tout élément de preuve qui aurait pu susciter un doute quant à la crédibilité des enfants ou qui pourrait montrer que les enfants avaient été influencés et manipulés était un élément de preuve qui aurait été crucial pour la preuve des appellants. Il importe peu que la thérapeute ait été un expert en techniques d'entrevue, étant donné que l'étendue du contre-interrogatoire d'un expert n'est pas restreinte à son domaine d'expertise. Le fait que les appellants auraient pu faire un autre usage des

were wrongly restricted in their cross-examination of the therapist.

With respect to D.W.'s sexual assault conviction, the children's testimony of the abuse they suffered by different appellants was often identical. While identical evidence is not necessarily unreliable, similarity of evidence is a factor to be considered when assessing its weight. This is particularly true where, as here, questions had arisen regarding the possible effect of verbal repetition on the children's memories. Given the weakness of the evidence supporting D.W.'s conviction, an acquittal must be entered. In the cases of D.R. and H.R., there was additional evidence that might indicate that the children had been sexually abused while they were living with their birth parents. However, the children's testimony supporting the charges of sexual assault was too intertwined with their testimony supporting the charges of gross indecency to be logically severable. The trial judge either had to believe the children's testimony to be credible and convict on both, or she had to entertain a reasonable doubt on the whole of the evidence and acquit. There is an irreconcilable inconsistency in the trial judge's findings. The inconsistent findings resulted when the trial judge erred in law by applying a finding of fact to different questions of law in a manner that was not uniform. The error was not so serious as to make all the verdicts unreasonable, but since there was an error of law, a new trial rather than an acquittal should be directed for D.R. and H.R. on the sexual assault charges.

With respect to the convictions of D.R. and H.R. for assault causing bodily harm, the trial judge referred to some evidence that might constitute such an assault, but did not deal with the bizarre and contradictory evidence relating to the assault allegations. Although trial judges are not always required to give reasons, where, as in this case, there is confused and contradictory evidence, the trial judge should give reasons for his or her conclusions. Here, the trial judge erred in law by failing to address the troublesome evidence and by failing to iden-

transcriptions ou les présenter en preuve est sans importance pour ce qui est de déterminer s'ils ont été limités à tort dans leur contre-interrogatoire de la thérapeute.

En ce qui concerne la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre D.W., les témoignages des enfants sur les mauvais traitements que différents appellants leur ont fait subir étaient souvent identiques. Bien que des témoignages identiques ne soient pas nécessairement indignes de foi, la similitude des témoignages est un élément à prendre en considération au moment d'en évaluer le poids. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des questions se sont posées quant à l'effet que la répétition verbale pouvait avoir eu sur la mémoire des enfants. Étant donné la faiblesse de la preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité de D.W., il faut l'acquitter. Dans le cas de D.R. et de H.R., il y avait des éléments de preuve supplémentaires qui pouvaient indiquer que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels pendant qu'ils habitaient chez leurs parents naturels. Cependant, le témoignage des enfants qui étayait les accusations d'agression sexuelle se confondait trop avec leur témoignage à l'appui des accusations de grossière indécence pour qu'on puisse les dissocier logiquement. Le juge du procès devait ou bien croire que le témoignage des enfants était crédible et prononcer un verdict de culpabilité à la fois de grossière indécence et d'agression sexuelle, ou bien avoir un doute raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve, et prononcer l'acquittement. Les conclusions du juge du procès présentent une incohérence inconciliable. Ces conclusions incohérentes résultent de l'erreur de droit commise par le juge du procès en appliquant, de manière non uniforme, une conclusion de fait à diverses questions de droit. Cette erreur n'était pas grave au point de rendre tous les verdicts déraisonnables, mais étant donné qu'une erreur de droit a été commise, il y a lieu d'ordonner, pour D.R. et H.R., la tenue d'un nouveau procès plutôt que de prononcer un acquittement relativement aux accusations d'agression sexuelle.

En ce qui concerne les déclarations de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles prononcées contre D.R. et H.R., le juge du procès s'est reportée à certains éléments de preuve qui pouvaient établir l'existence de telles voies de fait, mais elle n'a pas traité des éléments de preuve bizarres et contradictoires concernant les allégations de voies de fait. Même si les juges du procès ne sont pas toujours tenus d'exposer leurs motifs, dans des cas comme la présente affaire où il y a des éléments de preuve embrouillés et contradictoires, le juge du procès devrait exposer des motifs expliquant ses conclusions. En l'espèce, le juge du procès a commis

tify the basis on which she convicted D.R. and H.R. of assault. This is an error of law necessitating a new trial.

*Per McLachlin J.:* It was open to the trial judge to find that the children had been sexually assaulted, but to have a reasonable doubt as to whether the acts of gross indecency had occurred. In addition to the children's testimony there was an abundance of medical and psychological evidence to support the charges of sexual assault. No similar supporting evidence was available in respect of the gross indecency charges. When dealing with the crucial issue of identity, however, the trial judge erred in law in characterizing the medical and psychological evidence as evidence capable of supporting the inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults on the three children. The vast majority of this evidence was simply not capable of supporting such an inference.

*Per Cory and Iacobucci JJ. (dissenting in part):* Major J.'s reasons are agreed with except that rather than acquit D.W., it is appropriate in this case to direct a new trial for him as well as the other appellants. It is true that some of the children's evidence was bizarre and, in some instances, suspiciously identical. Nevertheless, in looking at all the circumstances of the case, there is some evidence from the children's testimony that is sufficient to warrant the holding of a new trial rather than entering an acquittal.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The trial judge was correct in admitting the young girl's statements. Out-of-court statements are admissible as evidence of the truth of their content, as long as they meet the criteria of "necessity" and "reliability". Here, the statements were necessary because the child had no recollection at trial of the incident described in the statements. As well, the circumstances of the statements provided a guarantee of reliability: the statements were made very shortly after the alleged attack and to different persons on separate occasions. They were also consistent with one another and with the medical evidence. The statements, which indicated that the young girl had been sexually assaulted by D.R., were not equally consistent with the hypothesis that she was protecting her brother. The evidence does not suggest that the children ever falsely accused adults of having touched them in order to conceal their own sexual activity. Moreover, the question was not whether the trial judge should believe the young

une erreur de droit en ne traitant pas des éléments de preuve troublants et en n'indiquant pas sur quoi elle s'est fondée pour déclarer D.R. et H.R. coupables de voies de fait. Il s'agit là d'une erreur de droit qui commande la tenue d'un nouveau procès.

*Le juge McLachlin:* Le juge du procès pouvait conclure que les enfants avaient été victimes d'agression sexuelle, tout en ayant un doute raisonnable quant à savoir si les actes de grossière indécence avaient été accomplis. Outre le témoignage des enfants, il y avait une abondante preuve médicale et psychologique à l'appui des accusations d'agression sexuelle. On ne disposait d'aucune preuve semblable à l'appui des accusations de grossière indécence. Cependant, lorsqu'elle a examiné la question cruciale de l'identité, le juge du procès a commis une erreur de droit en considérant que la preuve médicale et psychologique permettait de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles commises sur les trois enfants. La majeure partie de cette preuve ne permettait tout simplement pas de faire une telle déduction.

*Les juges Cory et Iacobucci (dissidents en partie):* Il y a accord avec les motifs du juge Major sauf que, au lieu d'acquitter D.W., il convient, en l'espèce, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour lui et les autres appellants. Il est vrai que certains témoignages des enfants étaient bizarre et qu'ils présentaient, dans certains cas, une ressemblance douteuse. Néanmoins, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il y a, dans le témoignage des enfants, certains éléments de preuve qui sont suffisants pour justifier la tenue d'un nouveau procès plutôt que l'inscription d'un verdict d'acquittement.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* Le juge du procès a eu raison d'admettre en preuve les déclarations de la fillette. Les déclarations extrajudiciaires sont admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu, dans la mesure où elles satisfont aux critères de la «nécessité» et de la «fiabilité». En l'espèce, les déclarations étaient nécessaires parce que l'enfant ne se souvenait pas, au procès, de l'incident décrit dans celles-ci. De même, les circonstances entourant les déclarations offraient une garantie de fiabilité: ces déclarations ont été faites, très peu de temps après l'attaque reprochée, à des personnes différentes et à des occasions distinctes. Elles étaient également compatibles l'une avec l'autre et avec la preuve médicale. Les déclarations, qui indiquaient que la fillette avait été agressée sexuellement par D.R., n'étaient pas également compatibles avec l'hypothèse selon laquelle elle protégeait son frère. La preuve ne laisse pas entendre que les enfants ont déjà faussement accusé des adultes de les avoir touchés pour

girl's statements, but whether she should be able to consider the statements at all. Any possibility of fabrication was not so compelling that it warranted excluding the statements altogether.

The trial judge was also correct in declining to hear the defence expert's conclusions on the reliability of the children's testimony. The determination of credibility is a matter for the judge or jury, and a trier of fact does not normally require assistance in this task. The trial judge permitted the expert to give evidence on the theoretical distinction between visual and verbal memory. However, even assuming that this theory falls within the category of matters which lay people may not understand if they are not explained to them by an expert in child memory development, the expert's evidence suggests that, once the theory had been explained, its application to actual testimony did not require special expertise. In this case, given that all the children were cross-examined on whether they could actually remember certain events or whether they had merely come to believe them through repetition, the trial judge was well able to determine for herself, without hearing the expert's conclusions, whether the children's recollections were real and whether their testimony was reliable.

The trial judge's reluctance to permit the defence to impeach the children's credibility in its cross-examination of the child therapist is understandable because credibility is a collateral issue, not a fact in issue. Matters which relate solely to credibility can only be canvassed in cross-examination of the witness whose credibility is sought to be impeached. Here, however, the details of the interview procedure did have relevance which went beyond the children's credibility. If there were evidence that the police investigator had influenced the children's identification of their abusers in the course of interviewing them, it would bear directly on the question of identity, a fact in issue. The trial judge ought thus to have permitted the defence to refresh the therapist's memory using any suitable materials, including the transcripts of the interviews. There is no likelihood, however, that the verdict would have been any different had the defence been allowed to refresh her memory. If there had been any coaching or manipulation during the interviews, the defence would have sought to introduce the transcripts themselves as evi-

cacher leurs propres activités sexuelles. De plus, il s'agissait non pas de savoir si le juge du procès devait croire les déclarations de la fillette, mais bien si elle devait pouvoir les examiner. Toute possibilité que l'on ait inventé une histoire n'était pas sérieuse au point de justifier d'écartier complètement les déclarations.

Le juge du procès a également eu raison de refuser d'entendre les conclusions de l'expert de la défense sur la fiabilité du témoignage des enfants. La détermination de la crédibilité est une question qu'il appartient au juge ou au jury de trancher, et normalement, le juge des faits n'a pas besoin d'aide à ce sujet. Le juge du procès a permis à l'expert de témoigner sur la distinction théorique entre la mémoire visuelle et la mémoire verbale. Cependant, même en supposant que cette théorie tombe dans la catégorie des questions que les profanes ne pourront peut-être pas comprendre si elles ne leur sont pas expliquées par un expert dans le domaine du développement de la mémoire chez l'enfant, le témoignage de l'expert laisse entendre que l'application de la théorie, une fois expliquée, aux témoignages recueillis ne requérira pas des compétences particulières. En l'espèce, étant donné que tous les enfants ont été contre-interrogés sur la question de savoir s'ils pouvaient réellement se souvenir de certains événements ou s'ils en étaient venus à croire à leur existence à force de les répéter, le juge du procès était bien en mesure de déterminer par elle-même, sans entendre les conclusions de l'expert, si les souvenirs des enfants étaient réels et si leur témoignage était digne de foi.

On peut comprendre pourquoi le juge du procès a hésité à permettre à la défense d'attaquer la crédibilité des enfants lors de son contre-interrogatoire de la thérapeute pour enfants, du fait que la crédibilité est une question accessoire, et non un fait en litige. Les questions portant exclusivement sur la crédibilité ne peuvent être approfondies que lors du contre-interrogatoire du témoin dont on cherche à attaquer la crédibilité. En l'espèce, cependant, les détails de la procédure suivie lors des entretiens avaient une pertinence allant au-delà de la crédibilité des enfants. S'il existait une preuve que, pendant les entretiens, le policier enquêteur avait influencé l'identification par les enfants des auteurs des abus dont ils avaient été victimes, cela aurait une incidence directe sur la question de l'identité, un fait en litige. Le juge du procès aurait donc dû permettre à la défense de rafraîchir la mémoire de la thérapeute au moyen de documents appropriés, dont la transcription des entretiens. Cependant, il n'y a aucune chance que le verdict eût été différent si la défense avait été autorisée à lui rafraîchir la mémoire. La défense aurait cherché à déposer en

dence. It declined to do so and even declined to cross-examine the police investigator on the subject.

With respect to the sufficiency of the evidence on D.W., the similarity of the children's descriptions of the abuse was not so grave a flaw that no reasonable judge could have convicted D.W. The children were testifying as to the essential details of the assaults and it was the role of the trial judge to decide whether or not to believe them. She had the opportunity to see and hear the children on the stand. Moreover, the children were cross-examined on the issue of memory corruption, and an expert testified on the subject. Having heard all of this evidence, the trial judge was entitled to believe, beyond a reasonable doubt, that D.W. had sexually assaulted the children. In the absence of an error of law or a finding which cannot reasonably be supported on the evidence, a trial judge's findings in relation to credibility will not be overturned on appeal.

The convictions for sexual assault entered against D.R. and H.R. are not based on an error of law and should not be overturned. Inconsistency in the verdicts would be a ground of appeal if the combination of verdicts were one which no reasonable trier of fact would have rendered. In such case, the appeal would not be based on an error of law but on the unreasonableness of the verdicts. Here, the verdicts are clearly not inconsistent. On the evidence, a trier of fact could reasonably convict D.R. and H.R. of sexual assault while acquitting them of gross indecency. Their convictions therefore cannot be attacked as inconsistent. Nor is there any basis for concluding that the trial judge committed an error of law. There is no principle of law which required the trial judge to believe or disbelieve the children's evidence in its entirety. The trial judge's factual findings led to the conclusion that the appellants were guilty of sexual assault and not guilty of gross indecency, and there is no overriding principle of "uniformity" that required the trial judge to convict or acquit the appellants of both offences.

As well, the convictions of D.R. and H.R. for assault causing bodily harm should not be set aside and a new trial ordered simply because the trial judge's reasons did not address the confusing evidence or separate fact from fiction. The absence of reasons or an omission from the

preuve les transcriptions mêmes si les enfants avaient été influencés ou manipulés pendant les entretiens. Elle a refusé non seulement de le faire, mais encore de contre-interroger le policier enquêteur à ce sujet.

Quant au caractère suffisant de la preuve relative à D.W., la similitude des descriptions d'abus données par les enfants ne constituait pas une lacune si grave qu'aucun juge raisonnable n'aurait pu déclarer D.W. coupable. Les enfants témoignaient relativement aux détails essentiels des agressions et il appartenait au juge du procès de décider si elle devait les croire. Elle a eu l'occasion de voir et d'entendre les enfants à la barre. De plus, les enfants ont été contre-interrogés sur la question de l'altération de la mémoire, et un expert a témoigné à ce sujet. Après avoir entendu tous ces témoignages, le juge du procès avait le droit de croire hors de tout doute raisonnable que D.W. avait agressé sexuellement les enfants. En l'absence d'une erreur de droit ou d'une conclusion qui ne peut raisonnablement reposer sur la preuve, les conclusions qu'un juge du procès tire en matière de crédibilité ne seront pas écartées en appel.

Les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle prononcées contre D.R. et H.R. ne reposent pas sur une erreur de droit et ne devraient pas être écartées. L'incohérence des verdicts serait un moyen d'appel si la combinaison de verdicts était une combinaison qu'aucun juge des faits raisonnable n'aurait rendue. Dans un tel cas, l'appel serait fondé non pas sur une erreur de droit, mais sur le caractère déraisonnable des verdicts. En l'espèce, il est clair que les verdicts ne sont pas incohérents. Selon la preuve, un juge des faits pouvait raisonnablement déclarer D.R. et H.R. coupables d'agression sexuelle, tout en les déclarant non coupables de grossière indécence. En conséquence, on ne peut attaquer leurs déclarations de culpabilité en disant qu'elles sont incohérentes. Rien ne permet non plus d'affirmer que le juge du procès a commis une erreur de droit. Aucun principe de droit n'obligeait le juge des faits à croire ou à rejeter en totalité le témoignage des enfants. Les conclusions de fait du juge du procès l'ont amenée à conclure que les appellants étaient coupables d'agression sexuelle et non coupables de grossière indécence, et il n'y avait aucun principe dominant d'"uniformité" qui exigeait que le juge du procès déclare les appellants coupables des deux infractions, ou qu'elle les acquitte relativement aux deux.

De même, les déclarations de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles prononcées contre D.R. et H.R. ne devraient pas être annulées et un nouveau procès ne devrait pas être ordonné simplement parce que le juge du procès a omis, dans ses motifs, de

reasons are not in themselves an error of law. Since the trial judge's reasons do not disclose a material error in the interpretation or application of the law, in the appreciation of the evidence, or in the handling of the trial, there is no basis for overturning the convictions. The trial judge in fact gave meticulous oral reasons, in which she thoroughly summarized the evidence, and set out her approach to the children's evidence and all the essential findings on which the verdicts are based. Although the reasons do not deal exhaustively with the evidence, there is no indication that she disregarded or failed to appreciate any of it.

The Court of Appeal was correct in ruling that the certificate of conviction of Mr. K's father was inadmissible on appeal because it could not reasonably have affected the outcome of the trial.

## Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Attorney-General v. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134, aff'd [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. v. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132; *R. v. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361; *R. v. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318; *R. v. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249; *R. v. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60; *Koury v. The Queen*, [1964] S.C.R. 212; *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. v. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178; *R. v. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (QL); *R. v. Hynes* (1994), 134 N.S.R.

traiter des éléments de preuve déroutants ou de distinguer la réalité de la fiction. L'absence de motifs ou une omission dans les motifs ne constitue pas en soi une erreur de droit. Puisque les motifs du juge du procès ne révèlent aucune erreur importante dans l'interprétation ou l'application de la loi, dans l'appreciation de la preuve ou dans le déroulement du procès, il n'y a aucune raison d'infirmer les déclarations de culpabilité. En réalité, le juge des faits a exposé des motifs oraux méticuleux dans lesquels elle a présenté un résumé complet de la preuve et a exposé la façon dont elle a abordé le témoignage des enfants ainsi que toutes les conclusions essentielles sur lesquelles reposent les verdicts. Bien que les motifs ne traitent pas exhaustivement de la preuve, rien n'indique qu'elle n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve ou encore qu'elle ne les a pas appréciés.

La Cour d'appel a eu raison de statuer que le certificat de déclaration de culpabilité du père de M. K. n'était pas admissible en appel parce qu'il n'aurait pas pu raisonnablement modifier l'issue du procès.

## Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés:** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Attorney-General c. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134, conf. par [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. c. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132; *R. c. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361; *R. c. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318; *R. c. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249; *R. c. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60; *Koury c. The Queen*, [1964] R.C.S. 212; *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. c. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178; *R. c. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (QL); *R. c. Hynes* (1994),

(2d) 134; *R. v. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991, aff'g (1989), 95 A.R. 304; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226; *R. v. Tortone*, [1993] 2 S.C.R. 973; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

### Authors Cited

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1996, release 28).

McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549.

Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 1995, release 1).

Paciocco, David M. "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.

*Phipson on Evidence*, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81, dismissing the appeal of the accused from their conviction on various offences involving the sexual and physical abuse of children. Appeal allowed and acquittal entered in the case of D.W., L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ. dissenting. Appeal allowed and new trial ordered in the case of D.R. and H.R., L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Roger J. Kergoat*, for the appellant D.R.

134 N.S.R. (2d) 134; *R. c. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991, conf. (1989), 95 A.R. 304; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226; *R. c. Tortone*, [1993] 2 R.C.S. 973; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

### Doctrine citée

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated May 1996, release 28).

McGillivray, Anne. «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549.

Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 1995, release 1).

Paciocco, David M. «The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know» (1996), 21 *Queen's L.J.* 345.

*Phipson on Evidence*, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81, qui a rejeté l'appel des accusés contre leurs déclarations de culpabilité de diverses infractions d'abus sexuels et physiques commis sur des enfants. Pourvoi accueilli et acquittement inscrit dans le cas de D.W., les juges L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci sont dissidents. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée dans le cas de D.R. et de H.R., le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Roger J. Kergoat*, pour l'appelant D.R.

*John D. Hillson*, for the appellant H.R.

*Donald L. MacKinnon*, for the appellant D.W.

*Kenneth W. MacKay, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. was delivered by

MAJOR J. — On January 30, 1996 the following judgment of the Court was delivered by the Chief Justice:

In the case of D.W., the appeal is allowed, and an acquittal is entered. Dissenting, Justices Cory and Iacobucci would have ordered a new trial; Justice L'Heureux-Dubé would dismiss.

In the case of D.R. and H.R., the appeal is allowed and a new trial is ordered. Dissenting, Justice L'Heureux-Dubé would dismiss.

Reasons to follow.

The following are the reasons of the majority:

This appeal arose from the trial and conviction of the appellants for sexual abuse and assault of the three complainant children. Donald Leo R. (D.R.) was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and acquitted of two counts of incest, three counts of gross indecency and two counts of assault. Helen Susan R. (H.R.) was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and acquitted of one count of incest, three counts of gross indecency and four counts of assault. Donald George W. (D.W.) was convicted of three counts of sexual assault, and acquitted of two counts of gross indecency and one count of assault.

## I. Facts

The appellants D.R. and H.R. are the natural parents of the complainants, Michael R., who was born in 1979, and Michelle R. and Kathleen (Kathy) R., twins who were born in 1982. The

*John D. Hillson*, pour l'appelante H.R.

*Donald L. MacKinnon*, pour l'appelant D.W.

*Kenneth W. MacKay, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Le 30 janvier 1996, le Juge en chef a rendu le jugement suivant au nom de la Cour:

Dans l'affaire D.W., le pourvoi est accueilli et un verdict d'acquittement est inscrit. Dissidents, les juges Cory et Iacobucci auraient ordonné un nouveau procès, et le juge L'Heureux-Dubé aurait rejeté le pourvoi.

Dans l'affaire de D.R. et de H.R., le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. Dissidente, le juge L'Heureux-Dubé rejette le pourvoi.

Motifs à suivre.

Voici les motifs des juges majoritaires:

Le présent pourvoi découle du procès et de la condamnation des appellants pour abus sexuels et voies de fait commis sur les trois enfants plaignants. Donald Leo R. (D.R.) a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquitté relativement à deux chefs d'inceste, trois chefs de grossière indécence et deux chefs de voies de fait. Helen Susan R. (H.R.) a été déclarée coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquittée relativement à un chef d'inceste, trois chefs de grossière indécence et quatre chefs de voies de fait. Donald George W. (D.W.) a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et acquitté relativement à deux chefs de grossière indécence et un chef de voies de fait.

## I. Les faits

Les appellants D.R. et H.R. sont les parents naturels des plaignants, Michael R. qui est né en 1979, ainsi que Michelle R. et Kathleen (Kathy) R., des jumelles nées en 1982. L'appelant D.W. est l'ami

4 appellant D.W. is the boyfriend of H.R., now divorced from D.R. All the appellants are deaf; only D.W. is able to speak.

The appellants were jointly charged with several counts of sexual assault and gross indecency, and one count of assault, arising out of alleged incidents involving the children between January 1, 1983 and December 31, 1989. In this time period the children ranged in age from one to ten. D.R. and H.R. were also charged with incest and several additional counts of assault causing bodily harm.

5 D.R. and H.R. were married in 1979 when she was 21 and he was 48. She had a drinking problem, and their relationship was unstable. The couple had difficulty raising their children. The Department of Social Welfare was involved as early as 1983, when the twins were hospitalized because of malnutrition. By 1986, H.R. was spending most of her time away from the home, and began a relationship with D.W. As a result, primary care for the children fell on D.R. His failure to adequately take care of the children led to their placement in the K. foster home in February 1987. At that time, Michael was seven years old and the twins were five. The children had frequent unsupervised visits with D.R. until September 1987. They had only sporadic, supervised visits with H.R. and D.W.

6 All three children were observed by Mr. and Mrs. K. to be hyperactive and difficult to control. They appeared to be sexually overt, and were often found kissing and hugging, or naked together in the playroom. Mrs. Garnet Francis taught Michael from September 1986 to the spring of 1989 in a special class for problem children, and noted his aggressive sexual behaviour that included inappropriate touching of other children, undressing, and inviting other children and staff to have sex with

de H.R., qui est maintenant divorcée de D.R. Tous les appellants sont sourds; seul D.W. peut parler.

Les appellants ont été accusés conjointement de plusieurs chefs d'agression sexuelle et de grossière indécence, ainsi que d'un chef de voies de fait, à la suite d'incidents impliquant les enfants, qui seraient survenus entre le 1<sup>er</sup> janvier 1983 et le 31 décembre 1989. Pendant cette période, l'âge des enfants variait de un à dix ans. D.R. et H.R. ont été également accusés d'inceste et de plusieurs autres chefs de voies de fait causant des lésions corporelles.

D.R. et H.R. se sont mariés en 1979 alors qu'elle était âgée de 21 ans et lui, de 48 ans. Elle avait un problème de consommation d'alcool et leur mariage était instable. Le couple éprouvait de la difficulté à élever ses enfants. Le ministère du Bien-être social est intervenu dès 1983, lorsque les jumelles ont été hospitalisées pour malnutrition. Dès 1986, H.R. passait la majeure partie de son temps à l'extérieur du foyer et a entamé une liaison avec D.W. C'est donc à D.R. qu'il incombeait d'assurer les soins primaires des enfants. Comme il ne s'en occupait pas adéquatement, il a fallu placer les enfants dans la famille d'accueil K., en février 1987. À cette époque, Michael avait sept ans et les jumelles en avaient cinq. Les enfants ont souvent effectué, jusqu'en septembre 1987, des visites non surveillées chez D.R. Ils n'effectuaient que sporadiquement des visites surveillées chez H.R. et D.W.

Monsieur et madame K. ont remarqué que les trois enfants étaient hyperactifs et difficiles à maîtriser. Ils semblaient éveillés sur le plan sexuel et on les voyait souvent s'embrasser et s'étreindre, ou encore nus ensemble dans la salle de jeux. Madame Garnet Francis a enseigné à Michael, de septembre 1986 jusqu'au printemps 1989, dans une classe spéciale pour enfants difficiles et elle a remarqué qu'il avait un comportement sexuel agressif qui consistait, notamment, à se livrer à des attouchements inconvenants sur les autres enfants, à se dévêter et à inviter les autres enfants et les membres du personnel à avoir des relations sexuelles avec lui. On a observé un comportement

him. Similar observations were made of the twins who later attended the same school.

In September 1987, the children visited D.R.'s residence for an overnight stay. When they returned to the K. home, Mrs. K. noticed blood stains on Michelle's underwear. When she asked Michelle what had happened, Michelle said that her daddy had "touched" her. The next day, Mrs. K. took Michelle to Dr. McKenna for a physical examination. Dr. McKenna concluded that Michelle had been subjected to non-accidental trauma of the genital area. Michelle told the doctor that "my deaf daddy spanked my bum then he put his fingers in my bum, it hurt". At trial, Michelle was unable to recall anything about the incident.

By December 12, 1989, Michael's behaviour had deteriorated so badly that the K. family was unable to continue taking care of him. He was removed from the K. home and placed in the foster care of Mr. and Mrs. T. Some time after his arrival at the T. residence, Michael made allegations that he and his sisters had been sexually abused by the K. family. As a result, the twins were removed to the T. residence on May 29, 1990. On June 5, 1990, all three children were examined by Dr. Yelland who found some medical evidence consistent with sexual abuse.

Subsequently, the children began making multiple allegations of sexual abuse against their birth parents, D.W., the K. family and many K. family relatives. In addition, the children claimed that while in the care of their birth parents, they had been witness or party to the killing and eating of babies, as well as the eating and drinking of faeces, blood and urine. At that time, the children began treatment with Ms. Carol Bunko-Ruys, a child therapist.

Sergeant Dueck, a Saskatoon police officer assigned to investigate the allegations, interviewed the children at length in videotaped sessions. The

semblable chez les jumelles, qui ont, par la suite, fréquenté la même école.

En septembre 1987, les enfants sont allés passer la nuit chez D.R. À leur retour dans la famille K., M<sup>me</sup> K. a remarqué la présence de taches de sang sur les sous-vêtements de Michelle. Lorsqu'elle lui a demandé ce qui était arrivé, l'enfant a répondu que son père l'avait [TRADUCTION] «touchée». Le lendemain, M<sup>me</sup> K. a emmené Michelle chez le Dr McKenna pour qu'elle subisse un examen médical. Le Dr McKenna a conclu que Michelle avait subi des traumas non accidentels aux organes génitaux. Michelle a raconté au médecin: [TRADUCTION] «mon papa sourd m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». Au procès, Michelle a été incapable de se rappeler quoi que ce soit de l'incident.

Dès le 12 décembre 1989, le comportement de Michael avait empiré au point que la famille K. ne pouvait plus s'en occuper. Il a été retiré de ce foyer et confié à la garde nourricière de M. et M<sup>me</sup> T. Quelque temps après son arrivée chez les T., Michael a soutenu que lui et ses sœurs avaient été victimes d'abus sexuels dans la famille K. Par conséquent, les jumelles ont été placées chez les T. le 29 mai 1990. Le 5 juin 1990, les trois enfants ont été examinés par le Dr Yelland, qui a décelé certains éléments de preuve médicale pouvant laisser croire qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels.

Par la suite, les enfants ont commencé à soutenir qu'ils avaient été victimes d'abus sexuels de la part de leurs parents naturels, de D.W., de la famille K. et de nombreuses personnes ayant un lien de parenté avec la famille K. En outre, les enfants ont prétendu que, pendant qu'ils étaient sous la garde de leurs parents naturels, ils avaient assisté ou participé à des scènes où des bébés avaient été tués et mangés et où on avait consommé des matières fécales et bu du sang et de l'urine. À cette époque, les enfants ont commencé à être traités par M<sup>me</sup> Carol Bunko-Ruys, thérapeute pour enfants.

Le sergent Dueck, un policier de Saskatoon chargé d'enquêter sur ces allégations, a eu avec les enfants de longs entretiens enregistrés sur bande

therapist was present at interviews conducted during October and November of 1990.

11

Dr. Yelland reexamined the children on May 31, 1991, and found further evidence of injuries that he believed was consistent with the types of physical and sexual abuse alleged by the children.

12

Based upon the medical evidence and police investigation, the appellants were charged with sexually and physically abusing the children. Mr. and Mrs. K., and several members of their family, including Mr. K.'s father, Peter K., were separately charged with offences arising out of the alleged sexual assault of the children. After the trial of the appellants, Peter K., who had earlier been convicted of an unrelated sexual assault on two neighbourhood girls, pled guilty to charges of sexual assault against the R. children. The remaining charges against the K. family were either withdrawn or stayed.

13

The appellants were tried by Batten J., sitting without a jury. At the trial, which lasted 22 days, all three children testified under oath. The accused D.R. also gave evidence. D.R. was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and acquitted of two counts of incest, two counts of assault and three counts of gross indecency.

14

H.R. was convicted of three counts of sexual assault and two counts of assault causing bodily harm, and was acquitted of one count of incest, four counts of assault and three counts of gross indecency.

15

D.W. was convicted of three counts of sexual assault, and acquitted of two counts of gross indecency and one count of assault.

magnétoscopique. La thérapeute a assisté à ces entretiens qui se sont déroulés pendant les mois d'octobre et de novembre 1990.

Le Dr Yelland a examiné de nouveau les enfants le 31 mai 1991 et a découvert d'autres traces de blessures qui, croyait-il, pouvaient résulter du genre d'abus physiques et sexuels allégués par les enfants.

Compte tenu de la preuve médicale et à la suite de l'enquête policière, les appellants ont été accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement des enfants. Monsieur et madame K., ainsi que plusieurs membres de leur famille, dont le père de M. K., Peter K., ont été accusés séparément d'infractions découlant des allégations d'agression sexuelle des enfants. Après le procès des appellants, Peter K., qui avait déjà été reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement deux jeunes filles du voisinage, épisode sans rapport avec la présente affaire, a plaidé coupable relativement à des accusations d'avoir agressé sexuellement les enfants R. Les autres accusations portées contre la famille K. ont été soit retirées soit suspendues.

Les appellants ont subi leur procès devant un juge seul, à savoir le juge Batten. Lors du procès, qui a duré 22 jours, les trois enfants ont témoigné sous serment. L'accusé D.R. a également témoigné. Il a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquitté relativement à deux chefs d'inceste, deux chefs de voies de fait et trois chefs de grossière indécence.

H.R. a été déclarée coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait causant des lésions corporelles, et acquittée relativement à un chef d'inceste, quatre chefs de voies de fait et trois chefs de grossière indécence.

D.W. a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'agression sexuelle, et acquitté relativement à deux chefs de grossière indécence et un chef de voies de fait.

All the convictions were appealed to the Saskatchewan Court of Appeal, which, by majority, dismissed the appeals: (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81. Vancise J.A. dissented. The appellants bring this appeal as of right based on the dissent.

## II. Judicial History

### A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

The trial judge accepted the evidence that the children acted out and were sexually aggressive at school and in the K. home. She also accepted the evidence of Michelle's out-of-court statements that her father had "touched her". She reviewed the results of Dr. Yelland's two examinations of the children, and reviewed the history of the children's relationship with their birth parents. She accepted the expert evidence given by Dr. Santa Barbara and Dr. Elterman with respect to their description of the behaviour of sexually abused children.

The trial judge found the medical and psychological evidence to be consistent with evidence that the children were sexually abused over a period of time and by persons close to them. She reviewed the testimony of the children, and assessed it in light of the expert evidence regarding the memory of children, and in light of the children's age at trial, state of traumatization, age at the time of the alleged incidents and demeanour when testifying. She canvassed the testimony of each of the three children, including testimony by Michael that his mother had stabbed him with a knife to get blood and had burnt him with a lighter; testimony by Kathy that her father had cut her back and her vagina with a knife; and testimony by all three children that sexual acts had been performed on them by the appellants, and that the children in turn had been forced to perform sexual acts on the appellants.

Toutes les déclarations de culpabilité ont fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan qui, à la majorité, a rejeté les appels: (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, 131 Sask. R. 81, 95 W.A.C. 81. Le juge Vancise était dissident. Les appellants se pourvoient de plein droit en fonction de cette dissidence.

## II. Les juridictions inférieures

### A. *La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

Le juge du procès a accepté la preuve que les enfants s'extériorisaient et avaient un comportement sexuel agressif à l'école et au foyer de la famille K. Elle a également accepté en preuve les déclarations extrajudiciaires de Michelle voulant que son père l'ait «touchée». Elle a étudié les résultats des deux examens que le Dr Yelland avait fait subir aux enfants, ainsi que l'historique des rapports que les enfants avaient eu avec leurs parents naturels. Elle a accepté les témoignages d'expert du Dr Santa Barbara et du Dr Elterman, en ce qui concernait leur description du comportement des enfants victimes d'abus sexuels.

Le juge du procès a conclu que la preuve médicale et psychologique était compatible avec celle selon laquelle les enfants avaient, pendant un certain temps, été victimes d'abus sexuels de la part de personnes proches d'eux. Elle a examiné le témoignage des enfants et l'a évalué en fonction de la preuve d'expert concernant la mémoire des enfants et en fonction de l'âge des enfants au moment du procès, de leur traumatisme, de leur âge à l'époque où étaient survenus les incidents allégués et de leur comportement pendant leurs dépositions. Elle a analysé en profondeur le témoignage de chacun des trois enfants, dont celui de Michael voulant que sa mère lui ait donné des coups de couteau pour obtenir du sang et l'ait brûlé au moyen d'un briquet, celui de Kathy voulant que son père lui ait infligé des coupures au dos et au vagin à l'aide d'un couteau, et celui des trois enfants voulant que les appellants aient accompli sur eux des actes sexuels et que les enfants aient été forcés, à leur tour, d'accomplir des actes sexuels sur les appellants.

19

The trial judge found the children's memories of bad touching to have been recounted accurately and credibly. She noted, however, that the children at times created answers and details to dispose of questions put to them at trial, and that the surrounding details of the abuse, such as time and frequency, were often uncertain and confused. She was unable to separate many of the children's beliefs between reality and misconception, but found that the testimony of D.R. helped to explain some of the bizarre testimony of the children. For instance, D.R. testified that the children believed they were eating faeces and drinking urine, even though they were not. While the trial judge accepted D.R.'s evidence that the children were mistaken on this point, she rejected the rest of his testimony.

20

The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the children had suffered sexual abuse at the hands of each accused. However, she was left with a reasonable doubt as to whether the children were made to touch the private parts of the accused, and as to whether intercourse ever occurred. As a result, she entered convictions on sexual assault, and acquitted the accused of gross indecency and incest. She convicted D.R. and H.R. of two counts of assault, and acquitted all the accused on the remaining counts of assault.

Le juge du procès a conclu que les enfants avaient fait un récit exact et crédible des souvenirs qu'ils avaient des attouchements répréhensibles. Elle a cependant fait remarquer que les enfants avaient parfois inventé des réponses et des détails pour régler des questions qu'on leur avait posées au procès et que les détails entourant les abus, comme le moment et la fréquence, étaient souvent incertains et vagues. Elle a été incapable de dire, quant à plusieurs croyances des enfants, si elles étaient conformes à la réalité ou s'il s'agissait de méprises de leur part, mais elle a conclu que le témoignage de D.R. aidait à expliquer certains témoignages bizarres des enfants. Par exemple, D.R. a témoigné que les enfants croyaient qu'ils étaient en train de consommer des matières fécales et de boire de l'urine, alors que ce n'était pas le cas. Tout en acceptant le témoignage de D.R. voulant que les enfants se soient trompés sur ce point, le juge du procès a rejeté le reste de sa déposition.

Le juge du procès était convaincue hors de tout doute raisonnable que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels de la part de chacun des accusés. Cependant, il persistait chez elle un doute raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés de toucher les parties génitales des accusés et s'il y avait jamais eu des relations sexuelles. Par conséquent, elle a prononcé des déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et a acquitté les accusés relativement aux chefs de grossière indécence et d'inceste. Elle a déclaré D.R. et H.R. coupables relativement à deux chefs de voies de fait et a acquitté tous les accusés à l'égard des autres chefs de voies de fait.

## B. *Saskatchewan Court of Appeal*

### (1) Cameron J.A. for the Majority

21

Cameron J.A. found that the trial judge had not improperly restricted the appellants from cross-examining Ms. Bunko-Ruys using the transcripts of the videotaped interviews between the children and Sergeant Dueck. He stated that since Ms. Bunko-Ruys was not qualified to express an opinion regarding the interview techniques used and their possible influence on the memories of the

## B. *La Cour d'appel de la Saskatchewan*

### (1) Le juge Cameron, au nom de la majorité

Le juge Cameron a conclu que le juge du procès n'avait pas eu tort d'empêcher les appellants de contre-interroger Mme Bunko-Ruys à l'aide des transcriptions des entretiens entre les enfants et le sergent Dueck, qui avaient été enregistrés sur bande magnétoscopique. Il a déclaré que, comme Mme Bunko-Ruys n'était pas qualifiée pour exprimer une opinion sur les techniques d'entrevue uti-

children, she could not be cross-examined on those matters.

Cameron J.A. concluded that Michelle's out-of-court statements were admissible as they were necessary. He also held that the trial judge's assessment of the reliability of the statements was based on her findings of fact, with which he could not interfere. Even if there was an error in the admission of the statements, their exclusion would not have made a difference in the outcome of the trial, as Cameron J.A. would have invoked s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

On the issue of whether the examination of the appellants' expert, Dr. Elterman, had been unduly restricted, Cameron J.A. agreed with the trial judge that it had not, as Dr. Elterman had left to clear implication what he was prevented from stating explicitly.

Cameron J.A. found that the trial judge's findings of credibility were not unreasonable, having regard to the great deference to be accorded to trial judges and the inherent limits of an appellate court in reviewing determinations of credibility. Cameron J.A. found that the verdicts in this case were not unreasonable.

Finally, Cameron J.A. concluded that the evidence of Peter K.'s certificate of conviction was not admissible because it did not satisfy all the criteria laid down in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. In particular, he found the admission of the evidence would not have affected the outcome of the trial.

## (2) Vancise J.A., Dissenting

On the subject of fresh evidence, Vancise J.A. appeared to believe that the certificate confirming the conviction of Peter K. was admitted as fresh evidence during the appeal. He stated that the new

lisées et leur influence possible sur la mémoire des enfants, elle ne pouvait pas être contre-interrogée sur ces points.

Le juge Cameron a statué que les déclarations extrajudiciaires de Michelle étaient admissibles puisqu'elles étaient nécessaires. Il a également conclu que l'évaluation par le juge du procès de la fiabilité des déclarations était fondée sur ses conclusions de fait, qu'il ne pouvait pas modifier. Même si on avait eu tort d'admettre ces déclarations, leur exclusion n'aurait rien changé à l'issue du procès alors que le juge Cameron aurait invoqué le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Quant à savoir si l'interrogatoire de l'expert des appellants, le Dr Elterman, avait été limité indûment, le juge Cameron s'est dit d'accord avec le juge du procès pour affirmer que ce n'était pas le cas, étant donné que le Dr Elterman avait laissé entendre clairement ce qui lui avait été interdit de déclarer expressément.

Le juge Cameron a décidé que les conclusions du juge du procès relatives à la crédibilité n'étaient pas déraisonnables, compte tenu de la grande déférence dont il faut faire preuve envers les juges du procès et des limites inhérentes auxquelles un tribunal d'appel est astreint en examinant des décisions relatives à la crédibilité. Le juge Cameron a conclu que les verdicts rendus en l'espèce n'étaient pas déraisonnables.

Enfin, le juge Cameron a conclu que la preuve concernant le certificat de déclaration de culpabilité de Peter K. n'était pas admissible parce qu'elle ne satisfaisait pas à tous les critères énoncés dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Il a notamment conclu que l'admission de la preuve n'aurait pas influé sur l'issue du procès.

## (2) Le juge Vancise, dissident

Au sujet de la nouvelle preuve, le juge Vancise a paru croire que le certificat confirmant la déclaration de culpabilité de Peter K. était admis comme nouvelle preuve durant l'appel. Il a déclaré que la

22

23

24

25

26

evidence was directly relevant to the issue of the identity of the perpetrator of the sexual assaults.

27 Vancise J.A. found that Michelle's out-of-court statements were necessary, but not sufficiently reliable. He referred to evidence indicating that the assault on Michelle might have been carried out by Michael, and found that Michelle's statements were as consistent with protecting Michael as with telling the truth.

28 On the issue of Dr. Elterman's evidence, Vancise J.A. found it to be admissible as an evidentiary basis on which the trial judge could make determinations of credibility.

29 Vancise J.A. found that the trial judge erred in restricting the cross-examination of Ms. Bunko-Ruys, as the issue of the credibility of the children was not collateral, but the main issue in the case.

30 Vancise J.A. then noted that nothing in the trial judge's reasons indicated the basis on which she found the appellants guilty. Further, the evidence that might have led to the sexual assault and the assault convictions was contradicted by other evidence and the trial judge did not deal with the contradictory evidence, nor did she deal with the improbable circumstances surrounding the allegations testified to by the children.

31 He concluded evidence of sexual assault was too intricately wound up with the evidence of gross indecency, that the trial judge should not have had a reasonable doubt on gross indecency while convicting on sexual assault. The verdicts were unreasonable. Vancise J.A. would have quashed the convictions.

nouvelle preuve concernait directement la question de l'identité de l'auteur des agressions sexuelles.

Le juge Vancise a conclu que les déclarations extrajudiciaires de Michelle étaient nécessaires, mais pas suffisamment dignes de foi. Il s'est reporté à la preuve indiquant que l'auteur des voies de fait subies par Michelle aurait pu être Michael et il a jugé que les déclarations de Michelle pouvaient être interprétées autant comme visant à protéger Michael qu'à dire la vérité.

Quant au témoignage du Dr Elterman, le juge Vancise a conclu qu'il était admissible comme preuve sur laquelle le juge du procès pouvait s'appuyer pour se prononcer sur la crédibilité.

Le juge Vancise a statué que le juge du procès avait commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire de Mme Bunko-Ruys, étant donné que la question de la crédibilité des enfants n'était pas accessoire, mais représentait la principale question en l'espèce.

Le juge Vancise a alors fait remarquer que rien dans les motifs du juge du procès n'indiquait sur quoi elle s'était fondée pour conclure à la culpabilité des appellants. De plus, la preuve qui aurait pu mener aux déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de voies de fait était contredite par d'autres éléments de preuve, et le juge du procès n'a pas examiné les éléments de preuve contradictoires ni les circonstances improbables entourant les allégations visées par le témoignage des enfants.

Il a conclu que la preuve d'agression sexuelle se confondait trop avec la preuve de grossière indécence pour que le juge du procès puisse avoir un doute raisonnable au sujet de la grossière indécence en prononçant le verdict de culpabilité d'agression sexuelle. Les verdicts n'étaient pas raisonnables. Le juge Vancise aurait annulé les déclarations de culpabilité.

### III. Issues

#### 1. Were Michelle's out-of-court statements sufficiently reliable to have been admitted at trial?

III. Les questions en litige

1. Les déclarations extrajudiciaires de Michelle étaient-elles suffisamment dignes de foi pour être admises au procès?

2. Should Dr. Elterman have been permitted to testify as to the type of memory the children had of specific incidents of alleged abuse?
3. Were the appellants entitled to cross-examine Ms. Bunko-Ruys using the transcripts of the videotaped interviews?
4. Was the evidence sufficient to support D.W.'s conviction for sexual assault?
5. Were the trial judge's findings regarding D.R. and H.R. inconsistent in respect of the sexual offences?
6. Were the trial judge's reasons inadequate in respect of D.R.'s and H.R.'s convictions for assault?
7. Should the certificate confirming the conviction of Peter K. for sexual assault have been admitted as fresh evidence?
2. Le Dr Elterman aurait-il dû être autorisé à témoigner au sujet du type de souvenir que les enfants conservaient de cas précis où des abus auraient été commis?
3. Les appellants avaient-ils le droit de contre-interroger Mme Bunko-Ruys à l'aide des transcriptions des entretiens enregistrés sur bande magnétoscopique?
4. La preuve était-elle suffisante pour justifier la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre D.W.?
5. Les conclusions que le juge du procès a tirées au sujet de D.R. et H.R. étaient-elles incohérentes relativement aux infractions d'ordre sexuel?
6. Les motifs du juge du procès étaient-ils insuffisants en ce qui concernait les déclarations de culpabilité de voies de fait prononcées contre D.R. et H.R.?
7. Le certificat confirmant la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre Peter K. aurait-il dû être admis comme nouvelle preuve?

#### **IV. Analysis**

##### **A. *Out-of-Court Statements***

When the R. children returned to the K. foster home after an unsupervised overnight stay at D.R.'s residence in September 1987, Mrs. K. noticed blood on Michelle's underpants. She asked her what had happened, and Michelle replied "daddy touched me". The next day, Mrs. K. took Michelle to Dr. McKenna for an examination. Dr. McKenna testified that Michelle told her that "my deaf daddy spanked my bum and then he put his fingers in my bum, it hurt". The question of the admissibility of these statements arose because Michelle was unable to remember anything about the incident.

In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, it was held that in order for out-of-court statements to be

#### **IV. Analyse**

##### **A. *Les déclarations extrajudiciaires***

Lorsque les enfants R. sont retournés dans la famille d'accueil K. après avoir passé une nuit sans surveillance chez D.R. en septembre 1987, Mme K. a remarqué la présence de sang sur la petite culotte de Michelle. Elle lui a demandé ce qui était arrivé, et Michelle a répondu: [TRADUCTION] «papa m'a touchée». Le lendemain, Mme K. a emmené Michelle chez le Dr McKenna pour qu'elle subisse un examen. Le médecin a témoigné que Michelle lui avait dit: [TRADUCTION] «mon papa sourd m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». La question de l'admissibilité de ces déclarations s'est posée parce que Michelle a été incapable de se rappeler quoi que ce soit de l'incident.

Dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, on a jugé que, pour que des déclarations extrajudi-

admitted for the truth of their contents, the statements must be both necessary and reliable.

34

The requirement of reliability was elaborated on in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. It is not necessary that the statements be absolutely reliable, but a circumstantial guarantee of trustworthiness must be established in order for the statements to be admitted. The statements will be inadmissible where the hearsay evidence is equally consistent with other hypotheses.

35

In my opinion, Michelle's statements were not sufficiently reliable to be admitted. There was evidence suggesting that Michael may have assaulted Michelle at D.R.'s residence at the time in question. In particular, Michael admitted to having had sex with both his sisters in the bathroom at D.R.'s home on the visit in question. D.R. testified that he had found Michelle and Michael together in the bathroom on the same day that Mrs. K. noticed the blood spots on Michelle's underpants. As well, there was evidence that the children tended to lie to cover up the sexual activity that took place between them. In the result, Michelle's statements are as consistent with the hypothesis that she was protecting Michael as they are with her having been sexually assaulted by D.R. No circumstantial guarantee of trustworthiness has been established. The trial judge erred in admitting the statements.

ciaires soient admises comme preuve de la véracité de leur contenu, elles doivent être à la fois nécessaires et dignes de foi.

L'exigence de fiabilité a été formulée dans *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Pour que les déclarations soient admises, il n'est pas nécessaire qu'elles soient absolument dignes de foi, mais il doit y avoir une garantie circonstancielle de fiabilité. Elles seront inadmissibles si la preuve par ouï-dire est également compatible avec d'autres hypothèses.

À mon avis, les déclarations de Michelle n'étaient pas suffisamment dignes de foi pour être admises. Il y avait des éléments de preuve qui laissaient croire que Michael pouvait avoir agressé Michelle chez D.R., à l'époque en question. Michael a notamment admis avoir eu des relations sexuelles avec ses deux sœurs dans la salle de bains de D.R., lors de la visite en question. D.R. a témoigné qu'il avait trouvé Michelle et Michael ensemble dans la salle de bains, le jour même où Mme K. a remarqué la présence de taches de sang sur la petite culotte de Michelle. De même, il a été prouvé que les enfants avaient tendance à mentir pour cacher les activités sexuelles auxquelles ils se livraient entre eux. En définitive, les déclarations de Michelle sont aussi compatibles avec l'hypothèse selon laquelle elle protégeait Michael qu'elles le sont avec celle voulant qu'elle ait été agressée sexuellement par D.R. Aucune garantie circonstancielle de fiabilité n'a été fournie. Le juge du procès a commis une erreur en admettant ces déclarations.

#### B. Dr. Elterman's Evidence

36

The defence called Dr. Elterman, who was qualified as an expert in the area of child development and characteristics of child abuse. Dr. Elterman testified that children have two types of memories: visual memory, which is based on experience, and verbal memory, which is learned. Dr. Elterman testified that the children's memories of their parents and of what happened when they lived with their parents was verbal memory. He stated:

#### B. Le témoignage du Dr Elterman

La défense a appelé à témoigner le Dr Elterman, qui était un expert reconnu dans le domaine du développement de l'enfant et des caractéristiques des mauvais traitements infligés aux enfants. Le Dr Elterman a témoigné que les enfants ont deux types de mémoire: une mémoire visuelle, qui est fondée sur l'expérience, et une mémoire verbale, qui est acquise. Il a affirmé que le souvenir que les enfants avaient de leurs parents et de ce qui était survenu quand ils vivaient avec eux relevait de la mémoire verbale. Il a dit:

... it was quite clear to me after speaking to all three of them that their recollections of their birth parents, and what happened there, is what you can call verbal memory. In other words, they say it because they say that, "I know that it happened, but I can't remember it happening", whereas when they talk about what happened at the [K's] they can both — they can both say it and remember it, and they also have visual memories. And I asked Michael whether he had pictures in his mind, whether he has visual memories of things that took place in his parents' home, and he said no. So his memory of what happened is one of information.

The appellants wanted to elicit further information from Dr. Elterman regarding what the complainants told him they could remember visually or verbally about specific events. The trial judge prevented Dr. Elterman from testifying about his conclusions on the reliability of the children's memories of specific events, finding that to do so would usurp the function of the court in making findings of credibility.

This Court considered the principles to be applied in the case of expert testimony introduced to explain human behaviour in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223. McLachlin J., for the majority, said, at p. 249:

... there is a growing consensus that while expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact.

Expert testimony is admissible even if it relates directly to the ultimate question which the trier of fact must answer. In *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 666, McLachlin J., writing for the Court, said:

While care must be taken to ensure that the judge or jury, and not the expert, makes the final decisions on all issues in the case, it has long been accepted that expert

[TRADUCTION] ... il était tout à fait clair pour moi, après avoir parlé aux trois enfants, que le souvenir qu'ils avaient de leurs parents naturels et de ce qui s'y était passé relevait de ce qu'on pourrait appeler la mémoire verbale. Autrement dit, c'est ce qu'ils affirment parce qu'ils disent: «Je sais que ça s'est produit, mais je ne puis m'en souvenir», tandis que, lorsqu'ils parlent de ce qui s'est produit chez [les K.], ils peuvent à la fois — ils peuvent à la fois le dire et s'en souvenir, et ils ont aussi des souvenirs visuels. Et j'ai demandé à Michael s'il avait des images dans sa tête, s'il avait des souvenirs visuels de choses qui ont eu lieu chez ses parents, et il a dit non. Donc, le souvenir qu'il a de ce qui s'est produit est un souvenir de renseignements.

Les appellants ont voulu obtenir d'autres renseignements du Dr Elterman relativement à ce que les plaignants lui avaient dit pouvoir se souvenir visuellement ou verbalement au sujet d'événements précis. Le juge du procès a empêché le Dr Elterman de témoigner au sujet des conclusions qu'il avait tirées sur la fiabilité du souvenir que les enfants avaient d'événements précis, concluant que cela reviendrait à usurper le rôle qui incombe à la cour de tirer des conclusions relatives à la crédibilité.

Dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, notre Cour a examiné les principes à appliquer dans le cas d'un témoignage d'expert présenté pour expliquer le comportement humain. Le juge McLachlin affirme, au nom de la majorité, à la p. 249:

... il est de plus en plus largement reconnu que, si le témoignage d'expert sur la crédibilité d'un témoin n'est pas admissible, le témoignage d'expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu'il aille au-delà de l'expérience ordinaire du juge des faits.

Le témoignage d'expert est admissible même s'il se rapporte directement à la question à laquelle le juge des faits doit répondre en définitive. Dans l'arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 666, le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour:

Même s'il faut veiller à ce que ce soit le juge ou le jury, et non l'expert, qui prenne une décision définitive sur toutes les questions en litige, il est admis depuis

evidence on matters of fact should not be excluded simply because it suggests answers to issues which are at the core of the dispute before the court. . . .

longtemps que la preuve d'expert sur des questions de fait ne devrait pas être écartée simplement parce qu'elle suggère des réponses aux questions qui sont au cœur du litige soumis au tribunal . . .

40 Dr. Elterman's testimony was relevant to the issue of the reliability of the children's memories of their birth parents, memories which he suggested had been "learned" and which could not be independently recalled. The credibility of the children was central to the disposition of the case, and considering the nature of the children's evidence, any explanation of their otherwise incredible behaviour could only aid the trier of fact in accurately assessing their credibility. Dr. Elterman's testimony should have been admitted as an evidentiary basis upon which the children's credibility could have been judged.

Le témoignage du Dr Elterman était pertinent quant à la question de la fiabilité du souvenir que les enfants avaient de leurs parents naturels, souvenir qui, selon lui, avait été «acquis» et qui ne pouvait pas être évoqué séparément. La crédibilité des enfants était cruciale pour trancher l'affaire et, compte tenu de la nature du témoignage des enfants, toute explication de leur comportement par ailleurs incroyable ne pouvait qu'aider le juge des faits à bien évaluer leur crédibilité. Le témoignage du Dr Elterman aurait dû être admis comme preuve sur laquelle on aurait pu s'appuyer pour juger de la crédibilité des enfants.

#### C. *Cross-Examination of Ms. Bunko-Ruys*

41 Ms. Bunko-Ruys was the children's therapist. She was qualified as an expert in the behavioural, social and emotional characteristics of sexually abused children. Ms. Bunko-Ruys had been present during the videotaped interviews of the children conducted by Sergeant Dueck. The appellants sought to cross-examine Ms. Bunko-Ruys on the interview techniques employed during those interviews using unproved copies of the transcripts of those interviews. They were seeking to discredit the child witnesses, or prove that the children had been coached or manipulated. They did not seek to admit the transcripts into evidence, nor did they question Sergeant Dueck or Dr. Elterman about the interview techniques used. The trial judge refused to permit the use of the transcripts in the cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. She was concerned that, if the evidence was to be used to show that there had been coaching or manipulation, it was collateral.

#### C. *Le contre-interrogatoire de Mme Bunko-Ruys*

Madame Bunko-Ruys était la thérapeute des enfants. C'était un expert reconnu dans le domaine des caractéristiques comportementales, sociales et affectives des enfants victimes d'abus sexuels. Madame Bunko-Ruys avait assisté aux entretiens que le sergent Dueck avait eus avec les enfants et qui avaient été enregistrés sur bande magnétoscopique. Les appelants ont cherché à contre-interroger Mme Bunko-Ruys sur les techniques d'entrevue utilisées durant ces entretiens, en se servant de copies non mises en preuve des transcriptions de ces entretiens. Ils cherchaient à discréder les enfants témoins ou à prouver que les enfants avaient été influencés ou manipulés. Ils n'ont pas cherché à faire admettre les transcriptions en preuve et n'ont pas non plus interrogé le sergent Dueck ou le Dr Elterman sur les techniques d'entrevue utilisées. Le juge du procès a refusé que l'on se serve des transcriptions pour contre-interroger Mme Bunko-Ruys. Elle s'inquiétait de ce que, si cette preuve était utilisée pour montrer que les enfants avaient été influencés ou manipulés, elle serait de nature accessoire.

42 The test for whether an issue is collateral was set out by Pollock C.B. in *Attorney-General v. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, at p. 42:

Le critère applicable pour déterminer si une question est accessoire a été établi par le baron en chef Pollock dans *Attorney-General c. Hitchcock* (1847), 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, à la p. 42:

... the test, whether the matter is collateral or not, is this: if the answer of a witness is a matter which you would be allowed on your part to prove in evidence — if it have such a connection with the issue, that you would be allowed to give it in evidence — then it is a matter on which you may contradict him.

The credibility of the children was at the heart of the case against the appellants. The appellants would have been entitled to lead evidence on the effect of the interview techniques on the memories of the children and accordingly, met the test in *Hitchcock*. Any evidence that might have cast doubt on the children's credibility, or that might show that the children had been subjected to coaching and manipulation, was evidence that would have been crucial to the appellants' case.

Cross-examination is a fundamental aspect of a fair trial: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. This principle was also recognized in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, where McLachlin J., for the majority, said, at p. 608:

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution.

Thus, given the importance of the right to cross-examine witnesses, and the fact that the issue of the children's credibility was central to the allegations against the accused, the trial judge erred in restricting the cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. Whether Ms. Bunko-Ruys was an expert on interview techniques is immaterial, as the scope of cross-examination of an expert is not restricted to his or her area of expertise. The fact that the appellants might have made other use of the transcripts, or introduced them into evidence, is irrelevant in determining whether the appellants were wrongly restricted in their cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. The appellants should have been allowed to cross-examine Ms. Bunko-Ruys using the transcripts of the interviews.

[TRADUCTION] ... le critère applicable pour déterminer si la question est accessoire est le suivant: si la réponse d'un témoin porte sur un point que vous seriez autorisé à présenter en preuve — si cela a un tel lien avec la question en litige que vous seriez autorisé à le présenter en preuve — alors c'est un point sur lequel vous pouvez le contredire.

La crédibilité des enfants était au cœur de la preuve qui pesait contre les appellants. Ces derniers auraient eu le droit de produire une preuve concernant l'effet des techniques d'entrevue sur la mémoire des enfants et ils satisfaisaient donc au critère énoncé dans l'arrêt *Hitchcock*. Tout élément de preuve qui aurait pu susciter un doute quant à la crédibilité des enfants ou qui pourrait montrer que les enfants avaient été influencés et manipulés était un élément de preuve qui aurait été crucial pour la preuve des appellants.

Le contre-interrogatoire est un aspect fondamental d'un procès équitable: voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. Ce principe a également été reconnu dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, où le juge McLachlin affirme, au nom de la majorité, à la p. 608:

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite.

Ainsi, compte tenu de l'importance du droit de contre-interroger des témoins et du fait que la question de la crédibilité des enfants était au cœur des allégations contre les accusés, le juge du procès a commis une erreur en limitant le contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> Bunko-Ruys. Il importe peu que M<sup>me</sup> Bunko-Ruys ait été un expert en techniques d'entrevue, étant donné que l'étendue du contre-interrogatoire d'un expert n'est pas restreinte à son domaine d'expertise. Le fait que les appellants auraient pu faire un autre usage des transcriptions ou les présenter en preuve est sans importance pour ce qui est de déterminer si les appellants ont été limités à tort dans leur contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> Bunko-Ruys. Les appellants auraient dû être autorisés à contre-interroger M<sup>me</sup> Bunko-Ruys à l'aide des transcriptions des entretiens.

#### D. *Sufficiency of Evidence*

46 All three appellants were convicted of sexual assault. The medical and psychological evidence led at trial established that the children had been sexually abused, but by whom?

47 The children's testimony of the abuse they suffered by different appellants was often identical. For example, the trial judge referred to Michael's testimony about D.R. that he "put his penis in my bum, and I put my penis in his bum, and then he made me suck his penis". She then referred to Michael's testimony about D.W. that he "put his penis in my bum, and I put my penis in his bum, and then I sucked his penis". While identical evidence is not necessarily unreliable, similarity of evidence is a factor to be considered when assessing its weight. This is particularly true in the circumstances of this case, where questions had arisen regarding the possible effect of verbal repetition on the memories of the children. The other evidence supporting the conviction of D.W. for sexual assault was similar to that described above and, on the facts of this case, was incapable of sustaining a conviction.

#### D. *Caractère suffisant de la preuve*

Les trois appellants ont été déclarés coupables d'agression sexuelle. La preuve médicale et psychologique présentée au procès a établi que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels, mais de la part de qui?

Les témoignages des enfants sur les mauvais traitements que différents appellants leur ont fait subir étaient souvent identiques. Par exemple, le juge du procès a mentionné le témoignage de Michael selon lequel D.R. [TRADUCTION] «a mis son pénis dans mes fesses, et j'ai mis mon pénis dans ses fesses, et ensuite il m'a fait sucer son pénis». Puis, elle a mentionné le témoignage de Michael selon lequel D.W. [TRADUCTION] «a mis son pénis dans mes fesses, et j'ai mis mon pénis dans ses fesses, et ensuite j'ai sucé son pénis». Bien que des témoignages identiques ne soient pas nécessairement indignes de foi, la similitude des témoignages est un élément à prendre en considération au moment d'en évaluer le poids. Cela est particulièrement vrai dans les circonstances de la présente affaire, où des questions s'étaient posées quant à l'effet que la répétition verbale pouvait avoir eu sur la mémoire des enfants. L'autre témoignage invoqué à l'appui de la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle prononcée contre D.W. était semblable à celui décrit ci-dessus et n'était pas, d'après les faits de l'affaire, susceptible de justifier une déclaration de culpabilité.

#### E. *Inconsistency of Findings*

48 Unlike D.W., in the cases of D.R. and H.R., there was at least some additional evidence at trial, from Mrs. K., and Mrs. Francis, that might indicate that the children had been sexually abused while they lived with their birth parents.

49 The trial judge stated that she was satisfied that the children recounted their memories of improper touching accurately and credibly. She accepted the children's testimony in regard to the sexual acts performed on them by the appellants, but entertained a reasonable doubt as to whether the chil-

#### E. *Incohérence des conclusions*

Contrairement à ce qui s'était produit concernant D.W., dans le cas de D.R. et de H.R., il y avait, au procès, au moins quelques éléments de preuve supplémentaires, de la part de M<sup>me</sup> K. et de M<sup>me</sup> Francis, qui pouvaient indiquer que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels pendant qu'ils habitaient chez leurs parents naturels.

Le juge du procès a dit qu'elle était convaincue que les enfants avaient fait un récit exact et crédible des souvenirs qu'ils avaient des attouchements répréhensibles. Elle a accepté le témoignage des enfants relativement aux actes sexuels accomplis sur eux par les appellants, mais elle avait un doute

dren were forced to perform sexual acts on the appellants. She convicted the appellants of sexual assault, while acquitting them of gross indecency. However, the children's testimony supporting the charges of sexual assault was too wound up with their testimony supporting the charges of gross indecency to be logically severable. The evidence of the children did not separate their memories of the offences; rather their recollections linked the commission of the offences of sexual assault and gross indecency. In the circumstances of this case, the trial judge either had to believe the children's testimony to be credible and convict on both, gross indecency and sexual assault, or she had to entertain a reasonable doubt on the whole of the evidence and acquit. There is an irreconcilable inconsistency in the trial judge's findings.

raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés d'accomplir des actes sexuels sur les appellants. Elle a déclaré les appellants coupables d'agression sexuelle tout en les déclarant non coupables de grossière indécence. Cependant, le témoignage des enfants qui étayait les accusations d'agression sexuelle se confondait trop avec leur témoignage à l'appui des accusations de grossière indécence pour qu'on puisse les dissocier logiquement. Dans leur témoignage, les enfants ne distinguaient pas les souvenirs qu'ils avaient des infractions commises; au contraire, leurs souvenirs liaient la perpétration des infractions d'agression sexuelle à celle des infractions de grossière indécence. Dans les circonstances de la présente affaire, le juge du procès devait ou bien croire que le témoignage des enfants était crédible et prononcer un verdict de culpabilité à la fois de grossière indécence et d'agression sexuelle, ou bien avoir un doute raisonnable tenu de l'ensemble de la preuve, et prononcer l'acquittement. Les conclusions du juge du procès présentent une incohérence inconciliable.

My colleague L'Heureux-Dubé J., in her reasons, states that inconsistent findings are a ground of appeal only where the verdicts are unreasonable. I disagree. There are circumstances where inconsistent findings are serious enough to render a verdict unreasonable, in which case an acquittal will be entered. There are also circumstances where inconsistent findings do not make a verdict unreasonable, but result from an error of law committed by the trial judge, necessitating a new trial. In my view, this case is an example of the latter. The inconsistent findings here resulted when the trial judge erred in law by applying a finding of fact to different questions of law in a manner that was not uniform. The trial judge, when determining whether the elements of the offences of sexual assault and gross indecency had been proven, applied her findings of credibility to those questions inconsistently. This error was not so serious as to make all the verdicts unreasonable, given the test for reasonableness set out in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168. However, as there was an error of law, a new trial rather than an acquittal

50

Dans ses motifs, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé affirme que des conclusions incohérentes ne constituent un moyen d'appel que si les verdicts sont déraisonnables. Je ne suis pas de cet avis. Il y a des cas où des conclusions incohérentes sont suffisamment sérieuses pour rendre un verdict déraisonnable, et où un acquittement sera alors prononcé. Il y a également des cas où des conclusions incohérentes ne rendent pas un verdict déraisonnable, mais résultent d'une erreur de droit du juge du procès, nécessitant la tenue d'un nouveau procès. À mon avis, la présente affaire est un exemple d'erreur de droit. En l'espèce, les conclusions incohérentes résultent de l'erreur de droit commise par le juge du procès en appliquant, de manière non uniforme, une conclusion de fait à diverses questions de droit. Pour déterminer si on avait établi l'existence des éléments des infractions d'agression sexuelle et de grossière indécence, le juge du procès a appliqué, de manière non uniforme, à ces questions ses conclusions en matière de crédibilité. Cette erreur n'était pas grave au point de rendre tous les ver-

should be directed for D.R. and H.R. on the sexual assault charges.

dicts déraisonnables, compte tenu du critère applicable pour déterminer le caractère raisonnable, formulé dans l'arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168. Cependant, vu qu'une erreur de droit a été commise, il y a lieu d'ordonner, pour D.R. et H.R., la tenue d'un nouveau procès plutôt que de prononcer un acquittement relativement aux accusations d'agression sexuelle.

#### F. Inadequate Reasons

51

The trial judge convicted H.R. of two counts of assault causing bodily harm against Michael R. D.R. was convicted of one count of assault causing bodily harm against Kathy R., and one count of assault causing bodily harm against Michelle R. Unfortunately, the trial judge did not identify the evidence on which she was basing those convictions.

#### F. Motifs insuffisants

Le juge du procès a déclaré H.R. coupable relativement à deux chefs de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à Michael R. D.R. a été déclaré coupable relativement à un chef de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à Kathy R., et à un chef de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à Michelle R. Malheureusement, le juge du procès n'a pas indiqué les éléments de preuve sur lesquels elle se fondait pour prononcer ces déclarations de culpabilité.

52

The trial judge did refer to some evidence that might constitute assault causing bodily harm. In particular, she referred to Michael's testimony that his mother had stabbed him with a knife to get blood, and that she alone had burnt him with a lighter. She noted that Dr. Yelland's medical examination in 1991 revealed scars on Michael's body that were consistent with healed burns, and healed knife wounds. The trial judge also referred to evidence led by Kathy that her father had cut her vagina and back with a knife. Dr. Yelland's examination of Kathy revealed a seven-centimetre "S"-shaped scar on her back compatible with a healed cut by a sharp object, like a knife. The trial judge also noted that Dr. Yelland's examination of Michelle revealed scars consistent with cuts and healed second and third degree burns.

Le juge du procès s'est reportée à certains éléments de preuve qui pouvaient établir l'existence de voies de fait ayant causé des lésions corporelles. En particulier, elle s'est reportée au témoignage de Michael voulant que sa mère lui ait donné des coups de couteau pour obtenir du sang et qu'elle seule l'ait brûlé au moyen d'un briquet. Elle a souligné que l'examen médical que le Dr Yelland avait effectué en 1991 révélait la présence sur le corps de Michael de cicatrices qui pouvaient correspondre à des brûlures guéries ainsi qu'à des blessures guéries résultant de coups de couteau. Le juge du procès a aussi mentionné le témoignage de Kathy voulant que son père lui ait infligé des coupures au vagin et au dos à l'aide d'un couteau. L'examen que le Dr Yelland a effectué sur Kathy a révélé la présence dans le dos d'une cicatrice de sept centimètres en forme de «S» qui pouvait correspondre à une coupure guérie causée par un objet tranchant, tel un couteau. Le juge du procès a également fait remarquer que l'examen que le Dr Yelland a effectué sur Michelle a révélé la présence de cicatrices pouvant correspondre à des coupures et des brûlures au deuxième degré et au troisième degré qui étaient alors guéries.

However, the trial judge did not deal with the bizarre and contradictory evidence relating to the assault allegations. For example, when Kathy testified that her father had cut her back, she claimed first that she had to get stitches and stay overnight in a hospital. Then she testified that her hospital stay lasted three weeks. However, there were no records of any such hospital stay. Additionally, there was no medical evidence to support that Kathy or Michelle had ever been penetrated by a knife. There was evidence from Mr. K. that Michael had confessed to attempting to insert a butter knife into Kathy's vagina. There was evidence that the children, and Michael in particular, used to play with knives and fire. Michael testified that Mrs. K., his sisters, and Grandpa V. used to burn him. Michael also testified that when his mother cut him with a knife, she had tied him to a post outside, cut him, collected five drops of blood, and let him go. She then tried to tie him up again, but he got away and ran into the house, where everything was normal again.

It is my view that the trial judge erred in law by failing to address the confusing evidence, and failing to separate fact from fiction. In *Burns, supra*, McLachlin J., writing for the Court, stated, at p. 665:

This statement should not be read as placing on trial judges a positive duty to demonstrate in their reasons that they have completely appreciated each aspect of relevant evidence. The statement does not refer to the case where the trial judge has failed to allude to difficulties in the evidence, but rather to the case where the trial judge's reasons demonstrate that he or she has failed to grasp an important point or has chosen to disregard it, leading to the conclusion that the verdict was not one which the trier of fact could reasonably have reached.

McLachlin J. clearly set out the law regarding the requirement of trial judges to give reasons in *Burns*. However, it should be remembered that *Burns* dealt with a situation where the Court of Appeal agreed the trial judge had evidence before him to support the conclusion he reached, but

Toutefois, le juge du procès n'a pas traité des éléments de preuve bizarres et contradictoires concernant les allégations de voies de fait. Par exemple, lorsque Kathy a témoigné que son père lui avait infligé des coupures au dos, elle a d'abord prétendu qu'elle avait dû recevoir des points de suture et passer la nuit à l'hôpital. Elle a ensuite témoigné que son séjour à l'hôpital avait duré trois semaines. Cependant, il n'existe aucun dossier attestant d'un tel séjour à l'hôpital. En outre, il n'y avait aucune preuve médicale que Kathy ou Michelle ait jamais été pénétrée d'un couteau. Monsieur K. a témoigné que Michael avait avoué avoir essayé d'introduire un couteau à beurre dans le vagin de Kathy. Il y avait une preuve que les enfants, et Michael en particulier, avaient l'habitude de jouer avec le feu et des couteaux. Michael a témoigné que Mme K., ses sœurs et le grand-père V. avaient l'habitude de le brûler. Michael a également témoigné que, lorsque sa mère lui a infligé une coupure avec un couteau, elle l'avait attaché à un poteau à l'extérieur, lui ayant infligé une coupure, avait recueilli cinq gouttes de sang et l'avait laissé aller. Elle avait ensuite essayé de l'attacher de nouveau, mais il s'était enfui dans la maison, où tout était redevenu normal.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne traitant pas des éléments de preuve déroutants et en ne distinguant pas la réalité de la fiction. Dans l'arrêt *Burns*, précité, le juge McLachlin affirme, au nom de la Cour, à la p. 665:

Il n'y a pas lieu d'interpréter cet énoncé comme imposant au juge du procès l'obligation positive de démontrer, dans ses motifs, qu'il a apprécié entièrement chaque aspect de la preuve pertinente. Il vise non pas le cas où le juge du procès n'a pas fait allusion à des difficultés posées par la preuve, mais plutôt celui où les motifs du juge du procès démontrent qu'il n'a pas saisi un point important ou qu'il a choisi de ne pas en tenir compte, ce qui amènerait à conclure que le juge des faits n'a pas rendu un verdict raisonnable.

Dans l'arrêt *Burns*, le juge McLachlin a exposé clairement le droit relatif à l'obligation des juges du procès d'exposer leurs motifs. Cependant, il y a lieu de se rappeler que, dans cette affaire, la Cour d'appel a reconnu que le juge du procès disposait d'une preuve qui lui permettait de tirer la conclu-

overturned the verdict due to lack of reasons. The above-quoted passage does not stand for the proposition that trial judges are never required to give reasons. Nor does it mean that they are always required to give reasons. Depending on the circumstances of a particular case, it may be desirable that trial judges explain their conclusions. Where the reasons demonstrate that the trial judge has considered the important issues in a case, or where the record clearly reveals the trial judge's reasons, or where the evidence is such that no reasons are necessary, appellate courts will not interfere. Equally, in cases such as this, where there is confused and contradictory evidence, the trial judge should give reasons for his or her conclusions. The trial judge in this case did not do so. She failed to address the troublesome evidence, and she failed to identify the basis on which she convicted D.R. and H.R. of assault. This is an error of law necessitating a new trial.

sion à laquelle il est arrivé, mais qu'elle a annulé le verdict en raison de l'absence de motifs. Le passage ci-dessus ne signifie pas que les juges du procès ne sont jamais tenus d'exposer leurs motifs. Il ne veut pas dire non plus qu'ils sont toujours tenus de le faire. Selon les circonstances d'une affaire donnée, il peut être souhaitable que le juge du procès explique ses conclusions. Les tribunaux d'appel n'interviendront pas lorsque les motifs montrent que le juge du procès a examiné les questions importantes d'une affaire, ou lorsque les motifs du juge du procès ressortent clairement du dossier ou que la preuve est telle qu'il n'est pas nécessaire d'exposer des motifs. De même, dans des cas comme la présente affaire, où il y a des éléments de preuve embrouillés et contradictoires, le juge du procès devrait exposer des motifs expliquant ses conclusions. Le juge du procès ne l'a pas fait en l'espèce. Elle n'a pas traité des éléments de preuve troublants et elle n'a pas indiqué sur quoi elle s'est fondée pour déclarer D.R. et H.R. coupables de voies de fait. Il s'agit là d'une erreur de droit qui commande la tenue d'un nouveau procès.

#### G. *Admission of Fresh Evidence*

56 After the appellants' trial had been disposed of, Peter K., the father of Mr. K., pled guilty to charges of sexual assault against each of the R. children. The appellants sought to have his certificate of conviction admitted as fresh evidence.

#### G. *Admission d'une nouvelle preuve*

Après le procès des appellants, Peter K., le père de M. K., a plaidé coupable à des accusations d'avoir agressé sexuellement chacun des enfants R. Les appellants ont cherché à faire admettre son certificat de déclaration de culpabilité comme nouvelle preuve.

57 The test for the admission of fresh evidence was articulated in *Palmer, supra*, and remains the appropriate test. As this appeal has been decided on other grounds, it is unnecessary to deal with this issue.

Le critère applicable à l'admission d'une nouvelle preuve a été formulé dans l'arrêt *Palmer*, précité, et demeure approprié. Comme le présent pourvoi a été tranché en fonction d'autres moyens, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

#### V. Disposition

58 My colleague L'Heureux-Dubé J. points out that sexual abuse of children is prevalent in our society and difficult to prosecute. My inability to agree with her disposition of this case is not a failure to recognize these difficulties but a reluctance to

#### V. Dispositif

Mon collègue le juge L'Heureux-Dubé souligne que les abus sexuels commis sur des enfants sont fréquents dans notre société et que les poursuites s'y rapportant sont difficiles à mener à bien. Si je me vois incapable de souscrire à sa façon de statuer sur le pourvoi, ce n'est pas que je ne reconnais pas l'existence de ces problèmes, mais plutôt que j'hésite à déroger à la présomption d'innocence et

depart from the presumption of innocence and the requirement of proof beyond a reasonable doubt.

In the result, I would allow the appeal. Given the weakness of the evidence supporting his conviction for sexual assault, I would enter an acquittal in respect of D.W. I would order a new trial in respect of D.R. and H.R. on the charges of sexual assault and assault causing bodily harm on which they were convicted.

à l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Étant donné la faiblesse de la preuve à l'appui de sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle, je suis d'avis d'acquitter D.W. Je suis d'avis d'ordonner que D.R. et H.R. subissent un nouveau procès relativement aux accusations d'agression sexuelle et de voies de fait causant des lésions corporelles, à l'égard desquelles ils ont été déclarés coupables.

The following are the reasons delivered by

L'Heureux-Dubé J. (dissenting) —

### I. Introduction

The appellants, Donald Leo R. (D.R.), Helen Susan R. (H.R.) and Donald George W. (D.W.), were convicted of various assault offences, including sexual assault, in respect of abuse perpetrated against the three children of D.R. and H.R. between 1983 and 1989 when the children ranged in age from one year to ten years old. The Saskatchewan Court of Appeal upheld the convictions, with Vancise J.A. dissenting. The appellants made a further appeal to this Court as of right and, after the hearing of the appeal before us, the appeal was allowed with reasons to follow. I dissented, for the following reasons.

The facts are set out in the reasons of Justice Major and need not be repeated at length here. Suffice it to say that there has never been any doubt that the complainants were abused. At trial, medical evidence clearly established that Michael R. (born 1979), Michelle R. (born 1982) and Kathy R. (born 1982) had been subjected to severe sexual and physical abuse. The children suffered serious psychological trauma as a result of their ordeal, and experienced considerable difficulty giving evidence at trial.

Since the medical evidence was so compelling, identity was the only real issue at trial, as far as many of the charges were concerned. After a

Les motifs suivants ont été rendus par

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) —

### I. Introduction

Les appelants, Donald Leo R. (D.R.), Helen Susan R. (H.R.) et Donald George W. (D.W.) ont été déclarés coupables relativement à diverses infractions de voies de fait, y compris des agressions sexuelles, pour des abus commis sur les trois enfants de D.R. et de H.R., entre 1983 et 1989, au moment où l'âge des enfants variait de un à dix ans. La Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé les déclarations de culpabilité, le juge Vancise étant dissident. Le pourvoi de plein droit formé par les appelants devant notre Cour a été accueilli à l'audience, avec motifs à suivre. Voici les raisons pour lesquelles j'ai enregistré ma dissidence.

Les faits sont exposés dans les motifs du juge Major et n'ont pas à être repris en détail. Qu'il me suffise de dire qu'il n'y a jamais eu aucun doute que les plaignants ont été victimes d'abus. Lors du procès, la preuve médicale a clairement établi que Michael R. (né en 1979), Michelle R. (née en 1982) et Kathy R. (née en 1982) avaient été victimes d'abus sexuels et physiques graves. Les enfants ont été traumatisés gravement par cette épreuve et ils ont eu beaucoup de difficultés à témoigner au procès.

Au procès, la preuve médicale était si convaincante que l'identité a été la seule question en litige relativement à plusieurs accusations. À l'issue

22-day trial, Batten J. concluded that, whatever the other deficiencies in the children's testimony, the children were at least correct in identifying the appellants as the people who had abused them. As a result, she found the appellants guilty on most of the assault counts, including the counts of sexual assault. However, the trial judge entertained a reasonable doubt as to whether the complainants had been forced to commit sexual touchings on the appellants, and as to whether intercourse and certain other acts had occurred. Accordingly, she acquitted the appellants of gross indecency, incest, and some of the assault counts.

d'un procès de 22 jours, madame le juge Batten a conclu que les enfants, malgré les lacunes dans leur témoignage, avaient au moins identifié correctement les appellants comme étant les auteurs des abus dont ils avaient été victimes. Par conséquent, elle a déclaré les appellants coupables quant à la plupart des chefs de voies de fait, y compris ceux d'agression sexuelle. Comme elle avait un doute raisonnable quant à savoir si les enfants avaient été forcés de faire des attouchements sexuels sur les appellants et s'il y avait eu relations sexuelles et certains autres actes, elle a acquitté les appellants relativement aux chefs de grossière indécence et d'inceste, de même qu'à l'égard de certains chefs de voies de fait.

63 My colleagues are of the view that the convictions must be overturned. Writing on their behalf, Major J. refers to three supposedly incorrect evidentiary rulings. In my opinion, however, two of the rulings were not erroneous at all, and the insignificant error committed in the third ruling in no way invalidates the convictions.

Mes collègues sont d'avis que les déclarations de culpabilité doivent être infirmées. Le juge Major, au nom de la majorité, réfère à trois décisions prétendument incorrectes en ce qui concerne la preuve. J'estime, pour ma part, que deux de ces décisions ne sont aucunement erronées et que la troisième comporte une erreur négligeable qui n'a aucunement pour effet d'invalider les déclarations de culpabilité.

64 Major J. also takes issue with the trial judge's reliance on the children's testimony. According to my colleague, no reasonable trial judge could believe the children's testimony about D.W., because their description of the abuse was too similar in form to their testimony about D.R. As well, he says that as a matter of law, the children's evidence against D.R. and H.R. had to be found credible or not credible in its entirety. I, however, take a very different view. The trial judge, having heard the children's extensive testimony from beginning to end, and the abundant medical and other evidence which supported the children's account, was entitled to believe the children's testimony, at least in part. Neither the fact that the children claimed to have been victimized in the same way by both male appellants, nor the fact that part of the evidence was disbelieved, made it unreasonable or wrong in law for the trial judge to convict D.R.,

Le juge Major reproche en outre au juge du procès sa confiance dans le témoignage des enfants. Selon mon collègue, aucun juge présidant un procès n'aurait pu raisonnablement ajouter foi au témoignage des enfants quant à D.W. parce que leur description des abus était trop conforme à leur témoignage relativement à D.R. De même, le juge Major affirme que, selon le droit, le témoignage des enfants contre D.R. et H.R. devait être considéré ou bien entièrement crédible ou bien non crédible. J'adopte, cependant, un point de vue différent. Après avoir entendu le long témoignage des enfants du début à la fin et l'abondante preuve médicale et autre à l'appui du récit des enfants, le juge du procès avait le droit d'ajouter foi au témoignage des enfants, au moins en partie. Ni le fait que les enfants aient soutenu avoir été maltraités de la même façon par les deux appellants de sexe masculin, ni le fait qu'une partie de leur témoignage n'ait pas été crue, ne faisait en sorte qu'il était déraisonnable ou erroné en droit pour le juge

H.R., and D.W. on the strength of the evidence that was believed.

Finally, my colleague states that the trial judge committed an error of law by not giving adequate reasons. Yet we have never held that a trial judge's verdict may be appealed solely on the basis of an omission from the reasons. A trial verdict is reversible only for a material error in the interpretation or application of the law, in the appreciation of the evidence, or in the handling of the trial. Since the trial judge's reasons disclose no such error, there is no basis for overturning the convictions.

I propose to deal first with the three evidentiary rulings which, according to Major J., were erroneous.

## II. Rulings on Admissibility of Evidence

### A) *Michelle's Out-of-Court Statements*

At issue here are two statements made by Michelle in 1987, when she was five years old. She had just returned to the home of foster parents Mr. and Mrs. K. after an overnight visit at the home of D.R. Mrs. K. discovered what appeared to be blood on Michelle's underpants and, when Mrs. K. asked what had happened, Michelle said, "daddy touched me". Mrs. K. took Michelle to Dr. McKenna, who examined Michelle and determined that she had been subjected to non-accidental trauma of the genital area. Michelle told the doctor that D.R. had "spanked my bum then he put his fingers in my bum, it hurt". The trial judge ruled that both statements were admissible as evidence of the truth of their content.

In the past, Michelle's statements might have been excluded automatically by virtue of the rule against hearsay evidence. However, in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, a

du procès de déclarer D.R., H.R. et D.W. coupables sur la foi de la preuve qui avait été crue.

Finalement, mon collègue affirme que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas de motifs suffisants. Nous n'avons jamais, pourtant, décidé que le verdict d'un juge du procès peut être porté en appel uniquement parce qu'il y a une omission dans les motifs exposés. Le verdict prononcé au procès ne peut être infirmé que si une erreur importante a été commise dans l'interprétation ou l'application de la loi, dans l'appreciation de la preuve ou dans le déroulement du procès. Puisque les motifs du juge du procès ne révèlent aucune erreur de cette nature, il n'y a aucune raison d'infliger les déclarations de culpabilité.

J'examinerai, en premier lieu, les trois décisions en matière de preuve qui, selon le juge Major, sont erronées.

## II. Les décisions sur l'admissibilité de la preuve

### A) *Les déclarations extrajudiciaires de Michelle*

Sont contestées en l'espèce deux déclarations faites par Michelle en 1987, alors qu'elle était âgée de cinq ans. Michelle venait de retourner dans la famille d'accueil de M. et M<sup>me</sup> K. après avoir passé la nuit chez D.R. Madame K. a remarqué la présence de ce qui paraissait être du sang sur la petite culotte de Michelle et, lorsqu'elle lui a demandé ce qui était arrivé, Michelle a répondu: [TRADUCTION] «papa m'a touchée». Madame K. a emmené Michelle chez le Dr. McKenna qui l'a examinée et déterminé qu'elle avait subi des traumas non accidentels aux organes génitaux. Michelle a raconté au médecin que D.R. [TRADUCTION] «m'a donné une fessée, ensuite il m'a mis les doigts dans les fesses, ça m'a fait mal». Le juge du procès a décidé que ces deux déclarations étaient admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu.

Dans le passé, les déclarations de Michelle auraient pu être écartées automatiquement en vertu de la règle interdisant le ouï-dire. Cependant, dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*,

new approach was articulated. Under this new approach, out-of-court statements are admissible as evidence of the truth of their content, as long as they meet the criteria of "necessity" and "reliability". As the Chief Justice observed in *B. (K.G.)*, at p. 787, reliability need not be established with certainty:

What the reliability component of the principled approach to hearsay exceptions addresses is a threshold of reliability, rather than ultimate or certain reliability.

In the case at bar, the statements were clearly necessary, because Michelle had no recollection at trial of the incident described in the statements. As well, the circumstances of the statements provided a guarantee of reliability: the statements were made very shortly after the alleged attack; the two statements, made on separate occasions and to different people, were consistent with one another; they were also consistent with the medical evidence, which clearly indicated that Michelle had been assaulted.

<sup>69</sup> Despite these indicia of reliability, Major J. contends that the statements were unreliable and ought not to have been admitted. My colleague points to evidence that Michelle might have been assaulted by Michael during the overnight visit, and that the children tended to lie to cover up the sexual activity that took place between them. He concludes that Michelle's statements are "as consistent with the hypothesis that she was protecting Michael as they are with her having been sexually assaulted by D.R." (para. 35).

<sup>70</sup> On my reading of the trial record, however, Major J.'s alternative hypothesis is unfounded. The evidence does not suggest that the children ever falsely accused adults of having touched them in order to conceal their own sexual activity. Defence counsel cross-examined Michael and Michelle extensively on the sexual activity that took place between them, and their responses indi-

[1993] 1 R.C.S. 740, une nouvelle approche a été formulée. Selon cette nouvelle approche, les déclarations extrajudiciaires sont admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu, dans la mesure où elles satisfont aux critères de la «nécessité» et de la «fiabilité». Comme le Juge en chef le fait remarquer dans *B. (K.G.)*, à la p. 787, la fiabilité n'a pas à être établie avec certitude:

Ce que vise l'élément fiabilité de l'analyse fondée sur des principes de la règle de l'exclusion du oui-dire, c'est un seuil de fiabilité, et non la fiabilité absolue ou indiscutables.

En l'espèce, les déclarations étaient clairement nécessaires parce que Michelle ne se souvenait pas, au procès, de l'incident décrit dans celles-ci. De même, les circonstances entourant les déclarations offraient une garantie de fiabilité: ces déclarations ont été faites très peu de temps après l'attaque reprochée; les deux déclarations, faites à des occasions distinctes et à des personnes différentes, étaient compatibles l'une avec l'autre; elles étaient également compatibles avec la preuve médicale qui indiquait clairement que Michelle avait été agressée.

Malgré ces indices de fiabilité, le juge Major soutient que ces déclarations n'étaient pas dignes de foi et n'auraient pas dû être admises. Mon collègue attire l'attention sur la preuve selon laquelle il se pouvait que Michelle ait été agressée par Michael pendant la nuit qu'elle avait passée en visite, et sur celle voulant que les enfants aient eu tendance à mentir pour cacher les activités sexuelles auxquelles ils se livraient entre eux. Il conclut, au par. 35, que les déclarations de Michelle sont «aussi compatibles avec l'hypothèse selon laquelle elle protégeait Michael qu'elles le sont avec celle voulant qu'elle ait été agressée sexuellement par D.R.»

Toutefois, selon mon interprétation du dossier de première instance, l'hypothèse subsidiaire du juge Major n'est pas fondée. La preuve ne laisse pas entendre que les enfants ont déjà faussement accusé des adultes de les avoir touchés pour cacher leurs propres activités sexuelles. L'avocat de la défense a longuement contre-interrogé Michael et Michelle sur les activités sexuelles auxquelles ils

cate that, when they wanted to cover up their sexual activity, they simply denied that they were doing anything: Transcript, at pp. 316, 348-49, 365-66 and 1631.

Moreover, it is important to remember that the trial judge was ruling on admissibility, not belief. The question was not whether the trial judge should believe the statements, but whether she should be able to consider the statements at all. Commenting on the decision of the Court of Appeal in this case, Professor Paciocco has questioned whether the position adopted by the dissenting judge (and now by my colleague Major J.) is in keeping with this fact: D. M. Paciocco, "The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know" (1996), 21 *Queen's L.J.* 345, at p. 377. The possibility of fabrication is not so compelling in this case that it warranted excluding the statements altogether. This Court's decision in *Khan* emphasized the need for "increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse": *Khan, supra*, at p. 543. The trial judge was correct to rule that the statements were admissible.

#### B) *Dr. Elterman's Testimony*

Dr. Elterman, a psychologist, was a defence witness qualified to give evidence in the "area of child development and characteristics of child abuse". The trial judge allowed him to testify as to the distinction between "visual" memory and "verbal" memory. In essence, visual memory flows from having seen or experienced the event described, and denotes the ability to actually recall the event. Verbal memory is little more than a learned belief that the event happened without any real recollection of the event. When Dr. Elterman proceeded to describe his interviews with the children and his conclusion that their memories were learned rather than actually recalled, the trial judge sustained an objection by the Crown and ruled that Dr. Elterman would not be permitted to testify as to his

se livraient, et leurs réponses indiquent qu'ils niaient simplement avoir fait quoi que ce soit lorsqu'ils voulaient dissimuler leurs activités sexuelles: transcription, aux pp. 316, 348 et 349, 365 et 366, ainsi que 1631.

71 De plus, il importe de se rappeler que le juge du procès se prononçait sur l'admissibilité des déclarations et non sur la question de savoir si elles étaient dignes de foi. Il s'agissait non pas de savoir si le juge du procès devait croire les déclarations, mais bien si elle devait pouvoir les examiner. Commentant l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, le professeur Paciocco s'est demandé si le point de vue adopté par le juge dissident (et maintenant par mon collègue le juge Major) est conforme à ce fait: D. M. Paciocco, «*The Evidence of Children: Testing the Rules Against What We Know*» (1996), 21 *Queen's L.J.* 345, à la p. 377. En l'espèce, la possibilité que l'on ait inventé une histoire n'est pas sérieuse au point de justifier d'écartier complètement les déclarations. L'arrêt *Khan* de notre Cour fait ressortir la nécessité «d'une plus grande souplesse dans l'interprétation de la règle du ouï-dire pour permettre l'admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet d'abus sexuels»: *Khan*, précité, à la p. 543. Le juge du procès a eu raison de décider que les déclarations étaient admissibles.

#### B) *Le témoignage du Dr Elterman*

72 Le Dr Elterman, psychologue, était un témoin de la défense qualifié pour témoigner «dans le domaine du développement de l'enfant et des caractéristiques des mauvais traitements infligés aux enfants». Le juge du procès lui a permis de témoigner sur la distinction entre la mémoire «visuelle» et la mémoire «verbale». Essentiellement, la mémoire visuelle résulte du fait d'avoir vu ou vécu l'événement décrit, et marque la capacité de se rappeler véritablement l'événement en question. La mémoire verbale n'est guère plus qu'une croyance acquise que l'événement s'est produit, sans en avoir un souvenir véritable. Lorsque le Dr Elterman a commencé à parler de ses entretiens avec les enfants et de sa conclusion qu'ils avaient une mémoire acquise plutôt qu'un souvenir vérita-

conclusions on the reliability of the children's memories.

According to Major J., the trial judge erred in excluding this part of Dr. Elterman's testimony because "any explanation of [the children's] otherwise incredible behaviour could only aid the trier of fact in accurately assessing their credibility" (para. 40).

However, it is a long-standing rule that the determination of credibility is a matter for the judge or jury. A trier of fact does not normally require assistance in this task and, consequently, experts are not usually permitted to testify on credibility. McLachlin J. made this point, on behalf of the majority, in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 248:

Credibility must always be the product of the judge or jury's view of the diverse ingredients it has perceived at trial, combined with experience, logic and an intuitive sense of the matter: see *R. v. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), at p. 149. . . . Credibility is a matter within the competence of lay people. Ordinary people draw conclusions about whether someone is lying or telling the truth on a daily basis. The expert who testifies on credibility is not sworn to the heavy duty of a judge or juror. Moreover, the expert's opinion may be founded on factors which are not in the evidence upon which the judge and juror are duty-bound to render a true verdict. Finally, credibility is a notoriously difficult problem, and the expert's opinion may be all too readily accepted by a frustrated jury as a convenient basis upon which to resolve its difficulties. All these considerations have contributed to the wise policy of the law in rejecting expert evidence on the truthfulness of witnesses.

By way of exception, expert evidence will be admissible when it relates to a subject-matter on which ordinary people are unlikely to form a correct judgment if unassisted by persons with special knowledge: *Kelliher (Village of) v. Smith*, [1931] S.C.R. 672, at p. 684; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 870; *Marquard, supra*, at p. 249, *per* McLachlin

ble, le juge du procès a fait droit à une objection du ministère public et a décidé que le Dr Elterman ne serait pas autorisé à témoigner relativement à ses conclusions sur la fiabilité de la mémoire des enfants.

Selon le juge Major, le juge du procès a commis une erreur en écartant cette partie du témoignage du Dr Elterman parce que «toute explication [du] comportement [des enfants] par ailleurs incroyable ne pouvait qu'aider le juge des faits à bien évaluer leur crédibilité» (par. 40).

Cependant, il est établi depuis longtemps que la détermination de la crédibilité est une question qu'il appartient au juge ou au jury de trancher. Normalement, le juge des faits n'a pas besoin d'aide à ce sujet, et on n'autorise donc pas habituellement des experts à témoigner sur la crédibilité. C'est ce que le juge McLachlin fait remarquer, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 248:

La crédibilité doit toujours être le résultat de l'opinion du juge ou du jury sur les divers éléments perçus au procès, de son expérience, de sa logique et de son intuition à l'égard de l'affaire: voir *R. c. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), à la p. 149 [. . .] La question de la crédibilité relève de la compétence des profanes. Les gens ordinaires jugent quotidiennement si une personne ment ou dit la vérité. L'expert qui témoigne sur la crédibilité n'est pas tenu par la lourde tâche du juge ou du juré. De plus, il se peut que l'opinion de l'expert repose sur des éléments qui ne font pas partie de la preuve en vertu de laquelle le juge et le juré sont tenus de rendre un juste verdict. Enfin, la crédibilité est un problème notamment complexe, et l'opinion d'un expert risque d'être beaucoup trop facilement acceptée par un jury frustré pour faciliter la résolution de ses difficultés. Toutes ces considérations ont donné naissance à la sage politique en droit qui consiste à rejeter le témoignage d'expert sur la sincérité des témoins.

Exceptionnellement, une preuve d'expert sera admissible si elle porte sur un sujet sur lequel des gens ordinaires ne pourront probablement pas porter un jugement exact sans l'aide de personnes possédant des connaissances particulières: *Kelliher (Village of) c. Smith*, [1931] R.C.S. 672, à la p. 684; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 42; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, à la p. 870;

J., and at p. 265, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 23. Courts have recognized, for example, that special assistance will sometimes be required when assessing the evidence of children. In *Marquard, supra*, McLachlin J. said, at pp. 248-49:

On the other hand, there may be features of a witness's evidence which go beyond the ability of a lay person to understand, and hence which may justify expert evidence. This is particularly the case in the evidence of children. For example, the ordinary inference from failure to complain promptly about a sexual assault might be that the story is a fabricated afterthought, born of malice or some other calculated stratagem. Expert evidence has been properly led to explain the reasons why young victims of sexual abuse often do not complain immediately. Such evidence is helpful; indeed it may be essential to a just verdict.

Dr. Elterman's evidence on the theory of memory is far removed from the kind of expert opinion which is ordinarily admitted in relation to children's testimony — expert opinion "as to the psychological and physical conditions which frequently arise as a result of sexual abuse of a child": *R. v. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), at p. 149, *per* Wakeling J.A., aff'd [1990] 2 S.C.R. 30; *Marquard, supra*, at p. 267, *per* L'Heureux-Dubé J., and at p. 249, *per* McLachlin J. However, since the trial judge did not exclude this part of Dr. Elterman's evidence, I am prepared to accept, for the sake of argument, that the theoretical distinction between visual and verbal memory falls within the category of matters which lay people may not understand if they are not explained to them by an expert in child memory development.

The same cannot be said of Dr. Elterman's conclusions as to whether the R. children had verbal or visual memory of the incidents at their birth home. Dr. Elterman's description of the interviews suggests that, once the theory had been explained, the application of the theory to actual testimony was

*Marquard*, précité, à la p. 249, le juge McLachlin, et à la p. 265, le juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à la p. 23. Par exemple, les tribunaux ont reconnu qu'une aide spéciale sera parfois nécessaire pour apprécier le témoignage d'enfants. Dans *Marquard*, précité, le juge McLachlin affirme, aux pp. 248 et 249:

En revanche, il se peut que certaines parties de la déposition d'un témoin dépassent la capacité d'un profane de comprendre, et justifient donc le recours au témoignage d'expert. C'est le cas en particulier pour les témoignages d'enfants. Par exemple, dans le cas d'un enfant qui omet de se plaindre sans tarder d'une agression sexuelle, on pourrait ordinairement conclure que l'enfant invente un récit après coup, poussé par la malice ou un autre stratagème calculé. Des témoignages d'experts ont été à bon droit présentés pour expliquer pourquoi il arrive fréquemment que de jeunes victimes d'agression sexuelle ne portent pas plainte immédiatement. Ces témoignages sont utiles et peuvent même être essentiels à un juste verdict.

Le témoignage du Dr Elterman sur la théorie de la mémoire est loin de ressembler au type d'opinion d'expert qui est ordinairement admis relativement au témoignage d'enfants — une opinion d'expert [TRADUCTION] «sur les états psychologiques et physiques fréquemment manifestés par les enfants victimes d'agression sexuelle»: *R. c. G.B.* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), à la p. 149, le juge Wakeling, conf. par [1990] 2 R.C.S. 30; *Marquard*, précité, à la p. 267, le juge L'Heureux-Dubé, et à la p. 249, le juge McLachlin. Cependant, puisque le juge du procès n'a pas écarté cette partie du témoignage du Dr Elterman, je suis disposée à accepter, pour les fins de la discussion, que la distinction théorique entre la mémoire visuelle et la mémoire verbale tombe dans la catégorie des questions que les profanes ne pourront peut-être pas comprendre si elles ne leur sont pas expliquées par un expert dans le domaine du développement de la mémoire chez l'enfant.

On ne peut pas en dire autant des conclusions du Dr Elterman quant à savoir si les enfants R. avaient une mémoire verbale ou visuelle des incidents survenus chez leurs parents naturels. La description que le Dr Elterman a faite des entretiens laisse entendre que l'application de la théorie, une fois

quite straightforward and did not require any special knowledge or expertise: see Transcript, at pp. 2833-35. At the trial itself, all of the children were cross-examined on whether they could actually remember certain events or whether they had merely come to believe them through repetition: see, e.g., Transcript, at pp. 274-75, 279-83, 305, 805-6, 850 and 1664. The trial judge was well able to determine for herself, without further assistance from Dr. Elterman, whether the children's recollections were real and whether their testimony was reliable. She committed no error in declining to hear Dr. Elterman's conclusions on this issue.

expliquée, aux témoignages recueillis était très simple et ne requérait pas des connaissances ou des compétences particulières: voir la transcription, aux pp. 2833 à 2835. Au procès même, tous les enfants ont été contre-interrogés sur la question de savoir s'ils pouvaient réellement se souvenir de certains événements ou s'ils en étaient venus à croire à leur existence à force de les répéter: voir, par exemple, la transcription, aux pp. 274 et 275, 279 à 283, 305, 805 et 806, 850 et 1664. Le juge du procès était bien en mesure de déterminer par elle-même, sans l'aide du Dr Elterman, si les souvenirs des enfants étaient réels et si leur témoignage était digne de foi. Elle n'a pas commis d'erreur en refusant d'entendre les conclusions du Dr Elterman sur ce point.

### C) *Cross-Examination of Ms. Bunko-Ruys*

<sup>77</sup> Ms. Bunko-Ruys, a therapist, was called by the Crown and qualified as an expert witness to give evidence concerning "the behavioural, social and emotional characteristics of sexually abused children". Her opinions were based in part on having observed the children while Sergeant Dueck, a police investigator, was interviewing them. In Ms. Bunko-Ruys' opinion, the children had been sexually abused and traumatized early in their emotional development.

### C) *Le contre-interrogatoire de Mme Bunko-Ruys*

Madame Bunko-Ruys, thérapeute appelée à témoigner par le ministère public, était un expert reconnu dans le domaine «des caractéristiques comportementales, sociales et affectives des enfants victimes d'abus sexuels». Ses opinions étaient fondées en partie sur les observations qu'elle avait faites des enfants pendant que le policier enquêteur, le sergent Dueck, s'était entretenu avec eux. Selon Mme Bunko-Ruys, les enfants avaient été victimes d'abus sexuels et traumatisés tôt dans leur développement affectif.

<sup>78</sup> The defence cross-examined Ms. Bunko-Ruys on these matters, as well as the procedure followed at the interviews. One theory of the defence was that the children's account might have been affected, perhaps inadvertently, by the manner in which questions were put to them at the interviews. When Ms. Bunko-Ruys was unable to recall certain details of the interviews, defence counsel sought to "refresh her memory" by showing her a transcript of the interviews. However, the trial judge ruled that the transcript could not be used, essentially because it related to the credibility of the complainants, a collateral issue.

La défense a contre-interrogé Mme Bunko-Ruys relativement à ces questions et à la procédure suivie lors des entretiens. L'une des théories de la défense était que le récit des enfants pouvait avoir été influencé, peut-être par inadvertance, par la façon dont les questions leur avaient été posées lors de ces entretiens. Au moment où Mme Bunko-Ruys s'est trouvée incapable de se souvenir de certains détails des entretiens, l'avocat de la défense a cherché à lui «rafraîchir la mémoire» en lui montrant une transcription. Cependant, le juge du procès a statué que cette transcription ne pouvait pas être utilisée, essentiellement parce qu'elle portait sur une question accessoire, savoir la crédibilité des plaignants.

On peut facilement comprendre pourquoi madame le juge Batten a hésité à permettre à la

<sup>79</sup> One can easily understand Batten J.'s reluctance to permit the defence to impeach the children's

credibility in its cross-examination of Ms. Bunko-Ruys. Credibility is a collateral issue, not a fact in issue. Subject to a few exceptions which have no application here, matters which relate solely to the credibility of a witness can only be canvassed in cross-examination of the witness whose credibility is sought to be impeached: *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (C.C.A.); *R. v. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132 (Man. C.A.), at p. 135; *R. v. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325 (Ont. C.A.), at p. 330; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361, at p. 367; *R. v. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498 (Ont. C.A.), at p. 506; *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at p. 263; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 883-84; A. W. Mewett, *Witnesses* (1991 (loose-leaf)), at para. 11.1(a) and (b); E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987 (loose-leaf)), vol. 1, at para. 16:12010. In other words, the children's credibility could only be impeached by cross-examining the children themselves.

However, on the facts of this case, it appears that the details of the interview procedure did have relevance which went beyond the children's credibility. If there were evidence that Sergeant Dueck had influenced the children's identification of their abusers in the course of interviewing them, it would bear directly on the question of identity, a fact in issue. Therefore, the trial judge was correct to allow the defence to question Ms. Bunko-Ruys in an effort to show that coaching or manipulation during the interviews had tainted the children's identification of the appellants. When Ms. Bunko-Ruys was unable to recall the details of the interviews, the trial judge ought also to have permitted the defence to refresh her memory using any suitable materials, including the transcript of the interviews.

I am persuaded, however, that refreshing Ms. Bunko-Ruys' memory would not have had the slightest impact on the verdict. The transcript of

défense d'attaquer la crédibilité des enfants lors de son contre-interrogatoire de M<sup>me</sup> Bunko-Ruys. La crédibilité est une question accessoire, et non un fait en litige. Sous réserve de quelques exceptions inapplicables en l'espèce, les questions portant exclusivement sur la crédibilité d'un témoin ne peuvent être approfondies que lors du contre-interrogatoire du témoin dont on cherche à attaquer la crédibilité: *R. c. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (C.C.A.); *R. c. Hrechuk* (1950), 10 C.R. 132 (C.A. Man.), à la p. 135; *R. c. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2d) 325 (C.A. Ont.), à la p. 330; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361, à la p. 367; *R. c. Cassibo* (1982), 70 C.C.C. (2d) 498 (C.A. Ont.), à la p. 506; *Phipson on Evidence* (14<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 263; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 883 et 884; A. W. Mewett, *Witnesses* (1991 (feuilles mobiles)), à l'al. 11.1a) et b); E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1987 (feuilles mobiles)), vol. 1, au par. 16:12010. En d'autres termes, on ne pouvait attaquer la crédibilité des enfants qu'en les contre-interrogeant personnellement.

Cependant, selon les faits de la présente affaire, il appert que les détails de la procédure suivie lors des entretiens avaient une pertinence allant au-delà de la crédibilité des enfants. S'il existait une preuve que, pendant les entretiens, le sergent Dueck avait influencé l'identification par les enfants des auteurs des abus dont ils avaient été victimes, cela aurait une incidence directe sur la question de l'identité, un fait en litige. En conséquence, le juge du procès a eu raison de permettre à la défense d'interroger M<sup>me</sup> Bunko-Ruys afin de démontrer que, pendant les entretiens, les enfants avaient été influencés ou manipulés dans leur identification des appellants. De même, au moment où M<sup>me</sup> Bunko-Ruys s'est trouvée incapable de se souvenir des détails des entretiens, le juge du procès aurait dû permettre à la défense de lui rafraîchir la mémoire au moyen de documents appropriés, dont la transcription des entretiens.

Cependant, je suis convaincue que rafraîchir la mémoire de M<sup>me</sup> Bunko-Ruys n'aurait pas eu la moindre incidence sur le verdict. La défense avait

the interviews was in the possession of the defence, and, if there had been any coaching or manipulation during the interviews, the defence would surely have sought to introduce the transcript itself as evidence. In fact, the defence not only declined to introduce the transcript; it even declined to cross-examine Sergeant Dueck, the person who actually interviewed the children, about whether there had been coaching or manipulation. I can only conclude that the device of refreshing Ms. Bunko-Ruys' memory would have yielded nothing but out-of-context questions and answers from the transcript when, in fact, no coaching or manipulation occurred at the interviews. In my opinion, there is no likelihood that the verdict would have been any different even if the defence had been allowed to refresh Ms. Bunko-Ruys' memory.

#### D) Conclusion on Evidentiary Rulings

82

It comes as no surprise that the appellants, who have been convicted of very serious offences, have grasped at every minute imperfection in the handling of the trial in an attempt to have the convictions overturned. However, Batten J. was extremely conscientious. Despite the length and complexity of the trial, my colleague Major J. has called into question just three of the rulings she made during the trial. In my view, only one of those rulings was incorrect, and this technical error had no effect on the verdicts.

#### III. The Trial Judge's Assessment of the Evidence

83

In addition to the three evidentiary rulings, Major J. also argues that there were errors in the trial judge's assessment of the children's credibility.

84

At the outset, I would observe that appellate courts are extremely reluctant to interfere with credibility findings made by a trial judge. In *R. v.*

en sa possession la transcription des entretiens et elle aurait sûrement cherché à la déposer en preuve si les enfants avaient été influencés ou manipulés pendant les entretiens. En fait, la défense a refusé non seulement de déposer la transcription, mais encore de contre-interroger le sergent Dueck, qui s'était entretenu avec les enfants, au sujet de la question de savoir s'il y avait eu influence ou manipulation. Je ne puis que conclure que rafraîchir la mémoire de M<sup>me</sup> Bunko-Ruys n'aurait abouti à rien d'autre qu'à des questions et à des réponses hors contexte tirées de la transcription alors que, dans les faits, il n'y avait eu aucune influence ni aucune manipulation lors des entretiens. À mon avis, il n'y a aucune chance que le verdict eût été différent si la défense avait été autorisée à rafraîchir la mémoire de M<sup>me</sup> Bunko-Ruys.

#### D) Conclusion sur les décisions relatives à la preuve

Il n'est pas étonnant que les appels, qui ont été déclarés coupables d'infractions très graves, aient tenté de saisir la moindre irrégularité dans le déroulement du procès dans l'espoir de faire infirmer leurs déclarations de culpabilité. Cependant, madame le juge Batten a été extrêmement consciente. Malgré la durée et la complexité du procès, mon collègue le juge Major n'a mis en question que trois des décisions que madame le juge Batten a rendues au procès. À mon avis, une seule de ces décisions était incorrecte, et cette erreur technique n'a eu aucune incidence sur les verdicts.

#### III. L'appréciation de la preuve par le juge du procès

Outre les trois décisions relatives à la preuve, le juge Major soutient que le juge du procès a commis des erreurs en appréciant la crédibilité des enfants.

Au départ, je fais remarquer que les cours d'appel hésitent énormément à modifier les conclusions d'un juge du procès sur la crédibilité. Dans

*W. (R.), [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131, McLachlin J.* explained the rule as follows:

The test remains the same: could a jury or judge properly instructed and acting reasonably have convicted? That said, in applying the test the court of appeal should show great deference to findings of credibility made at trial. This Court has repeatedly affirmed the importance of taking into account the special position of the trier of fact on matters of credibility: *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at pp. 465-66. The trial judge has the advantage, denied to the appellate court, of seeing and hearing the evidence of witnesses.

In the absence of an error of law or a finding which cannot reasonably be supported on the evidence, a trial judge's findings in relation to credibility will not be overturned on appeal.

The trial judge's findings in the case at bar clearly call for deference. During the 22 days of the trial, Batten J. saw and heard over a dozen witnesses, including the present and former foster parents of the children, the children's teachers, the police officer who had investigated the abuse, and physicians and other professionals who had worked with or examined the children. Most importantly, she heard at great length from the children, who were cross-examined fully on every weakness in their testimony. Because the children experienced considerable stress and discomfort while testifying, the trial judge's opportunity to observe their non-verbal conduct was an invaluable advantage in the assessment of their evidence. We should be very reluctant indeed to interfere with the trial judge's findings of credibility on the basis of an *ex post facto* review of the transcript.

#### A) *Sufficiency of Evidence on D.W.*

According to Major J., the evidence against D.W. was too weak to support his conviction for

l'arrêt *R. c. W. (R.), [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131*, le juge McLachlin explique la règle en ces termes:

Le critère demeure le même: un jury ou un juge ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement aurait-il pu déclarer l'accusé coupable? Cela étant dit, dans l'application de ce critère, la cour d'appel devrait faire preuve d'un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins. À maintes reprises, notre Cour a souligné combien il était important de tenir compte de la position privilégiée du juge des faits relativement à des questions de crédibilité: *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, aux pp. 465 et 466. Le juge de première instance a l'avantage, que n'a pas la cour d'appel, de voir et d'entendre les témoins.

En l'absence d'une erreur de droit ou d'une conclusion qui ne peut raisonnablement reposer sur la preuve, les conclusions qu'un juge du procès tire en matière de crédibilité ne seront pas écartées en appel.

En l'espèce, il faut nettement faire preuve de retenue envers les conclusions du juge du procès. Au cours des 22 jours du procès, madame le juge Batten a vu et entendu plus d'une douzaine de témoins, y compris les parents nourriciers actuels et antérieurs des enfants, les enseignants des enfants, le policier qui a fait enquête sur les abus, et les médecins et autres professionnels qui ont travaillé avec les enfants ou les ont examinés. Qui plus est, elle a entendu longuement les enfants qui ont subi un contre-interrogatoire complet sur chaque faiblesse de leur témoignage. Vu que les enfants ont éprouvé beaucoup de stress et de gêne en témoignant, l'occasion que le juge du procès a eue d'observer leur comportement non verbal a constitué un avantage inestimable dans l'appréciation de leur témoignage. Nous devrions hésiter énormément à modifier, sur la foi d'un examen *ex post facto* de la transcription, les conclusions du juge du procès quant à la crédibilité.

#### A) *Le caractère suffisant de la preuve relative à D.W.*

Selon le juge Major, la preuve pesant contre D.W. était trop faible pour justifier une déclaration

sexual assault. My colleague appears to be troubled by the fact that the children's testimony against D.W. was similar in form to their testimony against D.R. In Major J.'s view, no reasonable judge would convict D.W. in light of this weakness; as a result, my colleague would enter an acquittal in respect of D.W.

<sup>87</sup> I do not share my colleague's concern about the form of the children's testimony against the male appellants. It is true that the children's testimony often took the form of allegations that the accused "put his penis in my bum, and I put my penis in his bum, and then I sucked his penis". However, the children were testifying as to the essential details of the assaults, and I am quite unable to imagine what variations my colleague would have preferred to see in their accounts. If a child is sexually assaulted by two people, and decides to report the assaults, must the child vary his description of the two assaults so as to avoid being disbelieved?

de culpabilité pour agression sexuelle. Mon collègue semble préoccupé par le fait que le témoignage des enfants contre D.W. ressemble à leur témoignage contre D.R. Le juge Major est d'avis qu'aucun juge raisonnable ne déclarerait D.W. coupable en raison de cette faiblesse, et il l'acquitterait donc.

Je ne partage pas la préoccupation de mon collègue quant à la forme du témoignage des enfants contre les appellants de sexe masculin. Il est vrai que le témoignage des enfants s'est souvent fait sous forme d'allégations que l'accusé [TRADUCTION] «a mis son pénis dans mes fesses, et j'ai mis mon pénis dans ses fesses, et ensuite j'ai sucé son pénis». Cependant, les enfants témoignaient relativement aux détails essentiels des agressions, et je suis absolument incapable d'imaginer quelles variantes mon collègue aurait préféré constater dans leurs récits respectifs. Si un enfant est agressé sexuellement par deux personnes, et décide de signaler ces agressions, doit-il varier sa description des deux agressions pour éviter de ne pas être cru?

<sup>88</sup> In *W. (R.), supra*, at p. 133, this Court recognized that the assessment of children's evidence requires sensitivity to the special characteristics of children:

The second change in the attitude of the law toward the evidence of children in recent years is a new appreciation that it may be wrong to apply adult tests for credibility to the evidence of children. One finds emerging a new sensitivity to the peculiar perspectives of children.

It may be, for example, that children having limited experience and linguistic skills will not recount their experiences as an adult would, and, in particular, that they will not vary the structure or wording of the account with each retelling.

<sup>89</sup> In any event, it was the role of the trial judge to decide whether or not to believe the children. The trial judge had the opportunity to see and hear the children on the stand, an advantage which we cannot hope to duplicate simply by reading the trial transcript. Moreover, the children were cross-examined on the issue of memory corruption, and

Dans l'arrêt *W. (R.)*, précité, à la p. 133, notre Cour a reconnu que l'appréciation des témoignages d'enfants exige de tenir compte des caractéristiques particulières des enfants:

D'autre part, l'attitude du droit envers les témoignages d'enfants a récemment changé en ce qu'on estime maintenant qu'il est peut-être erroné de leur appliquer les mêmes critères qu'à ceux des adultes en matière de crédibilité. On porte maintenant plus attention aux perspectives particulières des enfants.

Par exemple, il se peut que des enfants ayant une expérience et des compétences linguistiques limitées ne racontent pas leur expérience comme un adulte le ferait et, notamment, qu'ils ne changent pas la structure ou la formulation de leur récit chaque fois qu'ils le racontent.

Quoi qu'il en soit, il appartenait au juge du procès de décider si elle devait croire les enfants. Le juge du procès a eu l'occasion de voir et d'entendre les enfants à la barre, avantage que nous ne pouvons espérer reproduire au moyen d'une simple lecture de la transcription du procès. De plus, les enfants ont été contre-interrogés sur la question de

an expert testified as to the possibility of memory corruption: Transcript, at pp. 274-75, 279-83, 305, 805-6, 850, 1664, and 2792-2940. Having heard all of this evidence, the trial judge was entitled to believe, beyond a reasonable doubt, that D.W. had sexually assaulted the children. Unlike Major J., I do not believe that the similarity of the children's descriptions of the abuse was so grave a flaw that no reasonable judge could have convicted D.W.

We have held many times, most recently in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 663, that "the court of appeal is not to substitute its view for that of the trial judge, nor permit doubts it may have to persuade it to order a new trial". Still less do such doubts entitle a court of appeal to substitute an acquittal.

#### B) *Inconsistent Findings Regarding D.R. and H.R.*

The majority would also overturn the sexual assault convictions entered against D.R. and H.R., although my colleagues Major and McLachlin JJ. differ as to the reasons for doing so. While Major J. holds that the trial judge's findings are inconsistent, McLachlin J. argues that the medical and psychological evidence was incapable of supporting the inference that D.R. and H.R. had sexually assaulted the children.

According to Major J., the children's evidence was presented in such a manner that "the trial judge either had to believe the children's testimony to be credible and convict on both, gross indecency and sexual assault, or she had to entertain a reasonable doubt on the whole of the evidence and acquit" (para. 49). Major J. concludes that in believing only part of the children's evidence, the

l'altération de la mémoire, et un expert a témoigné au sujet de cette possibilité: transcription, aux pp. 274 et 275, 279 à 283, 305, 805 et 806, 850, 1664, et 2792 à 2940. Après avoir entendu tous ces témoignages, le juge du procès avait le droit de croire hors de tout doute raisonnable que D.W. avait agressé sexuellement les enfants. Contrairement au juge Major, je ne crois pas que la similitude des descriptions d'abus données par les enfants constituait une lacune si grave qu'aucun juge raisonnable n'aurait pu déclarer D.W. coupable.

À maintes reprises, et tout récemment dans larrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 663, nous avons statué que «la cour d'appel ne doit pas substituer son opinion à celle du juge du procès, ni prendre prétexte des doutes qu'elle peut avoir pour ordonner un nouveau procès». Une cour d'appel peut encore moins substituer un verdict d'acquittement en raison de pareils doutes.

#### B) *L'incohérence des conclusions concernant D.R. et H.R.*

La Cour à la majorité infirmerait également les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle prononcées contre D.R. et H.R., quoique mes collègues les juges Major et McLachlin ne s'accordent pas sur les raisons de le faire. Alors que le juge Major conclut à l'incohérence des conclusions tirées par le juge du procès, le juge McLachlin, pour sa part, affirme que la preuve médicale et psychologique ne permettait pas de déduire que D.R. et H.R. avaient agressé sexuellement les enfants.

Selon le juge Major, le témoignage des enfants a été présenté de telle façon que «le juge du procès devait ou bien croire que le témoignage des enfants était crédible et prononcer un verdict de culpabilité à la fois de grossière indécence et d'agression sexuelle, ou bien avoir un doute raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve, et prononcer l'acquittement» (par. 49). Le juge Major conclut qu'en ajoutant foi à une partie seulement du témoignage des enfants, le juge du procès a tiré des «conclusions incohérentes» et a commis une erreur

trial judge made "inconsistent findings" and committed an error of law. He would order a new trial.

93 However, a trial judge commits an error of law if he or she errs in respect of some principle of law or as to the legal effect of undisputed facts: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at pp. 294-96. Clearly, we are not dealing here with undisputed facts. Moreover, there is no principle of law that requires a trier of fact to believe or disbelieve a witness's testimony in its entirety. Indeed, the contrary proposition seems indisputable: a trier of fact may believe a witness's testimony in whole, in part, or not at all. See, for example, *R. v. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318 (C.A.); *R. v. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249 (B.C.C.A.), at p. 253; *R. v. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60 (C.A.). There is therefore no basis on which it can be said that the trial judge committed an error of law.

94 I would agree that inconsistency in the verdicts — a combination of verdicts which no reasonable trier of fact would have rendered on the evidence — would be a ground of appeal. However, in such a case, the appeal would not be based on an error of law, but on the unreasonableness of the verdicts. This Court recognized the principle in *Koury v. The Queen*, [1964] S.C.R. 212, but it is Evans J.A.'s formulation, in *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), at p. 519, which has come to be universally accepted:

If the verdicts are violently at odds and the same basic ingredients are common to both charges then the conviction will be quashed but the onus is on the appellant to show that no reasonable jury who had applied their minds to the evidence could have arrived at that conclusion.

See *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at pp. 55-56; *Mulvaney*, *supra*; *R. v. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178 (Man. C.A.), at pp. 181-82; *R. v. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (C.A.); *R. v. Hynes* (1994), 134 N.S.R. (2d) 134 (C.A.), at p. 136; *Peterson*, *supra*; *R. v. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122.

de droit. Il ordonnerait la tenue d'un nouveau procès.

Cependant, un juge du procès commet une erreur de droit s'il erre concernant un principe de droit ou quant à l'effet juridique de faits non contestés: *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, aux pp. 294 à 296. Il est évident qu'il n'est pas question ici de faits non contestés. De plus, aucun principe de droit n'exige qu'un juge des faits croie ou rejette en totalité le témoignage d'une personne. En fait, le contraire semble incontestable: un juge des faits peut ajouter foi à la totalité ou à une partie du témoignage d'une personne, ou ne pas y ajouter foi du tout. Voir, par exemple, *R. c. Mulvaney* (1988), 27 O.A.C. 318 (C.A.); *R. c. Thomas* (1993), 24 C.R. (4th) 249 (C.A.C.-B.), à la p. 253; *R. c. Peterson* (1996), 89 O.A.C. 60 (C.A.). En conséquence, rien ne permet d'affirmer que le juge du procès a commis une erreur de droit.

Je conviens que l'incohérence des verdicts — un ensemble de verdicts qu'aucun juge du procès raisonnable n'aurait prononcés compte tenu de la preuve — serait un moyen d'appel. Cependant, dans un tel cas, l'appel serait fondé non pas sur une erreur de droit, mais sur le caractère déraisonnable des verdicts. Notre Cour a reconnu ce principe dans l'arrêt *Koury c. La Reine*, [1964] R.C.S. 212; cependant, c'est la formulation du juge Evans dans l'arrêt *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), à la p. 519, qui est devenue universellement acceptée:

[TRADUCTION] Si les verdicts sont extrêmement discordants et si les mêmes éléments de base sont communs aux deux accusations, il y aura alors annulation de la déclaration de culpabilité, mais, il incombera à l'appellant de démontrer qu'aucun jury raisonnable, ayant pris soin d'examiner la preuve, n'aurait pu arriver à cette conclusion.

Voir *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), aux pp. 55 et 56; *Mulvaney*, précité; *R. c. McIntyre* (1992), 40 M.V.R. (2d) 178 (C.A. Man.), aux pp. 181 et 182; *R. c. Giovannetti*, [1991] O.J. No. 47 (C.A.); *R. c. Hynes* (1994), 134 N.S.R. (2d) 134 (C.A.), à la p. 136; *Peterson*, précité; *R. c. Yuen* (1996), 70 B.C.A.C. 122.

Applying this principle to the case at bar, it is clear that the verdicts are not inconsistent in the least. As McLachlin J. states in her reasons, there was considerable medical and other corroborative evidence to support the sexual assault charges, including physical evidence of scarring and psychological evidence of hypersexualized behaviour attributable to prolonged sexual abuse from a young age. By contrast, the gross indecency charges rested entirely on the children's testimony that they had been forced to touch D.R. and H.R. sexually. Corroboration is by no means a requirement for a finding of credibility; nevertheless, the existence of independent evidence establishing that the children had been sexually assaulted could only strengthen the Crown's case on the sexual assault charges. On the evidence presented at trial, a reasonable trial judge could find the appellants guilty of sexual assault while entertaining doubt as to whether they had committed gross indecency.

It is not surprising, therefore, that Major J. refrains from holding that the convictions against D.R. and H.R. are unreasonable. Major J. nevertheless asserts that the findings are inconsistent; however, if an impugned combination of verdicts could reasonably be rendered by a trier of fact properly directed as to the law, then I fail to see how they can be said to be inconsistent.

According to Major J., the "inconsistency" results from an error of law which the trial judge committed "by applying a finding of fact to different questions of law in a manner that was not uniform" (para. 50). This argument was not raised by the dissenting judge in the Court of Appeal or by any of the appellants before us, and, in addition, it is unfounded. As Major J. himself observes, the trial judge made the following findings of fact: "[s]he accepted the children's testimony in regard to the sexual acts performed on them by the appellants, but entertained a reasonable doubt as to whether the children were forced to perform sex-

95  
Si on applique ce principe au présent pourvoi, il devient clair que les verdicts ne sont pas le moins-  
drement incohérents. Comme le juge McLachlin l'affirme dans ses motifs, il y avait une abondante preuve médicale et autre preuve corroborant les accusations d'agression sexuelle, dont la preuve matérielle des cicatrices et la preuve psychologique d'un comportement hypersexualisé attribuable à des abus sexuels prolongés dont une personne a été victime depuis son enfance. Par contre, les accusations de grossière indécence reposaient entièrement sur le témoignage des enfants voulant qu'ils aient été forcés de faire des attouchements sexuels sur D.R. et H.R. La corroboration n'est aucunement nécessaire pour pouvoir conclure à la crédibilité; néanmoins, l'existence d'une preuve indépendante établissant que les enfants avaient été agressés sexuellement ne pourrait que renforcer la preuve du ministère public relativement aux accusations d'agression sexuelle. Selon la preuve produite à l'audience, un juge du procès raisonnable pourrait déclarer les appellants coupables d'agression sexuelle, tout en entretenant des doutes qu'ils aient accompli des actes de grossière indécence.

96  
En conséquence, il n'est pas étonnant que le juge Major s'abstienne de conclure que les déclarations de culpabilité prononcées contre D.R. et H.R. sont déraisonnables. Le juge Major affirme néanmoins que les conclusions tirées sont incohérentes; toutefois, si un juge des faits bien instruit en droit pouvait raisonnablement prononcer une combinaison contestée de verdicts, je ne vois pas comment on peut dire qu'ils sont incohérents.

97  
Selon le juge Major, l'«incohérence» résulte d'une erreur de droit que le juge du procès a commise «en appliquant, de manière non uniforme, une conclusion de fait à diverses questions de droit» (par. 50). Cet argument n'a pas été soulevé par le juge dissident en Cour d'appel ni par aucun des appellants devant notre Cour, et de surcroît, il n'est pas fondé. Comme le fait observer le juge Major lui-même, le juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes: «[e]lle a accepté le témoignage des enfants relativement aux actes sexuels accomplis sur eux par les appellants, mais elle avait un doute raisonnable quant à savoir si les

ual acts on the appellants" (para. 49). Applying the law to these two factual findings, the trial judge properly found the appellants guilty of the offence involving sexual acts performed on the children — sexual assault — and not guilty of the offence of gross indecency, which required proof that the children had been forced to perform sexual acts on the appellants. When a trial judge's factual findings lead to the conclusion that an accused is guilty of one offence and not guilty of another offence, there is no overriding principle of "uniformity" that requires the trial judge to convict the accused of both offences or else acquit the accused of both.

enfants avaient été forcés d'accomplir des actes sexuels sur les appellants» (par. 49). Appliquant le droit à ces deux conclusions de fait, le juge du procès a, à juste titre, déclaré les appellants coupables de l'infraction comportant l'accomplissement d'actes sexuels sur les enfants — l'agression sexuelle — , et non coupables de l'infraction de grossière indécence, qui nécessitait la preuve que les enfants avaient été forcés d'accomplir des actes sexuels sur les appellants. Quand les conclusions de fait d'un juge du procès amènent à conclure que l'accusé est coupable d'une infraction et non coupable d'une autre infraction, il n'y a pas de principe dominant d'«uniformité» qui exige que le juge du procès déclare l'accusé coupable des deux infractions, sinon qu'il l'acquitte relativement aux deux.

98

For her part, my colleague McLachlin J. does not argue that the trial judge's findings are inconsistent. Instead, she writes that the medical and psychological evidence was "not capable of supporting an inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults", and concludes that the trial judge "erred . . . by relying on the medical and psychological evidence to establish not only that the sexual assaults had occurred but also that they had been perpetrated by D.R. and H.R." (para. 118). McLachlin J. appears to be arguing, as does the majority in the case of D.W., that the evidence against D.R. and H.R. was insufficient to support a finding that they were guilty of sexual assault. It is unclear, if McLachlin J. believes that the evidence is "not capable" of supporting the convictions, why she does not take this analysis to its logical conclusion, and enter acquittals in respect of D.R. and H.R.

Pour sa part, ma collègue le juge McLachlin n'affirme pas que les conclusions du juge du procès sont incohérentes. Elle écrit plutôt que la preuve médicale et psychologique «ne permettait [...] pas de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles», et elle conclut que le juge du procès «a commis une erreur en se fondant sur la preuve médicale et psychologique pour conclure non seulement que les agressions sexuelles avaient eu lieu, mais encore que D.R. et H.R. en étaient les auteurs» (par. 118). Le juge McLachlin semble affirmer, à l'instar de la majorité dans le cas de D.W., que la preuve qui pesait contre D.R. et H.R. était insuffisante pour justifier la conclusion qu'ils étaient coupables d'agression sexuelle. Si le juge McLachlin est d'avis que la preuve «ne permet pas» de justifier les déclarations de culpabilité, on ne voit pas clairement pourquoi elle ne pousse pas cette analyse à sa conclusion logique pour prononcer des verdicts d'acquittement à l'égard de D.R. et H.R.

99

In fact, there was ample evidence to support the trial judge's finding that the appellants were guilty of sexual assault. The trial judge did not rely solely on the medical and psychological evidence in order to establish the identity of the perpetrators. Rather, she convicted the appellants because she believed the children's testimony describing the assaults and identifying the appellants as the per-

En fait, il y avait une abondante preuve à l'appui de la conclusion du juge du procès que les appellants étaient coupables d'agression sexuelle. Le juge du procès ne s'est pas fondée uniquement sur la preuve médicale et psychologique pour établir l'identité des auteurs de ces agressions. Elle a plutôt déclaré les appellants coupables parce qu'elle croyait le témoignage dans lequel les enfants décri-

petrators. As with any other testimony, the children's testimony about the sexual assaults was more credible because it was corroborated by medical evidence, including Dr. McKenna's observations after the children's overnight stay at the home of D.R., and psychological evidence which indicated, as McLachlin J. observes, "hypersexualized behaviour said to arise almost always out of prolonged sexual abuse from a young age" (para. 117). The trial judge committed no error in her treatment of this corroborative evidence, or in finding that the children's testimony about the sexual assaults was credible. The trial judge was therefore entitled to conclude that D.R. and H.R. were guilty of sexual assault.

vaient les agressions et identifiaient les appellants comme en étant les auteurs. Comme pour tout autre témoignage, le témoignage des enfants au sujet des agressions sexuelles était plus crédible parce qu'il était corroboré par une preuve médicale, dont les observations effectuées par le Dr McKenna après que les enfants eurent passé la nuit chez D.R., et par une preuve psychologique qui indiquait, comme l'a fait observer le juge McLachlin, l'existence d'«un comportement hypersexualisé qui, dit-on, résulte presque toujours des abus sexuels prolongés dont une personne a été victime depuis son enfance» (par. 117). Le juge du procès n'a commis aucune erreur en traitant cette preuve corroborante ou en concluant à la crédibilité du témoignage des enfants au sujet des agressions sexuelles. Le juge du procès avait donc le droit de conclure que D.R. et H.R. étaient coupables d'agression sexuelle.

### C) Inadequate Reasons

Finally, Major J. would set aside the convictions of D.R. and H.R. for assault causing bodily harm, and order a new trial, on the ground that the trial judge failed to "address the confusing evidence" and to "separate fact from fiction" (para. 54), i.e., to state specifically which parts of the evidence were disbelieved. However, we have never held that a new trial can be ordered simply because the reasons do not deal with deficiencies in the evidence. My colleague's assertion contradicts our unanimous decision in *Burns, supra*. At p. 664, McLachlin J. wrote:

The Court of Appeal's main concern was not that there was insufficient evidence to support the verdicts of guilty, nor that those verdicts were unreasonable, but that the trial judge's reasons failed to indicate that he had considered certain frailties in the complainant's evidence. . . .

Failure to indicate expressly that all relevant considerations have been taken into account in arriving at a verdict is not a basis for allowing an appeal under s. 686(1)(a). This accords with the general rule that a trial judge does not err merely because he or she does not

### C) Motifs insuffisants

Enfin, le juge Major annulerait les déclarations de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles prononcées contre D.R. et H.R. et ordonnerait un nouveau procès pour le motif que le juge du procès a omis de «trait[er] des éléments de preuve déroutants» et de «distinguer[er] la réalité de la fiction» (par. 54), c'est-à-dire de spécifier à quelles parties de la preuve on n'ajoutait pas foi. Cependant, nous n'avons jamais statué qu'un nouveau procès puisse être ordonné simplement parce que les motifs ne traitent pas des faiblesses de la preuve. L'affirmation de mon collègue va à l'encontre de notre arrêt unanime *Burns*, précité, où le juge McLachlin affirme, à la p. 664:

Ce qui a principalement préoccupé la Cour d'appel, ce n'était pas le fait que la preuve était insuffisante pour justifier les verdicts de culpabilité, ni celui que ces verdicts étaient déraisonnables, mais le fait qu'il ne ressortait pas des motifs du juge du procès que celui-ci avait tenu compte de certaines faiblesses du témoignage de la plaignante . . .

L'omission d'indiquer expressément que tous les facteurs pertinents ont été considérés pour en arriver à un verdict ne constitue pas une raison d'admettre un appel en application de l'al. 686(1)a). Cela est conforme à la règle générale selon laquelle le juge du procès ne com-

give reasons for deciding one way or the other on problematic points. . . .

While we have often acknowledged the wisdom of providing reasons, we have never strayed from the proposition that the absence of reasons or an omission from the reasons are not in themselves an error of law. See, for example, our unanimous decisions in *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991, aff'g (1989), 95 A.R. 304 (C.A.); *Morin, supra*, at p. 296; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752, at p. 753; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at p. 251; and *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740, at para. 27, *per* Lamer C.J., and at para. 40, *per* L'Heureux-Dubé J.; and our decisions in *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665, at p. 672; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226, and *R. v. Tortone*, [1993] 2 S.C.R. 973, at p. 985.

met pas une erreur du seul fait qu'il ne motive pas sa décision sur des questions problématiques . . .

Bien que nous ayons souvent reconnu la sagesse d'exposer des motifs, nous ne nous sommes jamais écartés du principe voulant que l'absence de motifs ou une omission dans les motifs ne constitue pas en soi une erreur de droit. Voir, par exemple, les arrêts unanimes de notre Cour *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991, conf. (1989), 95 A.R. 304 (C.A.); *Morin*, précité, à la p. 296; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752, à la p. 753; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, à la p. 251, et *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740, au par. 27, le juge en chef Lamer, et au par. 40, le juge L'Heureux-Dubé, de même que nos arrêts *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665, à la p. 672; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226, et *R. c. Tortone*, [1993] 2 R.C.S. 973, à la p. 985.

101 Major J. would derogate from this established rule by making the insufficiency of reasons a ground of appeal in cases where the evidence is "confused". There is irony in the fact that my colleague provides no reasons, let alone a compelling reason, for this change in the law.

Le juge Major dérogerait à cette règle en faisant de l'insuffisance des motifs un moyen d'appel dans les cas où les éléments de preuve sont «embrouillés». Il est ironique que mon collègue ne donne aucune raison, encore moins une raison impérieuse, de changer ainsi le droit.

102 Indeed, there are good reasons to retain the traditional rule. McLachlin J. described some of them in *Burns, supra*, at p. 664:

En fait, il y a de bonnes raisons de conserver la règle traditionnelle. Le juge McLachlin en décrit quelques-unes dans l'arrêt *Burns*, précité, à la p. 664:

This rule makes good sense. To require trial judges charged with heavy caseloads of criminal cases to deal in their reasons with every aspect of every case would slow the system of justice immeasurably. Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out. If they state their conclusions in brief compass, and these conclusions are supported by the evidence, the verdict should not be overturned merely because they fail to discuss collateral aspects of the case.

Cette règle est logique. Obliger les juges du procès qui sont appelés à présider de nombreux procès criminels à traiter, dans leurs motifs, de tous les aspects de chaque affaire ralentirait incommensurablement le système de justice. Les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours. S'ils formulent leurs conclusions avec concision et si ces conclusions s'appuient sur la preuve, il n'y a pas lieu d'infirmer le verdict simplement parce qu'ils n'ont pas analysé des aspects accessoires de l'affaire.

103 The rule also reflects the "fundamental premise in the law of appellate review" that an appeal is from an order, and not from the reasons for the order: J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 4. It has always been open to an appellate court to draw inferences about the validity of a verdict or order from the reasons given by the trial judge. For example, if

Cette règle reflète également [TRADUCTION] «la prémissse fondamentale du droit applicable à l'examen en appel», savoir qu'un appel est interjeté contre une ordonnance et non contre les motifs de l'ordonnance: J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 4. Il a toujours été loisible à une cour d'appel de faire, à partir des motifs du juge du procès, des déductions sur

important facts are omitted from the reasons — facts so important that a judge would not have left them out unless they had been overlooked or excluded from consideration — then a court of appeal may well infer from their absence that the decision was made without regard to a material fact. Alternatively, in situations where the trial judge's conclusion seems unreasonable *a priori*, a court of appeal may look to the reasons for some explanation which might persuade it that the verdict was not unreasonable. See, for example, *MacDonald, supra*, at p. 672, *per* Laskin C.J.; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, at p. 14, *per* Estey J.; and *Burns, supra*, at p. 665, *per* McLachlin J. In every such case, however, the only essential question is whether the verdict itself is sound, for “[t]he issue is the reasonableness of the finding not an absence or insufficiency of reasons”: *Barrett, supra*, at p. 753.

In any event, it is incorrect to suggest that the trial judge did not give reasons for her conclusions in the case at bar. On the contrary, she gave meticulous oral reasons for her verdicts. The nature of oral reasons was explained in *R. v. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.), by Côté J.A., whose opinion was adopted unanimously by this Court ([1990] 1 S.C.R. 991). At pp. 313-14, Côté J.A. wrote:

When this trial judge pronounced oral judgment, he was not debating; he had decided what the law was. He did not offer a legal treatise in his oral judgment. He was doubtless telling a number of lay people in the courtroom, notably the accused, what motivated the decision he had made. Anything which he said was given in telegraphic fashion, leaving legally-trained counsel to fill in the rest by using their knowledge of the argument just heard, of the law, and of what had become obvious during the trial.

A trial judge sitting alone need not give any reasons for disbelieving defence evidence: *R. v. Soo* (1965), 56

la validité d'un verdict ou d'une ordonnance. Par exemple, si des faits importants ne figurent pas dans les motifs — des faits si importants qu'un juge ne les aurait laissés tomber que s'ils avaient été oubliés ou soustraits à l'examen —, une cour d'appel pourrait bien alors déduire de leur absence que la décision a été prise sans tenir compte d'un fait substantiel. Subsidiairement, dans les cas où la conclusion du juge du procès semble déraisonnable *a priori*, une cour d'appel peut examiner les motifs dans le but de trouver une explication susceptible de la convaincre que le verdict n'était pas déraisonnable. Voir, par exemple, *MacDonald*, précité, à la p. 672, le juge en chef Laskin, *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, à la p. 14, le juge Estey, et *Burns*, précité, à la p. 665, le juge McLachlin. Cependant, dans chacun de ces cas, la seule question essentielle est de savoir si le verdict est juste en soi, car «[l]e point pertinent est le caractère raisonnable de la décision et non l'absence de motifs ou leur insuffisance»: *Barrett*, précité, à la p. 753.

À tout événement, il est incorrect de laisser entendre que le juge du procès n'a pas motivé ses conclusions en l'instance. Au contraire, elle a donné des motifs oraux méticuleux à l'appui de ses verdicts. Dans l'arrêt *R. c. Smith* (1989), 95 A.R. 304 (C.A.), le juge Côté, dont l'opinion a été adoptée à l'unanimité par notre Cour ([1990] 1 R.C.S. 991), a expliqué la nature des motifs oraux. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 313 et 314:

[TRADUCTION] Lorsque le juge du procès a exposé des motifs oraux, il ne se livrait pas à une discussion; il avait décidé quel était le droit applicable. Il n'a pas présenté un traité de droit dans son jugement oral. Il expliquait sans doute à un certain nombre de profanes dans la salle d'audience, plus particulièrement à l'accusé, ce qui avait motivé sa décision. Tous ses propos étaient sous forme télégraphique, et il a laissé aux avocats, qui ont une formation juridique, le soin de compléter le tout à l'aide de leur connaissance de l'argumentation qu'ils venaient d'entendre, du droit et de ce qui était ressorti pendant le procès.

Un juge du procès qui siège seul n'a pas à exposer les motifs pour lesquels il n'ajoute pas foi à la preuve de la défense: *R. c. Soo* (1965), 56 W.W.R. (N.S.) 189 (C.A.C.-B.), et la jurisprudence qui y est citée.

W.W.R. (N.S.) 189 (B.C.C.A.), and cases cited. Nor are very brief reasons for it a ground of appeal: *ibid.*

Batten J. told counsel that she had made an effort to condense the tremendous quantity of evidence to a summary of manageable size. Nonetheless, her reasons are much more than "telegraphic". The trial judge's 15-page summary of the evidence is admirably thorough and relevant, and the rest of her reasons carefully set out her approach to the children's evidence and all of the essential findings on which the verdicts are based. It is true, of course, that the reasons do not deal exhaustively with the evidence, or indicate specifically that the trial judge disbelieved the "bizarre" testimony to which my colleague refers at par. 53. However, the observations which Major J. made in *Tortone, supra*, at p. 985, apply with equal force here:

Although the trial judge did not deal exhaustively with the evidence in reaching his decision, there is no reason to conclude that he was not able to appreciate the evidence. On the contrary the trial judge gave reasons on the evidence for his conclusions. This was adequate, particularly as there is no requirement for a trial judge to comment upon all the evidence in his reasons for judgment: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 296; *R. v. C. (R.)*, [1993] 2 S.C.R. 226.

In the case at bar, the trial judge's conclusions are sound, and there is no indication that she disregarded or failed to appreciate any of the evidence. On the contrary, she gave lengthy reasons on the evidence for her conclusions. I can find no basis in the reasons for overturning the convictions.

#### IV. Admissibility of Fresh Evidence on Appeal

105 Among the people charged with sexual offences in relation to assaults on the complainants was Mr. K.'s father, Peter K. Following the appellants' trial, Peter K. pleaded guilty to charges of having sexually assaulted the complainants. The appellants sought to have the certificate of conviction

L'existence de motifs très brefs ne constitue pas non plus un moyen d'appel: *ibid.*

Madame le juge Batten a dit aux avocats qu'elle s'était efforcée de ramener à des dimensions pratiques l'énorme quantité d'éléments de preuve. Néanmoins, ses motifs sont beaucoup plus que «télégraphiques». Le résumé de 15 pages que le juge du procès a fait de la preuve est admirablement complet et pertinent, et la façon dont elle aborde le témoignage des enfants ainsi que toutes les conclusions essentielles sur lesquelles reposent les verdicts sont exposées soigneusement dans le reste de ses motifs. Bien entendu, il est vrai que les motifs ne traitent pas exhaustivement de la preuve ou n'indiquent pas expressément que le juge du procès n'a pas ajouté foi au témoignage «bizarre» dont parle mon collègue au par. 53. Cependant, les observations que fait le juge Major dans l'arrêt *Tortone*, précité, à la p. 985, sont tout aussi applicables en l'espèce:

Bien que le juge du procès n'ait pas examiné exhaustivement la preuve pour en arriver à sa décision, il n'y a aucune raison de conclure qu'il n'était pas en mesure de l'apprécier. Au contraire, le juge du procès a fondé ses conclusions sur la preuve. Cela était adéquat étant donné, particulièrement, que le juge du procès n'est pas tenu de faire des commentaires sur l'ensemble de la preuve dans ses motifs de jugement: *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, à la p. 296; *R. c. C. (R.)*, [1993] 2 R.C.S. 226.

En l'espèce, les conclusions du juge du procès sont justes et rien n'indique qu'elle n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve ou encore qu'elle ne les a pas appréciés. Au contraire, elle s'est basée sur la preuve pour motiver longuement ses conclusions. Je ne vois rien, dans ses motifs, qui justifie d'infirmer les déclarations de culpabilité.

#### IV. Admissibilité d'une nouvelle preuve en appel

Parmi les personnes accusées d'infractions sexuelles relativement aux agressions commises sur les plaignants, il y avait le père de M. K., Peter K. À la suite du procès des appellants, Peter K. a plaidé coupable relativement à des accusations d'avoir agressé sexuellement les plaignants. Les appellants se sont fondés sur l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, pour demander, lors de

admitted as evidence on appeal, relying on *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

Because Major J. disposes of the appeal on other grounds, he does not find it necessary to deal with this issue. For my part, I agree with Cameron J.A. in the Court of Appeal that the fresh evidence is inadmissible on appeal because it could not reasonably have affected the outcome of the trial. The trial judge was aware that Peter K. had been charged with sexually assaulting the complainants and that he had been convicted, earlier, of sexually assaulting two neighbourhood girls. It is sufficient that the trial judge considered this fact, together with all of the other evidence, in determining whether the appellants were guilty of the acts they were alleged to have committed.

## V. Conclusion and Disposition

Sexual abuse of children is, sadly, one of the more prevalent crimes in our society: *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 439, *per* L'Heureux-Dubé J.; Paciocco, *supra*, at p. 346. It is also notoriously difficult to prosecute. Because of the power imbalance between the victim and the perpetrator, and the fact that there are usually no witnesses to the crime other than the assailant and the young victim, it has been called "the perfect crime": *L. (D.O.)*, *supra*, at p. 442, *per* L'Heureux-Dubé J. See also A. McGillivray, "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549, at pp. 550-51 and 572.

Accordingly, this case stands out, not only because of the severity of the abuse suffered by the complainants, but also because of the strength of the Crown's case against the appellants. The Crown was fortunate to have medical evidence establishing that the children had been sexually and physically abused, and psychological and other evidence suggesting that the abuse occurred over a long period of time and at a young age. The Crown was also fortunate in that the children were willing and able to testify as to what had occurred to them. While Major J. calls into question the reli-

l'appel, l'admission en preuve du certificat de déclaration de culpabilité.

Parce qu'il tranche le présent pourvoi en fonction d'autres moyens, le juge Major n'estime pas nécessaire d'examiner cette question. Pour ma part, je suis d'accord avec le juge Cameron de la Cour d'appel pour dire que la nouvelle preuve n'est pas admissible en appel parce qu'elle n'aurait pas pu raisonnablement modifier l'issue du procès. Le juge du procès savait que Peter K. avait été accusé d'avoir agressé sexuellement les plaignants et qu'il avait déjà été déclaré coupable d'avoir déjà agressé deux fillettes du voisinage. Il suffit que le juge du procès ait tenu compte de ce fait et de tous les autres éléments de preuve pour décider si les appellants étaient coupables des actes qui leur étaient reprochés.

## V. Conclusion et dispositif

Les abus sexuels commis sur des enfants représentent, malheureusement, l'un des crimes les plus répandus dans notre société: *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 439, le juge L'Heureux-Dubé; Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 346. De plus, les poursuites relatives à ce crime sont notoirement difficiles à mener à bien. En raison de l'inégalité du rapport de force entre la victime et l'assaillant et du fait qu'il n'y a habituellement aucun témoin du crime autre que l'assaillant et la jeune victime, on a qualifié ce crime de «crime parfait»: *L. (D.O.)*, précité, à la p. 442, le juge L'Heureux-Dubé. Voir aussi A. McGillivray, «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549, aux pp. 550, 551 et 572.

En conséquence, le présent pourvoi se démarque non seulement en raison de la gravité des abus dont ont été victimes les plaignants, mais aussi en raison de la force de la preuve à charge qui pèse contre les appellants. Le ministère public a eu la chance de disposer d'une preuve médicale établissant que les enfants avaient été victimes d'abus sexuels et physiques, et d'une preuve psychologique et d'autre nature qui laissait entendre que les abus s'étaient échelonnés sur une longue période alors que les enfants étaient en bas âge. Le ministère public a également eu la chance de voir les

ability of the children's evidence, there is no reason to believe that the children would falsely identify their parents and their mother's boyfriend as the people who had assaulted them for so many years.

enfants disposés à témoigner, et capables de le faire, relativement à ce dont ils avaient été victimes. Bien que le juge Major mette en doute la fiabilité du témoignage des enfants, il n'y a aucune raison de croire que les enfants auraient faussement identifié leurs parents et l'ami de leur mère comme étant les personnes qui les avaient agressés pendant de si nombreuses années.

Indeed, the record shows that everyone involved in the case took great pains not to do anything that might influence the children's account. For example, when the children first came forward with allegations of abuse, their foster parents scrupulously avoided "correcting" the children's account, "suggesting" to them that parts of the account were not believable, or doing anything that might taint the case: Transcript, at pp. 1718-19 and 1890-93. Later, the children were instructed not to read any transcript of their testimony at the preliminary inquiry and not to discuss the abuse with one another: Transcript, at pp. 1605-8.

En fait, le dossier révèle que toutes les personnes impliquées dans l'affaire ont bien pris soin de ne rien faire qui aurait pu influer sur le récit des enfants. Par exemple, lorsque les enfants ont fait, pour la première fois, des allégations d'abus, leurs parents nourriciers ont scrupuleusement évité de [TRADUCTION] «corriger» le récit des enfants, de leur [TRADUCTION] «laisser entendre» que certaines parties de leur récit n'étaient pas dignes de foi, ou de faire quoi que ce soit qui pourrait gâter l'affaire: transcription, aux pp. 1718 et 1719, et 1890 à 1893. Plus tard, on a dit aux enfants de ne pas lire la transcription du témoignage qu'ils ont présenté à l'enquête préliminaire et de ne pas discuter des abus entre eux: transcription, aux pp. 1605 à 1608.

Given the strength of the Crown's case, and all of the precautions that were taken in respect of the children's evidence, it is hardly surprising that, at the conclusion of the trial, Batten J. was convinced beyond a reasonable doubt that the appellants were guilty of having assaulted the children.

Compte tenu de la force de la preuve à charge et de toutes les précautions qui ont été prises à l'égard du témoignage des enfants, il n'est guère étonnant que madame le juge Batten ait été, à la fin du procès, convaincue hors de tout doute raisonnable que les appelants étaient coupables d'avoir agressé les enfants.

With respect, I disagree with my colleagues' decision to overturn the convictions. The trial judge's assessment of the children's credibility was eminently reasonable, and Major J.'s criticisms of the verdicts are based on propositions of law for which there exists neither precedent nor justification. As for the three supposed errors on points of evidence, I have concluded that just one of the rulings was erroneous. The error had no impact on the verdict, and, consequently, no purpose would be served by subjecting the children to the agony of another trial. This is a proper case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

En toute déférence, je ne souscris pas à la décision de mes collègues d'infirmer les déclarations de culpabilité. L'appréciation que le juge du procès a faite de la crédibilité des enfants était fort raisonnable, et les critiques que le juge Major formule au sujet des verdicts prononcés se fondent sur des principes de droit pour lesquels il n'existe ni précédent ni justification. En ce qui concerne les trois prétendues erreurs relatives à la preuve, j'ai conclu qu'une seule de ces décisions était erronée. Cette erreur n'a eu aucune incidence sur le verdict et, par conséquent, il ne servirait à rien de faire subir aux enfants le supplice d'un autre procès. C'est un cas où il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

CORY and IACOBUCCI JJ. (dissenting in part) — We are in agreement with the reasons of Justice Major except that rather than acquitting D.W. we would order a new trial for him as well as D.R. and H.R.

The trial judge convicted D.W. of sexually assaulting the children but acquitted him on the charges of gross indecency. As Major J. observes the conviction was based solely on the testimony of the children. In his view, the trial judge made errors of law and, given the weakness of the evidence supporting his conviction, Major J. would enter an acquittal for D.W. It is true that some of the children's evidence was bizarre and in some instances it was suspiciously identical. Yet the fact remains that the children were sexually abused. The only issue was by whom. The reasons given by the trial judge for convicting the accused D.W. of these serious charges on this evidence were unsatisfactory and the conviction cannot be sustained. Nevertheless in looking at all the circumstances of this case, there remains some evidence from the children's testimony that is sufficient in our view to warrant the holding of a new trial rather than entering an acquittal. In this respect, the trial judge considered the children's testimony sufficiently convincing to convict D.W. of sexual assault. In these circumstances rather than acquit we believe it appropriate to direct a new trial for D.W. as well as the other appellants.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — While I agree with Justice Major as to the disposition of this appeal, I would characterize the error committed by the trial judge

En définitive, je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents en partie) — Nous souscrivons aux motifs du juge Major sauf que, au lieu d'acquitter D.W., nous ordonnerions la tenue d'un nouveau procès pour lui ainsi que pour D.R. et H.R.

Le juge du procès a déclaré D.W. coupable d'avoir agressé sexuellement les enfants, mais il l'a acquitté relativement aux accusations de grosseur indécence. Comme le juge Major le fait observer, la déclaration de culpabilité se fondait uniquement sur le témoignage des enfants. Le juge Major estime que le juge du procès a commis des erreurs de droit et, en raison de la faiblesse de la preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité qu'elle a prononcée, il est d'avis d'acquitter D.W. Il est vrai que certains témoignages des enfants étaient bizarres et qu'ils présentaient, dans certains cas, une ressemblance douteuse. Il reste, pourtant, que les enfants ont été victimes d'abus sexuels. Il s'agissait uniquement de savoir qui était l'auteur de ces abus. Les raisons que le juge du procès a données pour déclarer l'accusé D.W. coupable de ces accusations graves en fonction de ces témoignages étaient insuffisantes, et la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue. Néanmoins, compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire, il reste, du témoignage des enfants, certains éléments de preuve qui, à notre avis, sont suffisants pour justifier la tenue d'un nouveau procès plutôt que l'inscription d'un verdict d'acquittement. À cet égard, le juge du procès a considéré que le témoignage des enfants était suffisamment convaincant pour déclarer D.W. coupable d'agression sexuelle. Dans ces circonstances, nous croyons qu'il convient davantage d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour D.W. et les autres appellants que de les acquitter.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Bien que je souscrive à la façon dont le juge Major statue sur le pourvoi, je qualifierais de façon quelque peu différente l'ér-

in convicting D.R. and H.R. of sexual assault somewhat differently.

116 Major J. suggests that the trial judge erred in law by failing to apply in a uniform manner her finding as to the children's credibility. Since the trial judge found the children's testimony to be credible, and since their testimony regarding the incidents of sexual assault could not logically be severed from their testimony about the incidents of gross indecency, Major J. suggests that the trial judge was compelled to arrive at the same verdict on both charges. On this theory, the only consistent application of the credibility finding would have been to convict D.R. and H.R. of both sexual assault and gross indecency.

117 Major J.'s approach implies that the only relevant evidence in respect of the sexual assault and gross indecency charges was the testimony of the children. In fact, there was an abundance of medical and psychological evidence to support the charges of sexual assault. This evidence consisted of physical indicia, such as scarring, as well as hypersexualized behaviour said to arise almost always out of prolonged sexual abuse from a young age. No similar supporting evidence was available in respect of the gross indecency charges. It was therefore open to the trial judge to have found that the children had been sexually assaulted, but to have had a reasonable doubt as to whether the acts of gross indecency had occurred.

118 Having found that the children had been sexually assaulted, it remained for the trial judge to deal with the crucial issue of identity. At this stage, the trial judge erred, in my respectful opinion, by relying on the medical and psychological evidence to establish not only that the sexual assaults had occurred but also that they had been perpetrated by D.R. and H.R. The vast majority of this evidence was simply not capable of supporting an inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults.

leur commise par le juge du procès en déclarant D.R. et H.R. coupables d'agression sexuelle.

Le juge Major laisse entendre que le juge du procès a commis une erreur de droit en n'appliquant pas uniformément sa conclusion relative à la crédibilité des enfants. Le juge Major affirme que le juge du procès était forcée d'en arriver au même verdict relativement aux deux accusations, vu sa conclusion que le témoignage des enfants était crédible et étant donné que leur témoignage concernant les épisodes d'agression sexuelle ne pouvait pas logiquement être séparé de celui concernant les épisodes de grossière indécence. Suivant cette théorie, la seule application uniforme de la conclusion relative à la crédibilité aurait consisté à déclarer D.R. et H.R. coupables à la fois d'agression sexuelle et de grossière indécence.

Le point de vue du juge Major suppose que la seule preuve pertinente concernant les accusations d'agression sexuelle et de grossière indécence était le témoignage des enfants. En fait, il y avait une abondante preuve médicale et psychologique à l'appui des accusations d'agression sexuelle. Cette preuve consistait en des signes physiques comme des cicatrices, ainsi qu'en un comportement hypersexualisé qui, dit-on, résulte presque toujours des abus sexuels prolongés dont une personne a été victime depuis son enfance. On ne disposait d'aucune preuve semblable à l'appui des accusations de grossière indécence. Le juge du procès aurait donc pu conclure que les enfants avaient été victimes d'agression sexuelle, tout en ayant un doute raisonnable quant à savoir si les actes de grossière indécence avaient été accomplis.

Après avoir conclu que les enfants avaient été victimes d'agression sexuelle, il restait au juge du procès à examiner la question cruciale de l'identité. En toute déférence, je suis d'avis qu'à ce stade le juge du procès a commis une erreur en se fondant sur la preuve médicale et psychologique pour conclure non seulement que les agressions sexuelles avaient eu lieu, mais encore que D.R. et H.R. en étaient les auteurs. La majeure partie de cette preuve ne permettait tout simplement pas de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles.

The children's allegations of abuse were initially directed at the K. family, with whom they had lived from February 1987 until late 1989 or early 1990. Thereafter, the allegations expanded to include D.R. and H.R., with whom the children had no unsupervised contact since mid-October 1987. Thus, there were essentially two distinct periods during which abuse was alleged to have occurred. The difficulty with virtually all of the medical and psychological evidence was that it was as consistent with the abuse having been perpetrated by the K. family as by D.R. and H.R. Dr. Yelland examined the children in 1990 and 1991 and found indications of sexual and physical abuse. Based on his estimates as to the ages of the various scars and burns on the children's bodies, Dr. Yelland testified that he was unable to rule out the possibility that "everything happened after the children went into . . . the [K.] foster home".

Evidence bearing specifically on the time period when the children were living with their parents was given by Mrs. Francis, Michael's teacher. She testified that during the 1986-87 school year, Michael was sexually aggressive, immature, and liked to cross-dress. Although there was some improvement in his behaviour after being transferred to the K. family home, his behaviour worsened from September 1987 onward, deteriorating to such an extent that he failed to complete the 1988-89 school year. Even if this evidence was capable of supporting an inference that the sexual assaults were perpetrated on Michael by his parents, it is silent as to the identity of the perpetrator(s) of the sexual assaults on the two girls. This suggests error on the part of the trial judge in identifying D.R. and H.R. as the perpetrators of the sexual assaults on the girls, and possible error in identifying D.R. and H.R. as the perpetrators of the sexual assaults on Michael.

I conclude that the trial judge erred in law in characterizing the medical and psychological evi-

À l'origine, les allégations d'abus des enfants visaient la famille K. où ils avaient vécu à partir de février 1987 jusqu'à la fin 1989 ou début 1990. Par la suite, ces allégations se sont venues à viser également D.R. et H.R. avec qui les enfants n'étaient pas entrés en contact non surveillé depuis la mi-octobre 1987. Ainsi, il y avait essentiellement deux périodes distinctes pendant lesquelles des abus auraient été commis. La difficulté que posait presque toute la preuve médicale et psychologique était qu'elle pouvait laisser croire que les abus avaient été commis autant par la famille K. que par D.R. et H.R. Le Dr Yelland a examiné les enfants en 1990 et en 1991 et il a découvert des signes d'abus sexuels et physiques. Compte tenu de son estimation de l'âge des diverses cicatrices et brûlures constatées sur le corps des enfants, le Dr Yelland a témoigné qu'il ne pouvait pas écarter la possibilité que [TRADUCTION] «tout se soit produit après que les enfants eurent été placés dans [. . .] le foyer d'accueil [K.]».

Le témoignage de Mme Francis, l'enseignante de Michael, était pertinent quant à la période pendant laquelle les enfants ont vécu avec leurs parents. Elle a affirmé avoir remarqué chez Michael, pendant l'année scolaire 1986-1987, un comportement sexuel agressif, une absence de maturité et un goût pour le travestissement. Malgré une certaine amélioration constatée après qu'il eut été placé dans la famille K. le comportement de Michael s'est détérioré, à partir de septembre 1987, à ce point qu'il n'a pas terminé l'année scolaire 1988-1989. Même si ce témoignage pouvait permettre de déduire que ce sont les parents de Michael qui sont les auteurs des abus sexuels dont il a été victime, il ne précise rien quant à l'identité de l'auteur ou des auteurs des agressions sexuelles commises sur les deux jeunes filles. Cela laisse supposer que le juge du procès a commis une erreur en identifiant D.R. et H.R. comme étant les auteurs des agressions sexuelles sur les jeunes filles, et peut-être bien une autre erreur en identifiant ces deux mêmes personnes comme étant les auteurs des agressions sexuelles dont Michael avait été victime.

Je conclus que le juge du procès a commis une erreur de droit en considérant que la preuve médi-

dence as evidence capable of supporting the inference that D.R. and H.R. were the perpetrators of the sexual assaults on the three children. It follows that I would dispose of the appeal in the manner proposed by Major J.

*Appeal allowed and acquittal entered in the case of D.W., L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting. Appeal allowed and new trial ordered in the case of D.R. and H.R., L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant D.R.: Ebert, Sim, Crookshanks & Associates, Saskatoon.*

*Solicitors for the appellant H.R.: Hillson, Lawrence, Cooper & Soder, North Battleford.*

*Solicitors for the appellant D.W.: Quon Ferguson MacKinnon Walters, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: The Office of the Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

cale et psychologique permettait de déduire que D.R. et H.R. étaient les auteurs des agressions sexuelles commises sur les trois enfants. En conséquence, je statuerais sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Major.

*Pourvoi accueilli et acquittement prononcé dans le cas de D.W., les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et IACOBUCCI sont dissidents. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée dans le cas de D.R. et de H.R., le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant D.R.: Ebert, Sim, Crookshanks & Associates, Saskatoon.*

*Procureurs de l'appelante H.R.: Hillson, Lawrence, Cooper & Soder, North Battleford.*

*Procureurs de l'appelant D.W.: Quon Ferguson MacKinnon Walters, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée: Le Bureau du procureur général de la Saskatchewan, Regina.*